

Faceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



número
8

serie
XIX

CXXVIII

2023

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Número 8
Serie XIX*



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**Sala Especializada de lo
Contencioso Tributario**

Gilda Rosana Morales Ordóñez
José Dionicio Suing Nagua
Gustavo Adolfo Durango Vela

**Sala Especializada de lo
Contencioso Administrativo**

Fabián Patricio Racines Garrido
Patricio Adolfo Secaira Durango
Iván Rodrigo Larco Ortuño
Milton Enrique Velásquez Díaz

**Sala Especializada de lo
Penal, Penal Militar, Penal Policial,
Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado**

Luis Antonio Rivera Velasco
Daniella Lisette Camacho Herold
Marco Xavier Rodríguez Ruiz
Mercedes Johanna Caicedo Aldaz
Felipe Esteban Córdova Ochoa
Byron Javier Guillén Zambrano
Walter Samno Macías Fernández

**Sala Especializada de lo
Laboral**

Alejandro Magno Arteaga García
Katerine Betty Muñoz Subía
María Consuelo Heredia Yerovi
Enma Teresita Tapia Rivera

**Sala Especializada de lo
Civil y Mercantil**

David Isaías Jacho Chicaiza
Himmler Roberto Guzmán Castañeda
Luis Adrián Rojas Calle

**Sala Especializada de la
Familia, Niñez, Adolescencia y
Adolescentes Infractores**

Himmler Roberto Guzmán Castañeda
David Isaías Jacho Chicaiza
Luis Adrián Rojas Calle

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 lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

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

Colaboradores:

Gema Novoa Ramos
Santiago Patricio Aráuz Ríos
Santiago Cristobal Ribadeneira Villacrés
María Dolores Grijalva

Diagramación

Santiago González
Unidad de Gaceta Judicial

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

ISSN: 13902369
Av. del Maestro OE1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfono: +593 (02) 3953 500 ext. 22465

Impresión

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

Fecha de publicación

Septiembre/Octubre del 2024

PRESENTACIÓN

La Gaceta Judicial es el órgano de difusión de mayor data y trascendencia de la Función Judicial de la República del Ecuador, con ciento veintinueve años de vigencia, ha recogido el pensamiento de juezas y jueces de la más Alta Corte del país a lo largo de la historia, en la que se refleja la evolución social, política, económica y cultural de la nación. Este antecedente hace de esta publicación no sólo un medio eficaz de consulta para juezas y jueces, fiscales, abogadas y abogados, académicos, estudiantes y público en general, sino también una forma de conocer los importantes cambios del pensamiento jurídico en la historia del país.

Por su significativo aporte en el ámbito jurídico, tengo el honor y la satisfacción de presentar la edición del número ocho de la serie XIX de la Gaceta Judicial, correspondiente al año 2023, en la que se recopilan las resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de dudas u obscuridad en la interpretación de las normas jurídicas, que contienen un criterio general y obligatorio para juezas, jueces y tribunales del sistema de justicia, vigentes hasta tanto la ley no disponga lo contrario; entre las que se puede mencionar el procedimiento para la declaración jurisdiccional previa, competencia de los jueces especializados anticorrupción, el comiso de armas para uso de la Policía Nacional, tenencia de sustancias estupefacientes para uso personal, entre otras. Se incluyen las resoluciones de la Corte que contiene fallos de triple retiración sobre determinado punto de derecho, declarados precedentes jurisprudenciales obligatorios, en aplicación de la norma del artículo 185 de la Constitución de la República; en materia Tributaria respecto de la forma para determinar la base imponible para el cálculo del ICE y sobre el reclamo del pago indebido contemplado en el artículo 306, numeral 1 del Código Tributario; en lo Contencioso Administrativo, la impugnación en la vía jurisdiccional de los actos administrativos en materia contractual. Además, constan Resoluciones de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia en materia de extradición, en las que se puede apreciar la aplicación del derecho en temas de cooperación penal internacional.

Principalmente, y como ya es tradición, en esta edición de la Gaceta Judicial, se publican las sentencias y resoluciones de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia en materia de casación y del recurso de revisión en cuestiones penales, las mismas que han sido escogidas por las Juezas y Jueces que integran cada una de las Salas, en mérito a la importancia del tema tratado en esas decisiones judiciales; así tenemos que, de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo se destaca el de las diferencias y conceptualización de la fuerza mayor y caso fortuito; de la Sala de lo Contencioso Tributario el de la caducidad prevista en el artículo 94.1 del Código Tributario; en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Transito, Corrupción y Crimen Organizado se destaca la prohibición de revisar los acervos probatorios en sede de casación; de la Sala Especializada de lo Laboral, el despido intempestivo en el período de embarazo o lactancia; de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, la diferenciación entre legitimación ad causam y legitimación ad procesum; y finalmente, en la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, el derecho a la pensión alimenticia de una persona con discapacidad psicológica grave.

Aspiro a que la presente edición de la Gaceta Judicial que recoge estos y muchos otros temas de interés, sea de utilidad para la comunidad jurídica del Ecuador, en la firme convicción de alcanzar una justicia independiente, transparente, ágil y eficaz como un servicio para la sociedad ecuatoriana.

Dr. José Suing Nagua

Presidente Encargado Corte Nacional de Justicia

Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

PRESIDENCIA		
Expedientes		
I	45-2022	4545
II	56-2022	4559
III	65-2022	4568

RESOLUCIONES DEL PLENO 2022		
Resoluciones		
R: 01-2023	Triple reiteración tributaria Forma de calcular ICE 25 enero 2023.	4583
R: 02-2023	Interrupción de plazos para caducidad de prisión preventiva.	4587
R: 03-2023	Reforma instructivo sesiones del pleno.	4591
R: 04-2023	Procedimiento solicitud declaración jurisdiccional previa.	4594
R: 05-2023	Triple reiteración contencioso administrativa impugnación actuaciones ejecución contractual.	4605
R: 06-2023	Modelo estructura de forma de las sentencias de casación.	4608
R: 07-2023	Competencia de los jueces anticorrupción.	4616
R: 08-2023	Comiso de armas.	4626
R: 09-2023	Triple reiteración reclamo de pago indebido.	4635
R: 10-2023	Deja sin efecto precedente jurisprudencial tributario.	4640
R: 11-2023	Aclara dudas respecto palabra supervisión en Art 109 numeral 1 COFJ.	4644
R: 12-2023	Aclara dudas respecto termino localidad en Art 101 COFJ.	4653
R: 13-2023	Reformas recurso doble conforme.	4656
R: 14-2023	Aclara dudas respecto tenencia de sustancias estupefacientes para consumo personal.	4658

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. J: 18803-2017-00309	Diferencias y conceptualización de fuerza mayor o caso fortuito.	4673
II. J: 17811-2018-00565	A los servidores de libre nombramiento y remoción no les es aplicable el derecho a mantener el puesto.	4705
III. J: 13802-2020-00066	Incongruencia entre fundamentación fáctica y falta de motivación.	4715
IV. J: 17811-2019-01072	La sentencia 26-18 de la CC declaró la inconstitucionalidad de las frases.	4729
V. J: 09802-2017-00580	Derecho de paternidad de una obra intelectual amparado en la Ley de Propiedad.	4741
VI. J: 17741-2016-1264	En este caso, se realiza un breve desarrollo sobre las pretensiones en materia contencioso administrativo.	4765

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. J: 17510-2019-00075	Indebida aplicación del Art. 4 de la Resolución del SRI, por haber contrariado el 2do.	4771
II. J:17510-2020-00061	Indebida aplicación del Art. 4 de la Resolución del SRI, por haber contrariado el 2do.	4783
III. J: 17510-2020-00285	La caducidad aplicable es la de tres años, prevista en el Art. 94.1.	4790
IV. R: 773 J: 17510-2020-00263	No se configura los vicios alegados al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.	4811
V. R: 801 J:09501-2020-00329	Caducidad. El actor recurrente alega falta de motivación de la parte del fallo que no le favorece y acepta plenamente el fallo en lo que sí.	4822
VI. J:17510-2020-00238	La Sala evidencia que la norma acusada de falta de aplicación ha sido expresamente aplicada.	4840

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO

I. J: 17282-2018-03014	Fundamentación diminuta del recurrente. Sentencia de condena de apelación debidamente ajustada.	4847
----------------------------------	---	------



II. J: 05254-2020-00820	Prohibición de revisar los acervos probatorios en sede de casación por expresa disposición legal.	4867
III. J: 24281-2019-01983	En este fallo se recalca la importancia de la motivación en materia penal. Ampliando el criterio de que entre mayor sea el grado	4879
IV. J: 17294-2019-00973	Indebida aplicación del inciso segundo y tercero del artículo 328 del COIP.	4886
V. J: 08282-2020-00154	El principio de imparcialidad de los juzgadores está garantizado a través de medios legales como son la excusa o la recusación.	4900
VI. J: 09288-2019-01369	Requisitos técnicos y argumentales de un cargo de casación. Las causales excluyentes entre sí	4906
VII. J: 17721-2016-0834	Errada tipificación del Ad quem. Indebida aplicación del artículo 43 (complicidad) del COIP.	4912
VIII. J: 10281-2017-01559	Delito de peculado. Características de la declaratoria de nulidad procesal. La reparación integral no es una pena.	4937

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

I. J: 09359-2020-02065	Demanda el despido intempestivo en periodo de lactancia o embarazo.	4957
II. J: 09359-2020-02237	Nulidad procesal por falta de convocatoria a la audiencia, lo que devino en la indefensión de la accionada.	4964
III. J: 03204-2021-00359	La pandemia del virus COVID-19 como caso de fuerza mayor o caso fortuito en la terminación de las relaciones laborales.	4977
IV. J: 21371-2021-00005	Nulidad procesal y error en la fundamentación de la litis. Los artículos 195.1 y 195.2 del CT	4989
V. J: 09359-2019-02846	Valoración de la prueba. Acta de finiquito. Contrato colectivo de trabajo.	5000
VI. J: 01371-2020-01094	No se debe confundir el derecho al cuidado con el derecho a la estabilidad de las personas con discapacidad	5011
VII. J: 01371-2020-01238	Valoración de la prueba testimonial para el pago de remuneraciones complementarias.	5021
VIII. J: 17371-2020-02947	Se casa el fallo recurrido al no haberse condenado en la instancia, como persona natural a la representante legal de la persona jurídica.	5027

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. J: 17305-2014-0400	Apreciación en conjunto de la prueba Art. 115 del Código de Procedimiento Civil. Causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.	5043
---------------------------------	---	------

II. J: 09332-2019-00874	Legitimación, <i>Ad causam</i> , legitimación ad precessum. Definición, diferencia.	5061
III. J: 01331-2019-00448	Legitimatio ad processum. Legitimatio ad causam.	5075
IV. J: 23331-2017-01429	Motivación fáctica errónea. Elementos de una demanda de usucapión y de dominio.	5096
V. J: 17230-2020-10852	Resolución de contrato de prestación de servicios de tracto sucesorio. Cuando procede una acción de daños y perjuicios en una acción resolutoria.	5112
VI. J: 07334-2019-00521	Acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.	5124

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I. J: 03203-2018-01035	Impugnación de paternidad. No se ha demostrado vicios de error, fuerza o dolo, en el reconocimiento de la paternidad.	5139
II. J: 17204-2018-03644	Derecho de pensión alimenticia de una persona con discapacidad psicosocial grave.	5158
III. J: 03257-2017-00059	Demanda de investigación de paternidad (post mórtem). Motivación coherente y lógica.	5174
IV. J: 17203-2019-09551	Acción de reforma de inscripción de nacimiento. Falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC.	5186
V. J: 17203-2021-02297	Identidad biológica. Derecho a la identidad personal, como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República.	5203
VI. J: 17201-2017-00481	Causal de indignidad para la sucesión por falta de acusación particular o denuncia por el asesinato del causante.	5215



Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

PRESIDENCIA

I

Expediente Nro. 45-2022
Fecha: Quito, 28 de febrero de 2023; las 09h00

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN

Juicio No. 45-2022

Juez Ponente: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. - Quito, 28 de febrero de 2023; las 09h00 (45-2022).

VISTOS:

Agréguese el escrito y anexos, presentado el 13 de febrero de 2023, por el requerido Algirdas Glinskis y los oficios No. 0113-PCPJG-2023, No. 0137-PCPJG-2023 y No. 0150-PCPJG-2023 y anexos, recibidos el 14, 22 y 27 de febrero de 2023, suscritos por la abogada Bryggitte Ramírez Ramírez, Secretaria de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

ANTECEDENTES:

- a) Mediante oficios No. MREMH-DAJIMH-2021-0372-O y No. MREMH-DAJIMH-2021-0410-O y anexos, recibidos el 22 de agosto y 8 de septiembre de 2022, el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, Director de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remitió a este despacho la Nota Verbal No. 67.1.6-75/2022 de 1 de agosto de 2022, por la cual la Embajada de la República de Lituania en la República Federal de Alemania, adjunta la solicitud de detención, arresto y extradición del ciudadano lituano **ALGIRDAS GLINSKIS**, nacido el 2 de marzo de 1978, quien es requerido por la Fiscalía General de la República de Lituania, para ser enjuiciado por el delito de “*disposición ilegal de una gran cantidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con el fin de la distribución*”, previsto en el artículo 260.3 del Código Penal de ese país, por el cometimiento de los siguientes hechos: “*Se sospecha que Algirdas Glinskis, en junio de 2018, el día y la hora precisos no fueron determinados durante la instrucción, en la ciudad de Panevezys, el lugar preciso no determinado durante la instrucción, bajo previo acuerdo y actuando junto con cómplices Linas Grigaliu-*

nas y Danielius Ruris Grigaliunas, con fines de conspiración, escondió en el suelo una cantidad muy grande de estupefacientes, es decir, al menos 484,301 g de estupefacientes – resina de cannabis que L. Grigaliunas, en junio de 2018, el día y la hora precisos no fueron determinados durante la instrucción, bajo previo acuerdo y actuando junto con Daniel Ruris, vinieron juntos al lugar indicado en la ciudad de Panevezys y tomaron, de este modo adquirieron dicha cantidad de estupefacientes. Entonces él (A. Glinskis) presentó una cantidad muy grande de estupefacientes a L. Grigaliunas y D. Ruris, es decir, al menos 484.301 g de estupefacientes - resina de cannabis, así hizo la distribución. El 17/12/2018 a las 02.18, en la residencia de D. Ruris, m apartamento en c/ Avizu 1-51, Vilnius durante un registro, los oficiales de la policía encontró la droga y la confiscó.”; (sic)

- b) Analizado el cumplimiento de requisitos básicos de la solicitud de arresto y extradición, en providencia de 14 de septiembre de 2022, las 08h20, se dispuso la detención con fines de extradición del ciudadano lituano Algirdas Glinskis (Glinskis);
- c) Mediante oficio No. PN-INTERPOL-2022-1395-O y anexos, de 25 de septiembre de 2022, la Teniente Coronel de Policía Mirian Son Kwak, Jefe de la Unidad Nacional de Interpol, informó a este despacho, que el ciudadano lituano ALGIRDAS GLINSKIS ha sido detenido el 24 de septiembre de 2022 a las 15h20, en el cantón Guayaquil, kilómetro 11/2 vía la Costa, de la provincia del Guayas. En tal virtud, mediante auto de 25 de septiembre de 2022, se giró la Boleta Constitucional de Encarcelamiento No. 017-2022-PCNJ a fin de que ALGIRDAS GLINSKIS permanezca detenido en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 “El Inca”, por este procedimiento de extradición;

- d) El 9 de noviembre de 2022, de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, le concedió el recurso de habeas corpus en los siguientes términos: “1.- Aceptar la acción de habeas corpus interpuesta por el accionante Algirdas Glinskis. 2.- Dejar sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva adoptada en su contra en el proceso. 3.- A fin de garantizar la inmediación en el proceso extraditorio, se dictan las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva, para evitar su fuga: (...) c) Se dispone la orden de presentarse periódicamente cada ocho días ante la Autoridad que designe el señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia.”;
- e) En aplicación del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el día jueves 29 de septiembre de 2022 a las 15h00, misma que se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido Glinskis, a través de videoconferencia desde el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 “El Inca”, asistido de la intérprete traductora Rita Gudaite y patrocinado por el abogado Christian Zúñiga Arreaga, compareció, además, la doctora Zulema Pachacama, en representación de la señora Fiscal General del Estado;
- f) Realizada la audiencia, y de acuerdo al trámite correspondiente, el 3 de octubre de 2022 a las 10h15, se dictó auto de procesamiento de extradición y con fundamento en los artículos 5 numeral 7 y 13 de la Ley de Extradición, se solicitó al Estado Requirente para que en el plazo de treinta días presente las garantías reconocidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ante tal decisión el requerido interpuso recurso de apelación;
- g) Cumpliendo con lo dispuesto en auto mencionado, dentro del plazo otorgado la Embajada de la República de Lituania mediante Nota Diplomática No. 67.1.6- 113/2022 de 31 de octubre de 2022, remitió a este despacho las garantías solicitadas;
- h) El 6 de enero de 2023, las 16h37, los doctores Felipe Córdova Ochoa, Byron Guillén Zambrano y la doctora Daniella Camacho Herold, Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito,

Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, resolvieron aceptar el desistimiento al recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Glinskis; en tal virtud, una vez ejecutoriado el auto de procesamiento se convocó a las partes procesales a la audiencia oral de extradición a realizarse el día jueves 2 de febrero de 2023, a las 10h00, misma que fue diferida para el día martes 14 de febrero de 2023, por petición del requerido en razón de su situación de salud y ante el cambio en su defensa; la audiencia oral se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido Algirdas Glinskis, asistido de la intérprete licenciada Rita Gudaite y patrocinado por los abogados Jorge Fernando Lopez Carrillo y Oswaldo Napoleón Chávez Quintanilla, defensores particulares del requerido; compareció, además, la doctora Zulema Pachacama, en representación de la señora Fiscal General del Estado;

En esta diligencia la doctora Zulema Pachacama, delegada de la señora Fiscal General del Estado, representando los intereses del Estado requirente, manifestó:

“El señor Algirdas Glinskis, ha sido requerido por las autoridades de Lituania por el delito que se encuentra tipificado en el Art. 260.3 del Código Penal de dicha República, que tiene relación con la posesión ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con el fin de distribución, delito que también se encuentra tipificado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal por lo que se cumple con el principio de la doble incriminación. Como antecedentes podemos señalar que dentro del expediente consta que el 7 de octubre de 2021, el Juez del Distrito de la ciudad de Vilnius, dicta auto solicitando la imposición de medida preventiva de detención en contra del requerido antes mencionado, dentro de la instrucción No. 01-1-60960-18 por cuanto previo acuerdo manifiesta que con cómplices ha realizado una forma ilegal de poseer sustancias estupefacientes y psicotrópicas y señala el fiscal que en conspiración escondió en el suelo una gran cantidad de al menos 4.834 301 gramos de sustancias estupefacientes esto es resina cannabis para ser distribuidos en dicho país. La República de Lituania solicita la extradición del mencionado requerido, la orden de detención sigue siendo



válida y ejecutable. Además, el auto indicado esto es la solicitud de extradición del ciudadano Algirdas Glinskis se ampara en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como también en el artículo 1 de la Ley de Extradición que rige nuestro país, respecto al principio de reciprocidad, a los cuales se ha adjuntado varios documentos a fin de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 5.7 de la Ley de Extradición. (...) a fin de dar cumplimiento con el artículo 5.7 de la Ley de Extradición, ha remitido un oficio número MRHMH-DAJIMH-2022-0372-O, de 22 de agosto de 2022, suscrito por el Director de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana Encargado del Ministerio de Relaciones Exteriores, que adjunta la Nota Diplomática providente de la Embajada de la República de Lituania acreditada en Quito, Ecuador en la que solicita el arresto y extradición del ciudadano Algirdas Glinskis. Respecto de las normas que sancionan estos delitos se encuentran detalladas dentro del expediente, se advierte también que el delito que se va a juzgar aún no ha prescrito en la República de Lituania, por otra parte se encuentran cumplidos los requerimientos establecidos en los artículos 1, 2, 5 numeral 7, 8, 11, 12 y 13 de la Ley de Extradición, al encontrarse ejecutoriado el auto de procesamiento de extradición dictado con fecha 3 de octubre de 2022, por el señor doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y en virtud de que el país requirente ha dado cumplimiento con las garantías especialmente de que el requerido no será juzgado por otros delitos y se cumplirá con respetar sus derechos humanos. (...) Por lo tanto, la Fiscalía solicita que se continúe con el trámite de extradición concediendo la extradición del requerido Algirdas Glinskis toda vez que se ha dado cumplimiento con la Ley de Extradición.”

Por su parte el abogado Oswaldo Napoleón Chávez Quintanilla, defensor particular del requerido, oponiéndose a la extradición, alegó:

“...que si su defendido es sujeto de derecho en este país, si tiene derecho a la presunción de inocencia, al debido proceso, luego de escuchar la intervención de la Fiscalía General del Estado, en la cual que ha narrado parte

del oficio remitido en el que se solicita la extradición de su defendido, en esa parte la Fiscalía no ha permitido leer completamente dicho oficio, por lealtad procesal se debería haber indicado que su defendido está siendo involucrado en una investigación de un delito de distribución de sustancias estupefacientes que ocurrió en el año 2018, de lo cual han transcurrido más de dos años, su defendido ingresa legamente a este país en el año 2020, legalmente se encuentra estable con una familia dentro del Ecuador en la cual incluso es padre de una menor de edad, no ingresó como prófugo o huido de la República de Lituania, ha pasado tanto tiempo y no ha sido citado con el inicio de la instrucción en ese país. El señor Algirdas Glinskis fue involucrado en un delito por versiones, en este caso del señor Linas Grigaliunas y Danielius Ruris, pero la Fiscalía de Lituania no verificó si esas versiones eran ciertas o falsas, a tal punto que actualmente Fiscalía de Lituania está indicando que el proceso se encuentra suspendido, conforme consta de las copias que ha ingresado la defensa. Estos hechos acarrearán aplicar el principio universal in dubio pro reo, copias certificadas debidamente apostilladas que fueron incorporadas al expediente. En ese proceso se encuentra que se ha dispuesto suspender la investigación previa al juicio No. 01-1-609060-18, en la parte de la falta de recopilación de datos pendientes que fundamenten la culpabilidad del sospechoso Linas Grigaliunas por la infracción penal prevista en el artículo 260 del Código Penal, y se informa y se pone en conocimiento de las partes procesales esta decisión. En la Audiencia de Comparecencia su señoría había solicitado que se remita la información necesaria en cuanto a si la detención estaba o no vigente y la respuesta es remitida con oficio No. N/RF-TP-05-00007-22, del 26 de octubre del 2022, fuera del plazo concedido, sin embargo, en este documento en los párrafos 2 y 3 se nombra otro nombre, Algirdas Glinskis en el párrafo 2 y Algirdas Glinskis en el párrafo 3, indica que no sabe si se trata de un homónimo; este es el documento en el que Fiscalía se respalda para pedir que su defendido sea extraditado, lo que demuestra que este documento no es suficiente prueba. A más de eso se está vulnerando la norma contenida en la Ley de Extradición en el artículo 7

literal a), que manifiesta que la solicitud debe constar acompañada de copia certificada de la sentencia, en este caso no hay sentencia condenatoria; o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados o cometidos el presente delito; pero como se puede observar del pedido, que fue leído parcialmente por Fiscalía en la parte que le convenía, ahí manifiesta que se sospecha que Algirdas Glinskis en junio del año 2018, el día y hora preciso no fueron determinados durante la instrucción, del expediente no está determinado cuándo, cómo, en donde, tiempo y espacio, por lo que solicita que el incumplimiento de estos requisitos sea tomado en cuenta al momento de resolver, para negar la extradición porque no reúnen los requisitos contemplados en la Ley de Extranjería (sic) en el artículo 7 literal a). Por otra parte, si bien es cierto que en el oficio que se menta, se manifiesta y hace entender que en la República de Lituania existen 5 etapas del proceso en el procedimiento penal y que la primera etapa es la instrucción, donde se recauda y seguramente, haciendo un derecho comparado con nuestro país, donde se recauda elementos de convicción y elementos de descarga, no sabemos la etapa procesal, en el oficio que fue contestado en forma directa a su señoría y no fue ingresada por ventanilla, es decir, violando el principio de contradicción porque este es un oficio que ha llegado directamente a su persona y no fue ingresado en ventanilla para poner en conocimiento de las partes, se manifiesta que la orden de extradición se encuentra vigente, mientras que en las copias que la defensa agregó al expediente de extradición con fecha 3 de febrero de 2023, se manifiesta que el expediente se encuentra suspendido. Por lo que no se reúnen las garantías necesarias para que sea extraditado el señor Algirdas Glinskis, por lo que, en aras del derecho al debido proceso, del principio universal de presunción de inocencia y de que su defendido es padre aquí en Ecuador, y que al ser extraditado se estaría dejando en la orfandad a su familia, a sus hijos, la defensa técnica solicita que sea negada la solicitud de extradición.”

Ante lo expuesto por la defensa del requerido, la Fiscalía General del Estado representada por la doctora

Zulema Pachacama, expresó:

“...sobre de lo manifestado por la defensa de que el requerido mantiene su derecho a la presunción de inocencia, reitera que él no va a ser juzgado aquí en Ecuador por el delito acusado, por lo que tiene la presunción de inocencia por parte de la fiscalía ecuatoriana; en lo que respecta a la afirmación de que fiscalía no ha verificado de que han sido únicamente versiones lo que se ha realizado en la instrucción en Lituania, Fiscalía de Ecuador no puede pronunciarse jurídicamente respecto del delito acusado, porque, reitera, no va a ser juzgado en Ecuador; que el hecho de que tenga una hija y una familia en el Ecuador no es óbice para que sea extraditado por los delitos que ha sido acusado; la defensa afirma que el requerido ha entrado legalmente al Ecuador, lo cual no ha sido objetado por Fiscalía; finalmente la delegada de la Fiscalía indica que el expediente en Lituania no está archivado, está suspendido por cuanto el requerido no se encuentra ahí y no pueden tomar su testimonio, prácticamente esa es la razón por la que está suspendido; respecto de la alegación de que no tenemos elementos de convicción, no es nuestro deber mantener o no elementos de convicción en dicha investigación.”

El requerido en uso de la palabra a través de la señoría interprete, indicó:

“...que no entendió a la delegada de Fiscalía cuántos kilogramos decía, que existe un error en el documento que leyó respecto de los gramos de la sustancia que estuvo llevando, convirtiendo de gramos a kilogramos sale casi 400 kilogramos y que él ha tenido no más de 4 kilogramos; que él estuvo viviendo dos años en Lituania y que no fue solicitado por las autoridades de ese país para rendir su versión, para explicar alguna falta por parte de él y que no entiende por qué se pide en este momento.”

Una vez escuchadas las partes procesales, para resolver se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA. -

El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer, sustanciar y resolver los pedidos de extradición pasiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 8 y 11 de la Ley de Extradición y, numeral 3 del artículo 199, del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala entre sus facultades: “...Conocer y resolver si fuera del caso, los



asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado... ”.

SEGUNDO: LEY APLICABLE. -

Entre las Repúblicas del Ecuador y de Lituania, no existe Tratado de Extradición en particular, por lo que a la solicitud de extradición del ciudadano lituano Algirdas Glinskis, le será aplicable en primer lugar la Ley de Extradición ecuatoriana, que en lo pertinente señala: “Art. 1.- La extradición se concederá preferentemente atendiendo al principio de reciprocidad. El gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente” y, “Disposición General: Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición se regirán por la presente Ley, excepto en lo que fuere aplicable y estuviere expresamente previsto en los tratados o Convenios Internacionales en los que el Ecuador sea Parte”; además, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Sicotrópicas y los principios de Derechos Internacional Público aplicables a la materia.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL. -

En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso previstas en la Constitución de la República y los requisitos formales establecidos en la Ley de la materia. El señor Glinskis contó con la defensa técnica de los abogados Jorge Fernando Lopez Carrillo y Oswaldo Napoleón Chávez Quintanilla, defensores particulares, quienes representaron sus intereses durante el desarrollo de todo el procedimiento; a su vez el requerido contó con la asistencia de la interprete traductora Rita Gudaite y fue escuchado en audiencia.

En conclusión, no existe violación de solemnidades, ni causa de nulidad, por lo que se declara la validez procesal.

CUARTO: LA EXTRADICIÓN Y SU NATURALEZA. -

La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: EX, que significa Fuera De, y TRADITIO que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto “Derecho Penal”, Tomo uno, página 113, señala que: “Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en

materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada”. En el presente caso estamos frente a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades de la República de Lituania.

En cuanto a su naturaleza, la extradición es de carácter procedimental, y no es sancionatoria, ya que no establece criterios de culpabilidad o inocencia ni impone penas. En lo medular se trata de un acto de asistencia judicial interestatal en materia penal, encaminado a evitar la impunidad. Tal como expresa Luis Santiago González Warcalde en su texto “La Extradición”, página 178: “...cabe advertir que el proceso judicial (de extradición) tiene características propias por las que no cabe equipararlo a un juicio penal entendido desde su acepción estricta. Si bien posee la estructura propia del contradictorio, se encuentran limitadas las materias que pueden ser sometidas a discusión.”, (lo contenido en paréntesis me pertenece).

Por el carácter propio de la extradición como mecanismo de cooperación o colaboración entre Estados, la Corte Constitucional de Colombia, sobre el tema ha expresado: “...el acto mismo de la extradición no decide, ni el concepto previo que le corresponde a la Corte Suprema, ni su concesión posterior por el Gobierno Nacional, sobre la existencia del delito, ni sobre la autoría o las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, ni sobre la responsabilidad del imputado, todo lo cual indica que no se está en presencia de un acto de juzgamiento. Es así como el trámite ante la Corte Suprema, Sala Penal no valorará pruebas sobre la existencia del hecho y sus circunstancias, ni juzga al solicitado; tampoco cuestiona las decisiones emitidas por la autoridad extranjera y solo le compete verificar el cumplimiento de los requisitos para otorgar la extradición, según lo dispuesto en el tratado internacional respectivo o, en su defecto, en la ley interna acatando la preceptiva superior y la normatividad complementaria¹.” La Corte Suprema de Justicia de Colombia, también ha señalado que: “La noción de extradición no corresponde a la de un proceso judicial en el que se someta a juicio la conducta del requerido, sino a un mecanismo de cooperación internacional cuyo objeto es impedir la evasión a la justicia por parte de quien habiendo ejecutado conductas delictivas en territorio extranjero se oculta en el nacional en cuya jurisdicción obviamente

¹ Sentencia No. C-460/08 de la Corte Constitucional de Colombia, 14 de mayo de 2008. Expediente D-6908.

carecen de competencia las autoridades que lo reclaman y así responda personalmente por los cargos que le son imputados y por los cuales se le convocó a juicio criminal, o cumpla la condena que le haya sido impuesta, es claro que por ello no hay lugar en desarrollo de su trámite a cuestionamientos referidos a la validez o merito probatorios sobre la ocurrencia del hecho, el lugar de su realización, la forma de participación o el grado de responsabilidad del encausado, ni sobre la normatividad que prohíbe y sanciona el hecho delictivo o la calificación jurídica realizada y tampoco en relación con la competencia del órgano judicial del país solicitante, o la validez del trámite en el cual se le acusa, pues tales aspectos conciernen al exclusivo y excluyente ámbito de las autoridades judiciales del Estado requirente, de modo que su planteamiento y controversia debe hacerse al interior del respectivo proceso por medio de los mecanismos que la legislación de allí tenga previstos... ”².

En el Ecuador la competencia del Juez de extradición radica exclusivamente en: Comprobar que estén satisfechos los requisitos señalados en el Tratado o Convención internacional respectivo y en la Ley de Extradición; que se oiga al reclamado a fin de garantizar su derecho a la defensa, quien, en caso de oponerse a la extradición, deberá desvirtuar el cumplimiento de los requisitos necesarios que señala la Ley para conceder la extradición.

En el proceso de extradición no se valora el contenido del proceso penal, que origina la solicitud de extradición, ya que eso es de competencia de las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente.

QUINTO: DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA EXTRADICIÓN. -

- a. **Legalidad:** El principio de legalidad tiene un reconocimiento integral, plasmado en varios instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 10 y 11), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVIII y XXVI), Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14 y 15) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 9).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en muchos de sus casos al referirse al principio de legalidad, reconoce plenamente dicha garantía, bajo el siguiente argumento:

[...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.”³

Por su parte, el fundamento constitucional lo encontramos en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que en cuanto a los requisitos de la extradición se entiende incorporado aquel que 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**

² Sentencia en el asunto de radicación 22072, noviembre 3 de 2004, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

³ Cfr. Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párrs. 79-82, y Caso Fermín Ramírez, supra nota 48, párr. 90. Ver también, Caso Castillo Petrucci y otros. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 51, párr. 121; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrs. 125-126, y Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 174-177.

la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente, en observancia del trámite propio de cada procedimiento.” (énfasis me corresponde).

En el caso en estudio el requerido Algirdas Glinskis, comparece ante la autoridad competente según lo determina el Código Orgánico de la Función Judicial, tal como se menciona en el considerando PRIMERO de esta sentencia, y le es aplicable el procedimiento pertinente según la Ley de la materia.

Ahora bien, en lo pertinente a las infracciones por las cuales Glinskis es requerido, constan descritas en la orden de detención de fecha 7 de octubre de 2021, impuesta por el Juez de Instrucción del Juzgado de Distrito de la ciudad de Vilnius Petras Karvelis (fs. 13 - 15), estableciéndose que Glinskis es sospechoso de haber cometido el delito previsto en el artículo 260.3 del Código Penal de la República de Lituania, ejecutado entre junio y diciembre del año 2018, conducta que en nuestra legislación es considerada punible y se encuentra prevista y sancionada en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, es decir de manera previa a la fecha de los hechos por los que se requiere su extradición, en consecuencia, respecto de los cargos mencionados, se cumple con el principio de legalidad.

- b. **Doble Tipicidad y Gravedad del Delito:** Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez también una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido⁴ y que la misma no se encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este

principio el doctor José C. García Falconí, en su texto “Manual Teórico Practico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional”, Tomo Primero, señala: “...para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias...”. De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: “...el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos...”.

En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena no inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo, este principio es aceptado mundialmente, por cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del “delincuente”. Los mencionados principios se encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición⁵.

En el caso que nos ocupa, en la solicitud de extradición No. TP-05-0007-22 de 5 de julio de 2022 (fojas 6 a 8), la Fiscalía General de la República de Lituania, expresa que el ciudadano lituano Glinskis, es requerido por la Fiscalía del Distrito de Vilnius, para ser juzgado dentro de la instrucción No. 01-1-60960-18, debido a la “disposición ilegal de una gran cantidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con el fin de la distribución”; la mención de los delitos acusados se encuentran en la orden de detención de fecha 7 de octubre de 2021, impuesta por el Juez de Instrucción del Juzgado de Distrito de la ciudad de Vilnius Petras Karvelis (fs. 13 - 15); y, la descripción de las conductas

⁴ **Código Sánchez de Bustamante: «Art. 353.-** Es necesario que el hecho que motiva la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido.»

⁵ **Ley de Extradición: «Art. 2.-** Se podrá conceder la extradición, con los límites señalados en la Constitución Política de la República, por aquellos delitos para los que las leyes ecuatorianas y las del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a un año de privación de libertad por delitos también tipificados en la legislación ecuatoriana; sin embargo, la concesión de extradición podrá incluir otros delitos referidos en la solicitud aun cuando tengan una penalidad inferior.»

en particular acusadas al requerido se encuentran en el extracto del Código Penal de Lituania, que describen los delitos que se acusa a Glinskis, constantes a fojas 27 y 28 del expediente, siendo estas:

«Artículo 260. Tenencia en el poder ilícita de sustancias narcóticas o psicotrópicas con fines de su distribución comercial o tenencia en el poder ilícita de gran cantidad de sustancias narcóticas o psicotrópicas

1. Él que fabricó, transformó, adquirió, tuvo en su poder, transportó o envió las sustancias narcóticas o psicotrópicas a efectos de su distribución comercial o comercialización, o vendió o distribuyó de otra manera estupefacientes o sustancias psicotrópicas, será castigado con arresto, o la pena de prisión de cinco a ocho años.

2. Él que fabricó, transformó, adquirió, tuvo en su poder, transportó o envió ilícitamente gran cuantía de las sustancias narcóticas o psicotrópicas a efectos de su distribución comercial o comercialización, o vendió o distribuyó de otra manera envió gran cuantía de sustancias narcóticas o psicotrópicas, será castigado con arresto, o la pena de prisión de ocho a diez años.

3. El que fabricó, transformó, adquirió, tuvo en su poder, transportó o envió ilícitamente muy gran cuantía de las sustancias narcóticas o psicotrópicas a efectos de su distribución comercial o comercialización, será castigado con pena de prisión de diez a quince años.

4. Personas morales se hacen también responsables de hechos descritos en el presente artículo.»

Conducta que se encuentra contemplada en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que establece:

«Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. - La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala, de uno a tres años.

b) Mediana escala, de tres a cinco años.

c) Alta escala, de cinco a siete años.

d) Gran escala, de diez a trece años.

2. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados a la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible; en casos de consumo ocasional, habitual o problemático el Estado ofrecerá tratamiento y rehabilitación.

Las cantidades establecidas en los umbrales o escalas previstas en la normativa correspondiente, serán meramente referenciales para determinar el tráfico o consumo.

La tenencia o posesión de fármacos que contengan el principio activo del cannabis o derivados con fines terapéuticos, paliativos, medicinales o para el ejercicio de la medicina alternativa con el objeto de garantizar la salud, no será punible, siempre que se demuestre el padecimiento de una enfermedad a través de un diagnóstico profesional.

En el caso de tráfico de varias sustancias en un mismo hecho, se iniciará un solo proceso penal por el delito fin de tráfico y se impondrá la pena que corresponda a la escala de la sustancia con mayor reproche. En este caso no habrá acumulación de penas.»

Respecto del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se evidencia que ambas legislaciones concuerdan en que el bien jurídico protegido es la salud pública, tal como lo expresa Efraín García Ramírez en su libro “Droga. Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud” pág. 241: “*El bien jurídico tutelado es la salud pública ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan o porque un determinado número de ellos puede llegar*

a necesitarlas o aprovecharlas.” Mediante esta conducta delictiva el legislador busca sancionar a toda persona (Sujeto activo), que con conocimiento y voluntad (Elemento subjetivo: dolo), cometa alguno de los verbos rectores del delito descrito, indistintamente de que tal acción implique un resultado material, pues estamos frente a un delito de peligro, es decir que la sola consumación del verbo rector vulnera directamente el bien jurídico protegido y es por esto que la “víctima” del delito es toda la sociedad (Sujeto pasivo).

Cabe resaltar que la lucha contra el tráfico de sustancias estupefacientes es un compromiso de carácter mundial y por tal, las República del Ecuador y Lituania han suscrito múltiples instrumentos internacionales, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por la que los Estados parte, advierten: “...la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito.”

En conclusión, las dos legislaciones reconocen como delictivas la conducta ilícita por la cual se encuentra acusado, el ahora requerido.

Ahora bien, en cuanto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, se observa que existe una ligera diferencia ya que la legislación lituana establece un período de encarcelamiento no inferior a 5 años o no superior a 15 años para los delitos de narcotráfico. Por su parte, la legislación nacional en el artículo 220 establece una tabla de graduación de la pena privativa de libertad, con base en la cantidad (gramos) de la sustancia traficada, siendo la de mínima escala, sancionada en un rango de 1 a 3 años y la de gran escala de 10 a 13 años. Sin embargo, cabe aclarar, que dicha diferencia en el máximo de la pena no afecta al cumplimiento del Principio de Gravedad, ya que en éste se analiza exclusivamente que en su grado máximo la sanción no sea inferior a un año de privación de libertad, situación que en ambas figuras delictivas supera el año de privación de libertad exigido en materia de extradición.

c. **Especialidad:** El Estado requirente se compromete a juzgar o castigar el delito concreto por el que se concede la extradición. No obstante, este principio tiene dos excepciones: I) Consentimiento del Estado requerido, en cuyo caso se requerirá la formulación de una ampliación de la extradición; II) Declaración judicial de la persona entregada. El artículo 20 de la Ley de Extradición, dispone:

«Art. 20.- Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier medida que afecte a su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será necesario autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo 7 de esta ley y la declaración judicial de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición [...]»

En el presente caso, la persona extraditada no será juzgada por ningún delito cometido anteriormente o distinto a los delitos objeto de esta extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a fojas 7 del expediente, con lo que se cumple el principio de especialidad.

SEXTO: REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN. -

Conforme lo prevé el artículo 7 de la Ley de Extradición, toda solicitud formal de extradición deberá realizarse por vía diplomática, esto es a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y debe ser acompañada de los siguientes requisitos:

- Copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados;
- Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares;
- **Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso;** y,
- Si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del artículo 5 de esta Ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas.

La solicitud de extradición enviada por las autoridades de la República de Lituania, cumple con los requisitos detallados en los artículos 7 y 8 de la Ley de Extradición; ya que la misma ha sido remitida por el canal diplomático correspondiente, con la traducción al idioma español, acompañada de la siguiente documentación:

- Solicitud de extradición realizada por la Fiscalía General de la República de

Lituania con No. TP-05-00007-22 de fecha 7 de julio de 2022;

- Orden vigente de detención emitida en contra del requerido el 7 de octubre de 2021, por el Juez de Instrucción del Juzgado de Distrito de la ciudad de Vilnius Petras Karvelis, en la cual se describe el lugar y fecha de los hechos;
- Solicitud de expedición (modificación) de pasaporte presentada el 10 de febrero de 2022, en la cual constan los datos de identificación de Algirdas Glinskis;
- Textos de las disposiciones legales aplicables, relativas al delito, la pena y la prescripción; y,
- Fotografía y tarjeta dactiloscópica de Algirdas Glinskis.

A más de los requisitos señalados, cabe analizar si se cumple lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley de Extradición, acerca de la prescripción de la acción o de la pena, según la Ley de la República de Lituania.

Según la solicitud de extradición No. TP-05-0007-22 de 5 de julio de 2022, realizada por la Fiscalía General de la República de Lituania, "...El plazo de prescripción para la adopción de una sentencia en la instrucción antes mencionada no ha expirado, porque según el artículo 95.3 del Código Penal de la República de Lituania (...) el plazo de prescripción se ha interrumpido cuando la persona se fugó de la instrucción...", (fojas 6 a 8 del expediente); en cuanto a la legislación ecuatoriana es aplicable el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

«**Art. 417.-** Prescripción del ejercicio de la acción. - La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años [...]

Por lo tanto, desde el 17 de diciembre de 2018, fecha en que los oficiales de la policía de Vilnius, confiscaron una muy grande cantidad de estupefacientes, se inició la instrucción núm. 01-1-60960-18 en contra de Glinskis, inculpándolo de

la disposición ilegal de una gran cantidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con el fin de la distribución, delito que en nuestra legislación se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, que establece un máximo de pena de privación de libertad de trece años, en consecuencia, hasta la presente fecha, no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que opere la prescripción de la acción.

Finalmente se determina que esta petición de extradición no se presenta por aquellos delitos considerados como de carácter político o militar, sino por delitos comunes, que se encuentran contenidos en las legislaciones de ambos Estados.

SÉPTIMO: DE LAS GARANTÍAS. -

En la solicitud formal de extradición No. TP-05-00007-22 de 5 de julio de 2022, la Fiscalía General de la República de Lituania garantiza que: "...Algirdas Glinskis, sin el consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador, no será procesado ni sancionado por un hecho delictivo distinto al señalado en la presente solicitud, ni será extraditado a un tercer país. La Fiscalía General de la República de Lituania conforma que la solicitud de extradición no está relacionada con el enjuiciamiento penal de una persona debido a su raza, religión, nacionalidad o creencias políticas..."

Adicionalmente, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del requerido mediante auto de procesamiento dictado el 3 de octubre de 2022; las 10h15, esta Presidencia, a más de las garantías ya otorgadas solicitó a las autoridades de la República de Lituania, las siguientes garantías:

"I) Que se garantizará la seguridad de Algirdas Glinskis, quien no será ejecutado o que no será sometido a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; y, II) En caso de que el requerido sea condenado a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en la República de Lituania, el tiempo que estuviere detenido en Ecuador por motivos de esta extradición."

Requerimiento que fue otorgado y remitido a este despacho mediante Nota Diplomática No. 67.1.6-113/2022 de 31 de octubre de 2022, por la que, las autoridades del Gobierno de la República de Lituania, transmiten la comunicación No. TP-05-00007-22 de 26 de octubre de 2022, con la cual la Fiscalía General de la República de Lituania, expresa:

"I. En la República de Lituania al requerido Algirdas GLINSKIS solo puede imponerse la pena



prevista en el Código Penal de la República de Lituania por los hechos que se le imputan; el requerido no será sometido a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; II. En caso de que por el juicio dictado por el juzgado lituano Algirdas GLINSKIS fuere condenado a la pena privativa de libertad se le computará a esta pena el tiempo que estuviere detenido en Ecuador a efectos de extradición, según lo dispuesto en el artículo 307 del Código de Enjuiciamiento Criminal de la República de Lituania; III. Se confirma que la orden de detención emitida en contra de Algirdas GLINSKIS el 7 de octubre de 2021 por el Tribunal de circuito de Vilnius por los hechos que motiva su extradición a las autoridades lituanas queda vigente y ejecutable. La Fiscalía General de la República de Lituania garantiza de nuevo que Algirdas GLINSKIS no será extraditado no condenado por los hechos distintos de los descritos en la solicitud de extradición, ni será extraditado a un tercer país sin el consentimiento de la autoridad ecuatoriana competente...”.

De lo expuesto se desprende que las autoridades de la República de Lituania, asumen el compromiso de respetar las garantías solicitadas, así como los derechos humanos de GLINSKIS, recalando que no será sometido a penas que atenten contra su integridad física, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tal virtud, esta Presidencia considera que, bajo las condiciones antes señaladas, las garantías otorgadas son satisfactorias.

OCTAVO: SOBRE LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS ACTUADAS EN LA AUDIENCIA

La defensa particular del requerido en oposición a la extradición, principalmente alegó lo siguiente:

1. Que el señor Glinskis fue involucrado en un delito por versiones, en este caso de los señores Linas Grigaliunas y Danielius Ruris, pero que la Fiscalía de Lituania no verificó si esas versiones eran ciertas o falsas, a tal punto que actualmente Fiscalía de Lituania está indicando que el proceso se encuentra suspendido. Que en ese proceso se ha dispuesto suspender la investigación previa al juicio No. 01-1-60960- 18, por falta de recopilación de datos pendientes que fundamenten la culpabilidad del sospechoso Linas Grigaliunas.
2. Que en la audiencia de comparecencia se había solicitado que se remita la información necesaria en cuanto a si la orden de detención estaba o no vigente y la res-

puesta fue remitida con oficio No. N/RF-TP-05-00007-22 del 26 de octubre del 2022, fuera del plazo concedido, sin embargo, en este documento en los párrafos 2 y 3 se nombra otro nombre, Algirdas Glinskis en el párrafo 2 y Algirdas Glinskas en el párrafo 3, por lo que indica que no sabe si se trata de un homónimo.

3. Que se está vulnerando la norma contenida en la Ley de Extradición en el artículo 7 literal a), en cuanto a que en la solicitud de extradición no existiría precisión respecto al lugar, día y hora en que fueron ejecutados los hechos, incumplimiento que solicita sea tomado en cuenta al momento de resolver.
4. Que no se reúnen las garantías necesarias para que sea extraditado el señor Glinskis, por lo que, en aras del derecho al debido proceso, del principio universal de presunción de inocencia y de que su defendido es padre aquí en Ecuador, y que al ser extraditado se estaría dejando en la orfandad a su familia, a sus hijos, solicita se niegue la extradición.

En relación a las alegaciones contenidas en el numeral 1 y parte inicial del numeral 4, de que el señor Glinskis ha sido involucrado en un delito por versiones de los señores Linas Grigaliunas y Danielius Ruris, pero que la Fiscalía de Lituania no ha verificado si esas versiones eran ciertas o falsas, a tal punto que Fiscalía de Lituania estaría indicando que el proceso se encuentra suspendido y que además no se reunirían las garantías necesarias para que sea extraditado el señor Glinskis, se precisa que, esta autoridad carece de competencia para pronunciarse sobre la materialidad del delito, el grado de responsabilidad del requerido y, los elementos de convicción probatorios mencionados en la resolución judicial por la que se solicita la extradición, en tanto que no le corresponde establecer la cuestión fáctica sobre la ocurrencia del hecho, sus circunstancias, la adecuación al tipo penal; hacerlo implicaría juzgar el hecho materia del requerimiento y una intromisión en el poder judicial del Estado Requerente.

Por el principio de confianza legítima internacional, aplicable a estos casos, si la autoridad judicial de la República de Lituania ha decidido emitir una orden de detención en contra del requerido, se entendería que es porque cuenta con suficientes elementos de convicción en su contra, elementos que no debían presentarse ni discutirse en este expediente, por cuanto según el artículo 7 de la Ley

de Extradición ante la ausencia de tratado bilateral de extradición, solamente es exigible la “copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente”, por ello, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia debe basarse únicamente en la información aportada en la solicitud de extradición y, en el auto de prisión preventiva o resolución análoga. Indagar si el contenido de la acusación es verdadero, atentaría la presunción de buena fe que impera en el derecho internacional, en las relaciones entre Estados.

Es por ello que, en este tipo de casos, la actuación del Presidente de la Corte Nacional de Justicia se circunscribe a observar que el pedido de extradición formulado cumpla con los requisitos previstos en la Ley de Extradición o en el Tratado o convenio internacional aplicable; y, que la petición no se encuentre dentro de los casos que por ley debe negarse la extradición, principio que no ha sido observado por parte del superior cuando ha resuelto los recursos de apelación propuestos en esta materia.

Es más, según el inciso segundo del artículo 14 de la Ley de Extradición, la decisión del Presidente de la Corte Nacional o del Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal que acepta la extradición, no es vinculante para el Jefe de Estado ecuatoriano, quien directamente o a través del Ministerio del Interior, por delegación de aquel, podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo la principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público u otros intereses esenciales para el Ecuador, lo cual se traduce en que, es el Presidente de la República como supremo rector de las relaciones internacionales del país, quien en último caso resuelve sobre la entrega en tradición o no de un ciudadano extranjero.

Por el carácter propio de la extradición como mecanismo de cooperación o colaboración entre Estados, conforme se ha mencionado en el considerando CUARTO de esta sentencia, cuyo objeto es evitar la impunidad de los imputados o condenados prófugos, se precisa que no es un juicio propiamente dicho encaminado a determinar la veracidad de la acusación, ni los hechos en base en los cuales el Estado requirente llamó a juicio, dictó sentencia condenatoria o emitió una orden de privación de libertad, sino un medio de ayuda en la persecución y sanción de delitos.

Ahora bien, en cuanto a la supuesta suspensión del expediente de la instrucción No. 01-11- 60960-18, según la documentación proporcionada por la defensa del señor Glinskis que se encuentra a fs. 265-

322 del expediente, consta que el Fiscal Vladimiras Sergejevas mediante resolución de 30 de junio de 2022, (fecha anterior inclusive al pedido formal de extradición) resuelve, “Suspender la investigación previa al juicio no. 01-1-60960-18 en la parte de la falta de recopilación de datos suficientes que fundamenten la culpabilidad del sospechoso Linas Gri-galiunas...” es decir que nos encontraríamos ante una resolución análoga de desestimación exclusivamente en relación a ese sospechoso, más no en lo que tiene que ver con el requerido Glinskis, en contra de quien se mantiene una orden vigente de detención que motiva este pedido de extradición y que ha sido confirmada por las autoridades lituanas y debidamente comunicada a esta autoridad a través de la vía diplomática, canal oficial de transmisión de documentación relativa a los procesos de extradición. Adicionalmente es importante resaltar que en el pedido formal de extradición de fecha 5 de julio de 2022, consta que el caso penal Núm. 01-1-60960-18 que se sigue en contra de Glinskis se encuentra en la primera etapa del proceso penal, la instrucción, en la cual el fiscal y el oficial de instrucción toman todas las medidas previstas por la ley dentro de su competencia para revelar completamente el hecho delictivo, perseguir a los perpetradores y aplicar debidamente la ley, requiriendo en este momento la presencia del sospechoso para que comparezca a la siguiente etapa “el juicio del caso penal”. Por lo antes mencionado se desecha las alegaciones planteadas.

En relación a la alegación contenida en el numeral 2, en la que se menciona que el oficio No. N/ RF-TP-05-00007-22 de 26 de octubre del 2022, por el cual la República de Lituania confirmó sobre la vigencia de la orden de detención emitida en contra de Glinskis, fue remitido fuera del plazo concedido y que en los párrafos 2 y 3 se nombra otro nombre, Algirdas Glinskis en el párrafo 2 y Algirdas Glinskis en el párrafo 3, e indica que no sabe si se trata de un homónimo. Al respecto es preciso aclarar que en auto emitido el 3 de octubre de 2022, y en atención la petición de la defensa del requerido quien manifestó que poseen un extracto de la Fiscalía de Lituania en la cual constaría que el proceso seguido en contra del requerido habría sido cerrado, esta autoridad de manera oficial solicitó a las autoridades lituanas informen si la orden de detención emitida en contra de Glinskis se encuentra vigente y ejecutable, información que fue recibida dentro del plazo otorgado, es decir dentro de los siguientes treinta días contados a partir del 12 de octubre de 2022, fecha en que



nuestra Embajada notificó oficialmente con ese pedido a las autoridades lituanas. En cuanto a la supuesta diferencia en los nombres que constan en el oficio No. N/RF-TP-05-00007-22 es evidente que existe un lapsus al momento de la traducción lo cual no afecta el contenido sustancial del oficio por el cual se otorga las garantías adicionales solicitadas y se confirma que la orden de detención emitida en contra de Glinskis se encuentra vigente y ejecutable, en tal circunstancia se rechaza la alegación formulada en ese sentido.

En relación a la alegación contenida en el numeral 3, de que se estaría vulnerando la norma contenida en la Ley de Extradición en el artículo 7 literal a), en cuanto a que en la solicitud de extradición no existiría precisión respecto al lugar, día y hora en que fueron ejecutados los hechos, se hace notar que en la orden de detención emitida el 7 de octubre de 2021, por el Juez de Instrucción del Juzgado de Distrito de la ciudad de Vilnius Petras Karvelis, se describe claramente el lugar y fecha de los hechos, esto es: Por una parte, “...en junio de 2018, el día y la hora no precisos (...) en la ciudad de Panevezys (...)”. Por otra parte, consta: “El 17/12/2018 a las 02.18 en la residencia de D. Ruris, apartamento en c/ Avizu 1- 51, Vilnius...”, con lo que se cumple el requisito contenido en el literal a) del artículo 7 de la Ley de Extradición. Por tanto, al carecer de fundamento se desecha la alegación planteada.

Finalmente, respecto a la cuarta alegación de que una eventual entrega en extradición del señor Glinskis, dejaría en la orfandad a su familia y a sus hijos; es necesario considerar lo siguiente:

Los motivos para denegar la extradición están expresamente establecidos en el artículo 5 de la Ley de la materia, y es importante advertir que la misma no prevé como impedimento para conceder la extradición que la persona requerida tenga obligaciones inherentes a hijos menores de edad, en especial si quedarían al cuidado de otros familiares igualmente cercanos (madre de los menores).

No puede entenderse que el proceso de extradición violente los derechos de los niños, niñas y adolescentes al tratarse de aspectos jurídicos distintos que tienen su propina normatividad; en el caso de niñas, niños y adolescentes a pertenecer a un grupo familiar y gozar de ese vínculo, existen los medios para su protección; y a falta de la familia sus derechos corresponden precautar al Estado. En materia de niñez y adolescencia concretamente en lo que se refiere al derecho de mantener vínculos familiares, existen los denominados subsidiarios que pueden cuidar del

menor. Además, estos aspectos no corresponden considerar a esta Presidencia como autoridad en extradición, sino el cumplimiento de los requisitos para su procedencia.

La separación temporal de los menores respecto de sus padres por causas legales como la del sub juez, es una situación expresamente contemplada por la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 9.4), que también ha sido reconocida como compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC 21/14 (párrafo 274). Por lo expuesto, se rechaza las alegaciones formuladas en este sentido por la defensa del requerido.

Por todo lo expuesto, y una vez analizados cada uno de los argumentos planteados en audiencia por la defensa del requerido, resulta evidente que éstos no aportan con desvirtuar el objeto de la extradición. Por su parte la Fiscalía General del Estado, que actúa en representación de los intereses del Estado requirente manifestó que el señor Glinskis, ha sido requerido por las autoridades de Lituania por el delito que se encuentra tipificado en el Art. 260.3 del Código Penal de dicha República, que tiene relación con la posesión ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con el fin de distribución, delito que también se encuentra tipificado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal por lo que se cumple con el principio de la doble incriminación; que la República de Lituania solicita la extradición del mencionado requerido con base en la orden de detención que sigue siendo válida y ejecutable. Además, que la solicitud de extradición del ciudadano Glinskis se ampara en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como también en el artículo 1 de la Ley de Extradición, respecto al principio de reciprocidad, y que se ha adjuntado varios documentos a fin de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley de Extradición. Finalmente señaló que se encuentran cumplidos los requerimientos establecidos en los artículos 1, 2, 5 numeral 7, 8, 11, 12 y 13 de la Ley de Extradición y que el país requirente ha dado cumplimiento con las garantías especialmente de que el requerido no será juzgado por otros delitos y se cumplirá con respetar sus derechos humanos, por lo tanto al encontrarse ejecutoriado el auto de procesamiento de extradición dictado con fecha 3 de octubre de 2022, solicitó se continúe con el trámite concediendo la extradición del requerido Algirdas Glinskis.

NOVENO: RESOLUCIÓN DE FACIL COMPRENSIÓN. -

Uno de los mecanismos para hacer valer los derechos de los ciudadanos cuando acceden al sistema de justicia, radica en que las resoluciones emitidas por las y los jueces, sean explicadas de tal forma que facilite la comprensión para el auditorio social, tal como lo establece el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, asegurando a su vez que los ciudadanos reciban una respuesta a una petición concreta.

Con este antecedente, y en razón de la política de justicia abierta que busca, entre otros, que las decisiones que adoptan las y los jueces sean más comprensibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente auto se realiza un breve resumen de lo resuelto en el proceso hasta el momento.

DÉCIMO: DECISIÓN. -

Por las consideraciones expuestas, y por cuanto se cumplen los requisitos y garantías de la extradición, con fundamento en el artículo 169 de la Constitución de la República, artículos 1, 12 y 13 de la Ley de Extradición, y numeral 3 del artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Presidencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA DECIDE:**

- a) Conceder la extradición del ciudadano de nacionalidad lituano Algirdas Glinskis nacido el 2 de marzo de 1978, con cédula de identidad No. 0933061137, a fin de que sea entregado a las autoridades de la República de Lituania, para ser enjuiciado exclusivamente por los hechos contenidos en la orden de detención emitida en su contra y que motivan esta solicitud de extradición;
- b) En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como al señor Ministro del Interior;
- c) Hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal General del Estado; al Jefe de la Unidad Nacional de Interpol; y, al requerido a través de sus abogados defensores. - Notifíquese y cúmplase.

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

Certifico:

Dra. Isabel Garrido Cisneros

SECRETARIA GENERAL

RESOLUCIÓN DE FACIL COMPRENSIÓN. -

El 7 de octubre de 2021, un Juez de Lituania ordenó la detención de Algirdas Glinskis, quien habría realizado negocios con drogas.

Luego de conocer que ese ciudadano fue localizado en Ecuador, el 22 de agosto de 2022, Lituania envió una solicitud para que se realice el trámite necesario para que Glinskis, sea trasladado a ese país.

Hoy, 28 de febrero de 2023, resuelvo que Glinskis sea entregado a las autoridades de Lituania, para que cuando se encuentre en ese país, esté presente en el juicio que se sigue en su contra.

Firma: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

II

Expediente Nro. 56-2022
Fecha: Quito, 24 de enero de 2023; las 13h45

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN

Juicio No. 56-2022

Juez Ponente: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. - Quito, 24 de enero de 2023; las 13h45 (56-2022).

VISTOS:

Agréguese el oficio No. MREMH-DAJIMH-2023-0033-O y anexos, recibido el 23 de enero de 2023, suscrito por el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

ANTECEDENTES:

a) Mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2022-459-O y anexos, recibido el 30 de septiembre de 2022, el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remitió a este despacho la Nota Diplomática No. POL 580/2022 de 30 de septiembre de 2022, mediante la cual, la Embajada de los Estados Unidos acreditada en Ecuador, solicitó la detención provisional con fines de extradición del ciudadano colombiano José William Serna Sánchez, quien es requerido por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York, para ser juzgado dentro de una acusación en el caso número 1:19-cr-00528(ILG) (VMS) (también conocido como Caso No. 19-CR-528 y Caso 1:19-cr-00528-ILG), por el siguiente delito: “**Delito Uno: Conspiración para distribuir cinco kilogramos o más de cocaína, con la intención, a sabiendas y teniendo motivos razonables para creer que dicha cocaína sería importada ilegalmente a los Estados Unidos, en violación del Título 21, Código de los Estados Unidos, Secciones 959 (a) y (d), 960(a) (3) y (b)(1)(B)(ii), y 963; y Título 18, Código de los Estados Unidos, Secciones 3238 y 3551 y subsiguientes.**”;

b) Analizado el cumplimiento de requisitos básicos de la solicitud de arresto y extradición, en providencia de 3 de octubre de 2022, las 11h00, se dispuso la detención con fines de extradición del ciudadano colombiano José William Serna Sánchez;

c) Mediante oficio No. PN-DIGIN-UDT-2022-107-O y anexos, recibido el 17 de diciembre de 2022, el abogado Javier Andrés Granda Sánchez, Jefe de la Unidad Nacional de Investigación de Delitos Transnacionales, informó a este despacho que el ciudadano colombiano José William Serna Sánchez, ha sido detenido el 16 de diciembre de 2022, a las 19h00, en las áreas de acceso público del Aeropuerto Mariscal Antonio José de Sucre, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha. En tal virtud, mediante auto 17 de diciembre de 2022; las 10h40, se giró la Boleta Constitucional de Encarcelamiento No. 023-2022-PCNJ, a fin de que José William Serna Sánchez, permanezca detenido en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 “El Inca”, por este procedimiento de extradición. Al momento de su detención le fueron indicados sus derechos, así como se le hizo conocer los motivos por los cuales Estados Unidos de América han solicitado su extradición, entregándole copias certificadas de la documentación pertinente; continuando con el trámite correspondiente mediante providencia de 19 de diciembre de 2022, en aplicación del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el día jueves 22 de diciembre de 2022, a las 15h00, recordándole además al Estado requirente que en aplicación del artículo 8 párrafo segundo de la Ley de Extradición, a partir del viernes 16 de diciembre de 2022, se encuentra transcurriendo el plazo de cuarenta días para presentar la solicitud formal de extradición con toda la documentación de soporte;

- d) La audiencia de comparecencia se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido José William Serna Sánchez, a través de videoconferencia desde el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 “El Inca”, y patrocinado por la doctora Teresa Andrade, Defensor Público, compareció, además, el abogado Alfredo Rodríguez, en representación de la señora Fiscal General del Estado, para representar los intereses del Estado requirente;
- e) Realizada la audiencia, y en virtud de que el requerido manifestó de viva voz su consentimiento para ser extraditado, previo a resolver, mediante providencia de 23 de diciembre de 2022, se solicitó al Estado Requirente que en el plazo de treinta días presente las garantías reconocidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos;
- f) En cumplimiento de lo dispuesto, en providencia de 19 de diciembre de 2022, la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante Nota Diplomática No. POL 044/2023 de 20 de enero de 2023, remitió a este despacho la solicitud formal de extradición acompañada de la documentación de soporte pertinente; y,
- g) Cumpliendo con lo dispuesto en la providencia 23 de diciembre de 2022, la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante Nota Diplomática No. POL 057/2023 de 20 de enero de 2023, remitió a este despacho las garantías solicitadas. Una vez escuchadas las partes procesales, para resolver se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA. -

El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer, sustanciar y resolver los pedidos de extradición pasiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 12 y 13 de la Ley de Extradición y, numeral 3 del artículo 199, del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala entre sus facultades: “...Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado...”.

SEGUNDO: LEY APLICABLE. -

Entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador, se encuentra vigente el Tratado de Extradición celebrado el 28 de junio de 1872, y su complementario de 21 de abril de 1941, dicho tratado en su artículo 1, establece:

«Art. 1.- El Gobierno del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América convienen en

entregarse mutuamente las personas condenadas por o acusadas de los crímenes enumerados en el artículo que sigue, cometidos dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes y que hayan buscado asilo o se encuentren dentro del territorio de la otra [...].»

Por su parte la Disposición General de la Ley de Extradición ecuatoriana, dispone:

«Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición se regirán por la presente Ley, excepto en lo que fuere aplicable y estuviere expresamente previsto en los tratados o convenios internacionales en los que el Ecuador sea parte.»

Además del mencionado instrumento internacional es aplicable el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de la cual hacen parte la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL. -

En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso y los requisitos formales previstos en la Constitución de la República, así como en la Ley de la materia. El señor José William Serna Sánchez, contó con la defensa técnica de la doctora Teresa del Rocío Andrade, quien representó sus intereses durante el desarrollo de todo el procedimiento; a su vez el requerido fue escuchado en audiencia.

En conclusión, no existe violación de solemnidades, ni causa de nulidad, por lo que se declara la validez procesal.

CUARTO: LA EXTRADICIÓN Y SU NATURALEZA. -

La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: **EX**, que significa Fuera De, y **TRADITIO** que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto “Derecho Penal”, Tomo uno, página 113, señala que: “Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada”. En el presente caso estamos frente a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades de los Estados Unidos de América. En cuanto a su naturaleza, la extradición es de carácter procedimental, y no es sancionatoria, ya que

no establece criterios de culpabilidad o inocencia ni impone penas. En lo medular se trata de un acto de asistencia judicial interestatal en materia penal, encaminado a evitar la impunidad. Tal como expresa Luis Santiago González Warcalde en su texto “La Extradición”, página 178: “... cabe advertir que el proceso judicial (de extradición) tiene características propias por las que no cabe equiparlo a un juicio penal entendido desde su acepción estricta. Si bien posee la estructura propia del contradictorio, se encuentran limitadas las materias que pueden ser sometidas a discusión.”, (lo contenido en paréntesis me pertenece).

En Ecuador la competencia del Juez de extradición radica exclusivamente en: Comprobar que estén satisfechos los requisitos señalados en el Tratado o Convención internacional respectivo y en la Ley de Extradición; que se oiga al reclamado a fin de garantizar su derecho a la defensa, quien, en caso de oponerse a la extradición, deberá desvirtuar el cumplimiento de los requisitos necesarios que señale la Ley.

En el proceso de extradición no se valora el contenido del proceso penal, que origina la solicitud de extradición, ya que eso es de competencia de las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente.

QUINTO: DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA EXTRADICIÓN. -

- a. **Legalidad:** El numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, 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, en observancia del trámite propio de cada procedimiento.*” (énfasis me corresponde).

En el caso en estudio el requerido José William Serna Sánchez, comparece ante la autoridad competente según lo determina el Código Orgánico de la Función Judicial, tal como se menciona en el considerando PRIMERO de esta sentencia, y le es aplicable el procedimiento pertinente según la Ley de la materia.

Ahora bien, en lo pertinente a las infracciones por las cuales José William Serna Sánchez, es requerido, consta en el apartado II de la Declaración Jurada en apoyo a la Solicitud de Extradición suscrita por Nomi D. Berenson, Fiscal Auxiliar de los Estados Unidos Distrito Este de Nueva York, los cargos por el presunto cometimiento del delito de narcotráfico cometido entre los años 2018 y 2019, conducta que en nuestra legislación es considerada punible y se encuentra prevista y sancionada en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, es decir de manera previa a la fecha del presunto cometimiento de los hechos por los que se requiere la extradición.

- b. **Doble Tipicidad y Gravedad del Delito:**

Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez también una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido¹ y la misma no encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este principio el doctor José C. García Falconí, en su texto “Manual Teórico Practico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional”, Tomo Primero, señala: “... para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias...”. De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: “...el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos...”. En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena mínima de privación de libertad de un año, este

¹ Código Sánchez de Bustamante: «Art. 353.- Es necesario que el hecho que motiva la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido.»

principio es aceptado mundialmente, por cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del “delincuente”. Los mencionados principios se encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición².

En el caso que nos ocupa, en la Nota Diplomática No. POL-044/2023 de 20 de enero de 2023, (fojas 82 a 85), la Embajada de los Estados Unidos de América, expresa que el ciudadano colombiano José William Serna Sánchez, es requerido para

ser juzgado en los Estados Unidos por delitos de narcotráfico; la mención de los delitos acusados se encuentran en la acusación de reemplazo (fojas 140 y 143), presentada el 17 de junio de 2022, por el Gran Jurado ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos -Distrito Este de Nueva York; y, la descripción de la conducta en particular acusada al requerido se encuentra en las partes aplicables de las disposiciones legales correspondiente, que describen el delito que se acusa a José William Serna Sánchez, constantes a fojas 131 a 138 del expediente, siendo estas las contempladas en el Código de los Estados Unidos.³

² **Ley de Extradición: «Art. 2.-** Se podrá conceder la extradición, con los límites señalados en la Constitución Política de la República, por aquellos delitos para los que las leyes ecuatorianas y las del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a un año de privación de libertad por delitos también tipificados en la legislación ecuatoriana; sin embargo, la concesión de extradición podrá incluir otros delitos referidos en la solicitud aun cuando tengan una penalidad inferior.»

³ **CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: «Sección 812 del título 21 del Código de los Estados Unidos controla- das Categorías de sustancias**

(a) Establecimiento

Existen cinco categorías establecidas de sustancias controladas, conocidas como las categorías I, II, III, IV y V.;

(c) Categorías iniciales de sustancias controladas

Las categorías I, II, III, IV y V.... constarán de las siguientes drogas u otras sustancias.;

Categoría II

(b) Salvo que se exceptúe específicamente o salvo que conste en otra categoría, cualquiera de las siguientes sustancias, ya sea que se hayan elaborado directa o indirectamente mediante la extracción de sustancias de origen vegetal, o independientemente mediante síntesis química, o mediante una combinación de extracción y síntesis química: ...

(4) ...cocaína, sus sales, isómeros ópticos y geométricos y sales de isómeros; ..»

«Sección 959 del Título 21 del Código de los Estados Unidos Posesión, elaboración o distribución de una sustancia controlada

(a) Elaboración o distribución con el objeto de su importación ilícita

Será ilegal que cualquier persona elabore o distribuya una sustancia controlada de la categoría I o II, o flunitrazepam o una sustancia química de cualquier categoría, con el propósito, conocimiento o teniendo motivo razonable para creer que dicha sustancia o producto químico será importado ilícitamente a los Estados Unidos o aguas dentro de una distancia de 12 millas de la costa de los Estados Unidos. ...

(d) Actos cometidos fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos

Esta sección tiene como objeto abarcar los actos de elaboración o distribución cometidos fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos.»

«Sección 960 del Título 21 del Código de los Estados Unidos

Actos prohibidos A

(a) Actos ilícitos

Toda persona que— ...

(3) en contravención de la sección 959 de este título, elabore una sustancia controlada, la posea con el objeto de su distribución o la distribuya, será sancionada conforme a lo dispuesto en la sección (b) de esta sección.

(b) Sanciones

(1) En el caso de una contravención del inciso (a) de esta sección que comprenda— ...

(B) 5 kilogramos o más de una mezcla o sustancia que contenga una cantidad detectable de— ...

(ii) cocaína, sus sales, isómeros ópticos y geométricos, y sales o isómeros; ...

la persona que cometa dicha contravención de la ley será condenada a una pena de prisión de al menos 10 años, pero no más de cadena perpetua ... una multa que no excederá el monto autorizado de acuerdo de las disposiciones del Título 18 o \$10.000.000 dólares estadounidenses ... un período de libertad supervisada de al menos 5 años además de dicha pena de prisión ...»

«Sección 963 del Título 21 del Código de los Estados Unidos Tentativa y concierto para delinquir

Toda persona que intente cometer o que concierte para cometer cualquier delito tipificado en este subcapítulo estará sujeta a las mismas sanciones previstas para el delito cuya comisión fue el objeto de la tentativa o del concierto para delinquir...»



Conducta que se encuentra contemplada en el artículo 220⁴ del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano:

Respecto del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ambas legislaciones concuerdan en que el bien jurídico protegido es la salud pública, tal como lo expresa Efraín García Ramírez en su libro “Droga. Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud” pág. 241: *“El bien jurídico tutelado es la salud pública ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan o porque un determinado número de ellos puede llegar a necesitarlas o aprovecharlas.”* Mediante esta conducta delictiva el legislador busca sancionar a toda persona (Sujeto activo), que con conocimiento y voluntad (Elemento subjetivo: dolo), cometa alguno de los verbos rectores del delito descrito, indistintamente de que tal acción implique un resultado material, pues estamos frente a un delito de peligro, es decir que la sola consumación del verbo rector vulnera directamente el bien jurídico protegido y es por esto que la “víctima” del delito es toda la sociedad (Sujeto pasivo).

Cabe resaltar que la lucha contra el tráfico de sustancias estupefacientes es un compromiso de carác-

ter mundial y por tal, la República de Ecuador y los Estados Unidos de América han suscrito múltiples instrumentos internacionales, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por la que los Estados parte, advierten: *“...la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito.”*

En conclusión, las dos legislaciones reconocen como delictivas la conducta ilícita por la cual se encuentra acusado, el ahora requerido.

Ahora bien, en cuanto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, existe una clara diferencia en ambas legislaciones, ya que la norteamericana establece un período de encarceramiento no inferior a 10 años o no superior a cadena perpetua para los delitos de narcotráfico. Por su parte, la legislación nacional en el artículo 220 establece una tabla de graduación de la pena privativa de libertad, con base en la cantidad (gramos) de la sustancia traficada, siendo la de mínima escala, sancionada en un rango de 1 a 3 años y la de gran escala de 10 a 13 años. Sin embargo, cabe aclarar, que dicha diferencia en el máximo de la pena no afecta al cumplimiento del Principio de Gravedad, ya que en éste se analiza exclusivamente el mínimo de la condena, que en ambas figuras delictivas

⁴ **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR, R.O. No. No. 180 de 10 de Febrero de 2014:** «Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. - La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala, de uno a tres años.
b) Mediana escala, de tres a cinco años.
c) Alta escala, de cinco a siete años.
d) Gran escala, de diez a trece años.

2. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados a la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible; en casos de consumo ocasional, habitual o problemático el Estado ofrecerá tratamiento y rehabilitación.

Las cantidades establecidas en los umbrales o escalas previstas en la normativa correspondiente, serán meramente referenciales para determinar el tráfico o consumo.

La tenencia o posesión de fármacos que contengan el principio activo del cannabis o derivados con fines terapéuticos, paliativos, medicinales o para el ejercicio de la medicina alternativa con el objeto de garantizar la salud, no será punible, siempre que se demuestre el padecimiento de una enfermedad a través de un diagnóstico profesional.

En el caso de tráfico de varias sustancias en un mismo hecho, se iniciará un solo proceso penal por el delito fin de tráfico y se impondrá la pena que corresponda a la escala de la sustancia con mayor reproche. En este caso no habrá acumulación de penas.»

supera el año de privación de libertad exigido en materia de extradición.

c. **Especialidad:** El Estado requirente se compromete a juzgar o castigar el delito concreto por el que se concede la extradición. No obstante, este principio tiene dos excepciones: I) Consentimiento del Estado requerido, en cuyo caso se requerirá la formulación de una ampliación de la extradición; II) Declaración judicial de la persona entregada. El artículo 20 de la Ley de Extradición, dispone:

«**Art. 20.-** Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier medida que afecte a su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será necesario autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo 7 de esta ley y la declaración judicial de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición [...]»

En el presente caso, la persona extraditada no será juzgada por ningún delito cometido anteriormente o distinto a los delitos objeto de esta extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a fojas 154 y 159 del expediente, con lo que se cumple el principio de especialidad.

SEXTO: REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN. -

Conforme lo prevé en el artículo 7 de la Ley de Extradición, toda solicitud formal de extradición deberá realizarse por vía diplomática, esto es a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y debe ser acompañada de los siguientes requisitos:

- Copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados;
- Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares;
- Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso; y,
- Si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del artículo 5 de esta Ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del

Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas.

En igual sentido, el artículo 5 del Tratado de Extradición suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, dispone:

«**Art. 5.-** Las requisitorias para la extradición de fugitivos ante la justicia serán hechas por los Agentes diplomáticos respectivos (...) cuando el fugitivo solo está acusado de crimen, una copia debidamente legalizada del auto de prisión para arrestarlo en el país donde el crimen haya sido cometido y de las deposiciones sobre qué tal auto ha sido expedido.»

En el presente caso la solicitud formal de extradición realizada por los Estados Unidos de América, cumple con todos los requisitos expuestos; ya que fue realizada por escrito, se la transmitió por vía diplomática y, fue acompañada de las siguientes copias certificadas y traducidas al idioma español:

- Declaración Jurada en apoyo de la Solicitud de Extradición, realizada el 28 de diciembre de 2022, por Nomi D. Berenson, Fiscal Auxiliar de los Estados Unidos Distrito Este de Nueva York;
- Partes pertinentes de las leyes que describen los delitos de los que se acusa a José William Serna Sánchez, la ley de prescripción y las sanciones que enfrentaría en caso de que sea declarado culpable;
- Acusación de reemplazo presentada por el Gran Jurado el 17 de junio de 2022, ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York;
- Orden de aprehensión contra José William Serna Sánchez, emitida el 17 de junio de 2022, por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York;
- Declaración Jurada en apoyo de la solicitud formal de extradición, realizada el 28 de diciembre de 2022, por el Agente Especial Denis T. Kennedy; y,
- Documento de identificación que contiene los datos, huellas dactilares y fotografía de José William Serna Sánchez.

A más de los requisitos señalados, cabe analizar si se cumple lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley de Extradición, acerca de la prescripción de la acción o de la pena, según la Ley ecuatoriana y la de los Estados Unidos de América.

Según la Declaración Jurada en apoyo a la Solicitud de Extradición realizada por la Fiscal Auxiliar de Distrito Este de Nueva York, Nomi D. Berenson, "...la prescripción de un delito continuo, como un



concierto para delinquir, comienza a transcurrir a partir de la conclusión o consumación del delito, no de la fecha en que comenzó. He revisado concienzudamente la ley de prescripción correspondiente y el procesamiento de los cargos de este caso no ha prescrito...”, (fojas 122 a 128 del expediente); en cuanto a la legislación ecuatoriana es aplicable el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

«**Art. 417.-** Prescripción del ejercicio de la acción.
- La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años [...]»

Por lo tanto, desde el 17 de junio de 2022, fecha en que El Gran Jurado presentó ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos- Distrito Este de Nueva York, la acusación formal en contra de José William Serna Sánchez, inculpándolo de los cargos de concierto internacional para distribuir cocaína, delito que en nuestra legislación se encuentran tipificado y sancionado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, que establece un máximo de pena de privación de libertad de 13 años, en consecuencia, hasta la presente fecha, no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que opere la prescripción de la acción.

Finalmente se determina que esta petición de extradición no se presenta por aquellos delitos considerados como de carácter político o militar, sino por delitos comunes, que se encuentran contenidos en las legislaciones de ambos Estados, así como, en el artículo 2, del Tratado de Extradición de 1872 y en el artículo 1, número 19 del Tratado Complementario de 1941, suscritos entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.

SÉPTIMO: CONSENTIMIENTO DE LA EXTRADICIÓN. –

José William Serna Sánchez, compareció a la audiencia celebrada el 22 de diciembre de 2022, pa-

trocinado por Defensora Pública doctora Teresa del Rocío Andrade, y al ser preguntado por este despacho, de sí conoce las razones que motivan el presente procedimiento extraditorio y si acepta o se opone al mismo, en uso de la palabra manifestó que si conoce y que si consiente en ser extraditado a los Estados Unidos.

Ante lo cual, es preciso resaltar que la figura de la extradición simplificada o voluntaria se encuentra contemplada en el segundo⁵ párrafo del artículo 11 de la Ley de Extradición ecuatoriana, por su parte el doctor José García Falconí, en su obra previamente mencionada señala que la extradición simplificada *“Es cuando el individuo se entrega y lo acepta de manera voluntaria...”*, de igual forma el doctor Augusto Durán Ponce, en su artículo *“la extradición se concede no se impone”*, afirma que la extradición abreviada se produce *“Cuando el extraditado da su conformidad o allanamiento para ser extraditado ante las autoridades judiciales al tomar conocimiento de la pretensión judicial del Estado requirente y acepta ser extraditado.”*

Sin embargo, de lo manifestado cabe aclarar que en este caso se ha realizado el correspondiente análisis pormenorizado de cada uno de los requisitos de la extradición, así como, el cumplimiento de los principios básicos que regulan el procedimiento de extradición, de esta forma se ha garantizado el debido proceso, siendo la expresión de voluntad de la requerida un elemento más a considerarse.

OCTAVO: DE LAS GARANTÍAS. –

Con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del requerido mediante providencia dictada el 23 de diciembre de 2022, esta Presidencia, solicitó a las autoridades de los Estados Unidos de América, las siguientes garantías:

“I) Que se garantizará la seguridad de José William Serna Sánchez, quien no será ejecutado o que no será sometido a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; II) Que José William Serna Sánchez, no será perseguido por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad; III) Que el reclamado no será enjuiciado por hechos anteriores o distintos a los delitos por los cuales se requiere la extradición; IV) De ser el caso, no será

⁵ **Ley de Extradición del Ecuador (Registro Oficial No. 144 Suplemento, de 18 de agosto del año 2000):** “...identificado el detenido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, le invitará a que manifieste con expresión de sus razones si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella; si consintiera y no se suscitaban obstáculos legales que a ello se opongan el Presidente de la Corte Suprema de Justicia podrá acceder a la demanda de extradición...”

extraditado, deportado o entregado a un tercer Estado sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador; y, V) En caso de que el requerido sea condenado a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en los Estados Unidos de América, el tiempo que estuviere detenido en Ecuador por motivos de esta extradición.”

Requerimiento que fue otorgado y remitido a este despacho mediante Nota Diplomática No. No. POL 057/2023 de 20 de enero de 2023, por la que, las autoridades del Gobierno de los Estados Unidos, expresan:

“En consideración a la solicitud del Gobierno del Ecuador, y luego de consultar con la autoridad fiscal competente, los Estados Unidos está preparado en este caso particular para notificar al Gobierno del Ecuador lo siguiente: I) El Gobierno de los Estados Unidos de América asegura al Gobierno de la República del Ecuador que SERNA SANCHEZ no será sometido a penas que atenten contra su integridad física, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes.

II) Bajo la Constitución de los Estados Unidos, se prohíbe la persecución por motivos políticos, raciales, creencias religiosas o de nacionalidad. Estas protecciones se aplicarán igualmente a SERNA SANCHEZ.

III) El artículo 3ro. Del Tratado dispone que una persona extraditada de conformidad con el Tratado “no será procesada por ningún delito cometido con anterioridad a aquel por el que se pueda solicitar su extradición”. Por lo tanto, los Estados Unidos está prohibido de enjuiciar a SERNA SANCHEZ por actos anteriores distintos de aquellos por los que se concede extradición.

IV) Los Estados Unidos no extraditará a SERNA SANCHEZ a un tercer país sin el consentimiento del Gobierno del Ecuador. Los Estados Unidos señala que, para efectos de esta nota diplomática, la extradición se refiere al traslado de una persona de los Estados Unidos a otro país de conformidad con un tratado bilateral de extradición con el fin de enjuiciar o cumplir una sentencia.

V) Cualquier tiempo cumplido por SERNA SANCHEZ en el Ecuador pendiente de extradición se restará de cualquier sentencia impuesta por la corte en los Estados Unidos.”

De lo expuesto se desprende que las autoridades de los Estados Unidos de América, asumen el compromiso de respetar las garantías solicitadas, así como los derechos humanos de José William Serna Sánchez, recalando que no será sometido a penas

que atenten contra su integridad física, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tal virtud, esta Presidencia considera que, bajo las condiciones antes señaladas, las garantías solicitadas son satisfactorias.

NOVENO: RESOLUCIÓN DE FACIL COMPRESIÓN. -

Uno de los mecanismos para hacer valer los derechos de los ciudadanos cuando acceden al sistema de justicia, radica en que las resoluciones emitidas por las y los jueces, sean explicadas de tal forma que facilite la comprensión para el auditorio social, tal como lo establece el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, asegurando a su vez que los ciudadanos reciban una respuesta a una petición concreta.

Con este antecedente, y en razón de la política de justicia abierta que busca, entre otros, que las decisiones que adoptan las y los jueces sean más comprensibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente auto se realiza un breve resumen de lo resuelto en el proceso hasta el momento.

DÉCIMO: DECISIÓN. -

Por las consideraciones expuestas, y por cuanto se cumplen los requisitos y garantías de la extradición, con fundamento en el artículo 169 de la Constitución de la República, artículos 1, 11 y 13 de la Ley de Extradición, y numeral 3 del artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Presidencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA DECIDE:**

- a) Conceder la extradición del ciudadano de nacionalidad colombiana José William Serna Sánchez, con documento de identificación número 94.253.252 y pasaporte colombiano No. PE125086, a fin de que sea entregado a las autoridades de los Estados Unidos de América, y pueda ser enjuiciado exclusivamente por los hechos descritos en la solicitud formal de extradición y que motivan este proceso.
- b) Conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Extradición, se hace constar que José William Serna Sánchez fue detenido el 16 de diciembre de 2022 y deberá permanecer privado de su libertad en el Centro de Privación Provisional de Libertad Masculino Pichincha N° 1 “El Inca” a órdenes de esta Presidencia, hasta el día en que se haga efectiva la entrega.



- c) En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como al señor Ministro del Interior.
- d) Hágase conocer el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal General del Estado; al Director del Centro de Privación Provisional de Libertad Masculina

lino Pichincha N° 1 “El Inca”, al Jefe de la Unidad Nacional de Interpol; y, al requerido a través de la defensora pública. - Notifíquese y cúmplase.

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

Certifico:

Dra. Isabel Garrido Cisneros

SECRETARIA GENERAL

Certifico.

RESOLUCIÓN DE FACIL COMPRENSIÓN. - El 17 de junio de 2022, un Tribunal de los Estados Unidos ordenó la detención de José William Serna Sánchez, quien supuestamente habría realizado negocios con drogas.

Luego de conocer que ese ciudadano fue localizado en Ecuador, el 30 de septiembre de 2022, Estados Unidos me envió la solicitud para que se realice el trámite necesario para que José William Serna Sánchez, sea trasladado a ese país.

Hoy, 24 de enero de 2023, resuelvo que José William Serna Sánchez sea entregado a las autoridades de Estados Unidos para que, cuando se encuentre en ese país, esté presente en el juicio que se sigue en su contra.

Firma: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

III

Expediente Nro. 65-2022
Fecha: Quito, 18 de diciembre de 2023; las 10h00

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN

Juicio No. 65-2022

Juez Ponente: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. - Quito, 18 de diciembre de 2023; las 10h00 (65-2022).

VISTOS:

Para resolver sobre el presente pedido de extradición pasiva del ciudadano colombiano Henry Carreño, se considera:

1. Antecedentes

1.1 Mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2022-0512-O y anexos de 7 de noviembre de 2022, el Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remitió la Nota Verbal No. SECQT22-562 de 21 de octubre de 2022, suscrita por la Embajada de la República de Colombia en Ecuador, con la que las autoridades de dicho país solicitan la detención y extradición del ciudadano colombiano Henry Carreño, con documento de identificación No. 88,312,612, quien es requerido por la Fiscalía 11 Seccional de la Unidad de Vida de la ciudad de Medellín, para que comparezca ante la justicia colombiana como presunto autor responsable del delito de feminicidio agravado, tipificado y sancionado en los artículos 104 A, 104B y 104 de la ley No. 599 de 2000, (Código Penal colombiano), al haber cometido los siguientes hechos:

“HENRY CARREÑO y MARLY MORENO CAUSIL se conocen a través de la red social Facebook, entablando relación sentimental a distancia con visitas periódicas por parte de este, el cual finalmente valiéndose de la manipulación se radicó en la residencia de esta mujer, controlando a partir de este momento varias esferas de su vida, entre ellas y principalmente su economía y relaciones,

comportamientos que generaron temor en ésta, quien días previos a su muerte intentó infructuosamente que aquel se marchara. En este contexto, el 12 de mayo del 2021, encontrándose la pareja en la residencia que compartían en calidad de compañeros permanentes, ubicada en la calle 99 Nro. 51 A- 66 interior 103 barrio Santa Cruz La Rosa del municipio de Medellín, HENRY CARREÑO le dio muerte a MARLY MORENO COUSIL al propinarle siete puñaladas en tórax y abdomen que le generaron un shock hipovolémico, luego de lo cual el agresor se marchó del lugar.”;

1.2 Analizado el cumplimiento de requisitos básicos de la solicitud de detención con fines de extradición, en providencia de 16 de noviembre de 2022; a las 11h10, se dispuso la detención del ciudadano colombiano Henry Carreño;

1.3 Mediante oficio No. PN-INTERPOL-2023-1599-O de septiembre de 2023, el Jefe de la Unidad Nacional de Interpol, remitió a este despacho el parte policial No. 2023092608283162101 realizado el 26 de septiembre de 2023, por el Sgto. de Policía Sergio Andrés Pozo Pozo, agente aprehensor, dando a conocer la detención del ciudadano colombiano Henry Carreño. En tal virtud, mediante auto de 27 de septiembre de 2023, se giró la Boleta Constitucional de Encarcelamiento No. 018-2023-PCNJ, a fin de que Henry Carreño, permanezca detenido en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 “El Inca”, por este procedimiento de extradición, y en aplicación del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el día lunes 2 de octubre del año en curso a las 12h00, misma que fue diferida a petición del requerido y su defensa técnica, luego se convocó para



el día martes 10 de octubre de 2023 a las 10h30; la cual se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido Henry Carreño, patrocinado por el doctor Marco Villarreal Rodríguez, defensor particular, compareció, además, la doctora Zulema Pachacama, en representación de la señora Fiscal General del Estado.

- 1.4 Realizada la audiencia, y de acuerdo al trámite correspondiente, el 18 de octubre de 2023, se dictó auto de procesamiento de extradición y con fundamento en el artículo XI del Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas, el 18 de julio de 1911, y artículos 5 numeral 7, 6, 13 y 20 de la Ley de Extradición, se solicitó al Estado Requiriente para que en el plazo de treinta días presente las garantías reconocidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos;
- 1.5 Cumpliendo con lo dispuesto en auto mencionado, dentro del plazo otorgado la Embajada de la República de Colombia mediante Nota Diplomática No. SECQT23-515 de 28 de noviembre de 2023, remitió a este despacho las garantías solicitadas;
- 1.6 Una vez ejecutoriado el auto de procesamiento se convocó a las partes procesales a la audiencia oral de extradición a realizarse el día viernes 1 de diciembre de 2023, la misma se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido Henry Carreño, patrocinado por el doctor Lenin Pérez Medina, defensor particular; compareció, además, la doctora Zulema Pachacama, en representación de la señora Fiscal General del Estado;
- 1.7 En esta diligencia la doctora Zulema Pachacama, delegada de la señora Fiscal General del Estado, representando los intereses del Estado requirente, manifestó:

“...el pedido de extradición del requerido señor Henry Carreño, nacido el 7 de agosto de 1972, en Cúcuta al norte Santander, Colombia, ha sido realizado por parte de la República de Colombia, amparado en el tratado entre Colombia y Ecuador, así como en la Ley de Extradición de nuestro país, artículo 1 que se refiere al pedido de extradición. En este contexto señor Presidente existe el auto de procesamiento dictado con fecha 18 de octubre de 2023, a las 8h30, dentro del proceso No.

65-2022, del cual en este auto que se encuentra ejecutoriado se ha dispuesto por parte de su autoridad en el numeral 7.2 del referido auto, ciertos requerimientos que contempla la Ley de Extradición; esto es en los artículos 5 numeral 7, artículos 6, 13 y 20 de la citada Ley, es decir, haber requerido a la República de Colombia que se garantice la seguridad del señor Henry Carreño, que no será sometido a penas que atenten a su seguridad corporal o tratados inhumanos o degradantes, de igual forma que el señor Henry Carreño no será perseguido por motivaciones políticas, raza, creencias religiosas o de nacionalidad, que el reclamado no será enjuiciado por hechos anteriores o distintos delitos a los cuales se requiere la extradición de ser el caso no será extraditado, deportado ni entregado a un tercer Estado, sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador y que en caso de que el requerido sea condenado a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en la República de Colombia, el tiempo que estuviere detenido en el Ecuador por motivos de esta extradición, estos documentos que garantizan las peticiones dentro del auto de procesamiento han sido remitidos a la Presidencia de esta Corte Nacional, a fin de dar cumplimiento. En este sentido reitero que existe la documentación legal y pertinente para que sea extraditado el requerido señor Henry Carreño, por lo que solicito se continúe con el trámite conforme el artículo 12 de la Ley de Extradición.”.

- 1.8 Por su parte el doctor Lenin Pérez Medina, defensor particular del requerido, oponiéndose a la extradición, alegó:

“...en nombre y representación del señor Henry Carreño, que quieren oponerse a la extradición misma que ha sido solicitada de conformidad al acuerdo Bolivariano sobre Extradición, firmada en Caracas el 18 de junio de 1911, en la cual intervinieron los países signatarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Es necesario establecer específicamente el artículo 1 y el artículo 2 sobre este convenio de extradición y para esto manifiesta que el artículo 1 indica que los estados contratantes convienen de acuerdo con lo que se estipula en este acuerdo, en que los individuos procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno o cualquiera que los estados

contratantes como autores, cómplices o encubridores de acuerdo a los crímenes o delitos especificados en el artículo 2, es por esto que el artículo 2 considera con los siguientes crímenes o delitos en el numeral 1, homicidio comprendido en los casos de parricidio infanticidio, asesinato, envenenamiento y aborto; luego hace una clasificación de 23 puntos más de especies de delitos y en ningún momento en este acuerdo se ha mencionado dentro de este catálogo el delito de feminicidio agravado como causales de extradición, así como también se debe agregar algo adicional que en la extradición uno de los requisitos es que el delito imputado se haya tipificado como tal en la legislación penal del estado requerido como en la del estado requirente. En nuestra legislación penal en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, se habla del femicidio y no del feminicidio, por lo tanto no podemos aplicar la analogía ya que en nuestra legislación existe un principio universal conforme lo prescrito en el artículo 13 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, por lo expuesto al no existir la tipificación, ya que el derecho penal actual es un derecho específico, determinado, concreto y en la extradición pasa lo mismo en cuanto al delito que es específico y no podemos aplicar lo manifestado en esa analogía ya que no hay en nuestra legislación la tipificación de feminicidio agravado, en nuestra legislación es femicidio que diversifica o se diferencia de nuestra legislación por lo que solicita se niegue y no se de paso a la solicitud de extradición planteada por las autoridades de Colombia, termina con su intervención.”

- 1.9 Ante lo expuesto por la defensa del requerido, la Fiscalía General del Estado representada por la doctora Zulema Pachacama, expresó:

“...que el requerido ha sido solicitado por la República de Colombia la misma que se ha dado estricto cumplimiento a los requisitos previos para que se conceda con la extradición y por ende se ha dictado el auto correspondiente así como también se han brindado las garantías que requiere la Ley de Extradición que se encuentran detalladas en el respectivo auto y que ya fueron dilucidadas en la primera audiencia respecto del delito en que se encuentra siendo investigado y por el cual es requerido y que su situación jurídica será analizada en la República de Colombia y

no en nuestro país, por lo tanto este trámite es meramente administrativo y por ende se ha cumplido con todos los requisitos pertinentes para su extradición, por lo que la Fiscalía reitera que se proceda con la extradición del requerido, termina con su intervención.”.

- 1.10 Una vez escuchadas las partes procesales, para resolver se considera:

2. Competencia

- 2.1 El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer, sustanciar y resolver los pedidos de extradición pasiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 13 de la Ley de Extradición y, numeral 3 del artículo 199, del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala entre sus facultades: “...Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado...”.

3. Ley aplicable

- 3.1 Entre las Repúblicas del Ecuador y Colombia se encuentran vigentes varios instrumentos internacionales, de los cuales serán aplicables al caso que nos ocupa:
- 3.2 El Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas, el 18 de julio de 1911, por el cual conforme lo establecido en el artículo I, los Estados se obligan a entregarse mutuamente “...a los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2°, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes...”.
- 3.3 Al tratarse de una extradición pasiva es también aplicable la Ley de Extradición de Ecuador, que en su Disposición Final establece: “Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición se regirán por la presente Ley, excepto en lo que fuere aplicable y estuviere expresamente previsto en los tratados o convenios internacionales en los que el Ecuador sea parte”.

4. Validez procesal

- 4.1 En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso y los requisitos formales previstos en la Constitución de la República, así como en la Ley de la materia. El señor Carreño, fue escuchado en audiencia y contó con la defensa técnica



de los doctores Lenin Pérez Medina y Marco Vinicio Villarreal Rodríguez, quienes representaron sus intereses durante el desarrollo de todo el procedimiento.

- 4.2 En conclusión, no existe violación de solemnidades, ni causa de nulidad, por lo que se declara la validez procesal.

5. La extradición y su naturaleza

- 5.1 La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: **EX**, que significa Fuera De, y **TRADITIO** que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto “Derecho Penal”, Tomo uno, página 113, señala que: *“Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada”*. En el presente caso estamos frente a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades de la República de Colombia.
- 5.2 En cuanto a su naturaleza, la extradición es de carácter procedimental, y no es sancionatoria, ya que no establece criterios de culpabilidad o inocencia ni impone penas. En lo medular se trata de un acto de asistencia judicial interestatal en materia penal, encaminado a evitar la impunidad. Tal como expresa Luis Santiago González Warcalde en su texto “La Extradición”, página 178: *“...cabe advertir que el proceso judicial (de extradición) tiene características propias por las que no cabe equipararlo a un juicio penal entendido desde su acepción estricta. Si bien posee la estructura propia del contradictorio, se encuentran limitadas las materias que pueden ser sometidas a discusión.”*, (lo contenido en paréntesis me pertenece).
- 5.3 Por el carácter propio de la extradición como mecanismo de cooperación o colaboración entre Estados, la Corte Constitucional de Colombia, sobre el tema ha expresado: *“... el acto mismo de la extradición no decide,*

ni el concepto previo que le corresponde a la Corte Suprema, ni su concesión posterior por el Gobierno Nacional, sobre la existencia del delito, ni sobre la autoría o las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, ni sobre la responsabilidad del imputado, todo lo cual indica que no se está en presencia de un acto de juzgamiento. Es así como el trámite ante la Corte Suprema, Sala Penal no valora pruebas sobre la existencia del hecho y sus circunstancias, ni juzga al solicitado; tampoco cuestiona las decisiones emitidas por la autoridad extranjera y solo le compete verificar el cumplimiento de los requisitos para otorgar la extradición, según lo dispuesto en el tratado internacional respectivo o, en su defecto, en la ley interna acatando la preceptiva superior y la normatividad complementaria¹.”

- 5.4 En el Ecuador la competencia del Juez de extradición radica exclusivamente en: Comprobar que estén satisfechos los requisitos señalados en el Tratado o Convención internacional respectivo y en la Ley de Extradición; que se oiga al reclamado a fin de garantizar su derecho a la defensa, quien, en caso de oponerse a la extradición, deberá desvirtuar el cumplimiento de los requisitos necesarios que señala la Ley para conceder la extradición.
- 5.5 En el proceso de extradición no se valora el contenido del proceso penal, que origina la solicitud de extradición, ya que eso es de competencia de las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente.

6. De los principios que rigen a la extradición

6.1 **Legalidad:** El principio de legalidad tiene un reconocimiento integral, plasmado en varios instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 10 y 11), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVIII y XXVI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14 y 15) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 9).

- 6.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en muchos de sus casos al referirse al principio de legalidad, reconoce plenamente dicha garantía, bajo el siguiente argumento: [...] Con respecto al principio de legalidad en

¹ Sentencia No. C-460/08 de la Corte Constitucional de Colombia, 14 de mayo de 2008. Expediente D-6908.

el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.”²

6.3 Por su parte, el fundamento constitucional lo encontramos en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que en cuanto a los requisitos de la extradición se entiende incorporado aquel que 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, en observancia del trámite propio de cada procedimiento.*” (énfasis me corresponde).

6.4 En el caso en estudio, el requerido Henry

Carreño comparece ante la autoridad competente, conforme a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, como se detalla en el numeral 2.1 de esta sentencia. Asimismo, se le aplica el procedimiento pertinente de acuerdo con la Ley de la materia.

6.5 Ahora bien, en lo pertinente a la infracción por la cual Henry Carreño, es requerido, en las órdenes de captura emitidas por la doctora Mery Ivonne Guerra Puerta, Jueza del Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (fs. 25-27), consta los cargos por el presunto delito de feminicidio agravado, previsto y sancionado en el artículo 104 A del Código Penal colombiano, cometido en el año 2021, conducta que en nuestra legislación es considerada punible y se encuentra prevista y sancionada en los artículos 141 y 142 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014; es decir, esa conducta estaba tipificada de manera previa a la fecha de los hechos por los que se requiere la extracción, en consecuencia, respecto de los cargos mencionados, se cumple con el principio de legalidad.

6.6 Doble incriminación: Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez también una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido³ y que la misma no se encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este principio el doctor José C. García Falconí, en su texto “Manual Teórico Práctico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional”, Tomo Primero, señala: “...para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho

² Cfr. Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párrs. 79-82, y Caso Fermín Ramírez, supra nota 48, párr. 90. Ver también, Caso Castillo Petrucci y otros. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 51, párr. 121; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrs. 125-126, y Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 174-177.

³ Código Sánchez de Bustamante: «Art. 353.- Es necesario que el hecho que motiva la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido.»

tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias...”. La Oficina de las Naciones Unidad contra la Droga y el Delito, en el “Manual de asistencia judicial recíproca y extradición” (2012), al examinar la cuestión de la doble incriminación respecto de la extradición, sostiene que: “...La doble incriminación debe centrarse en la conducta subyacente de fondo y no en los términos técnicos empleados en la tipificación del delito...”, y sugiere los factores a tener en cuenta.⁴ Así también, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el Fallo CP019-2017, respecto a este requisito, manifiesta: “...Este requisito impone verificar que los comportamientos delictivos imputados a la persona reclamada en el país solicitante estén previstos como delitos en Colombia y los mismos tengan adscrita, en nuestra legislación...”. De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: “...el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos...”.

- 6.7 En el caso que nos ocupa, en la solicitud formal de extradición de fecha 30 de agosto de 2022, (fojas 7 a 17), el doctor Carlos Alberto Mejía Colorado, Fiscal 8 Delegado Ante el tribunal del Distrito Unidad Especial de Investigación, expresa que el ciudadano colombiano Henry Carreño, es requerido para ser juzgado en la República de Colombia por el delito de feminicidio agravado; la mención del delito acusado se encuentra en las órdenes de captura emitidas por la doctora Mery Ivonne Guerra Puerta, Jueza del

Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (fs. 25-27); y, la descripción de la conducta en particular acusada al requerido se encuentra en el extracto del Código Penal colombiano, que describe el delito que se acusa a Carreño, constante a fojas 29 - 30 del expediente, siendo estas:

«ARTÍCULO 104A. FEMINICIDIO.

Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o socio-cultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida

⁴ **Manual de asistencia judicial recíproca y extradición:** (2012) «La doble incriminación debe centrarse en la conducta subyacente de fondo y no en los términos técnicos empleados en la tipificación del delito. El artículo 43, párrafo 2, de la Convención contra la Corrupción define el estándar basado en la conducta de la siguiente manera:

En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, este se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

- En general las leyes del Estado requirente y el requerido solo deben ser sustancialmente similares en lo que respecta al daño que tratan de impedir y la actividad que tratan de sancionar.

- Si la ley de un Estado tiene un alcance más amplio, en la medida en que la conducta respecto de la cual se solicita la extradición pueda incluirse en ambas leyes, se trata de un delito extraditable.

- No es necesario replicar en ambos sistemas los elementos puramente jurisdiccionales de las leyes para que la conducta se considere un delito extraditable.» (p. 48)

por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.»

«**ARTÍCULO 104B. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA DEL FEMINICIDIO.** La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.

b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.

c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.

e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.

f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico

g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código.»

6.8 Conducta que se encuentra contemplada en los artículos 141 y 142 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que establece:

«**Art. 141.- Femicidio.** - La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.»

«**Art. 142.- Circunstancias agravantes del femicidio.** - Cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior:

1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.

4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.»

6.9 Respecto al delito de feminicidio o femicidio, ambas legislaciones coinciden en que el bien jurídico protegido es la vida de las mujeres, tal como lo expresa el Congreso de República de Colombia en su exposición de motivos para la creación de la ley 107 de 2013, que tipifica el delito de feminicidio: *“En el delito de feminicidio que se propone como un tipo penal autónomo, el bien jurídico protegido es la vida de las mujeres. Se trata de un tipo penal pluriofensivo, en tanto afecta un conjunto de derechos considerados fundamentales tales como la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, todos estos bienes jurídicos a proteger.”*; así mismo, la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia de casación emitida el 14 de diciembre de 2018, al referirse al bien jurídico protegido del delito de femicidio, precisó: *“...al tratarse de un delito de femicidio, el objeto jurídico es el derecho a la vida de la mujer...”*.

6.10 Al tipificar esta conducta delictiva se busca sancionar a toda persona (Sujeto activo), que con conocimiento y voluntad (Elemento subjetivo: dolo), de muerte a una mujer (Resultado material de la infracción), el (sujeto pasivo) o titular del bien jurídico protegido es una mujer. En conclusión, las dos legislaciones reconocen como delictiva la conducta ilícita por la cual se encuentra acusado, el ahora requerido.

6.11 Gravedad del delito: En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena no inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo, este principio es aceptado mundialmente, por



cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del “delincuente”. Los mencionados principios se encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición⁵.

6.12 Respecto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, se verifica que tanto en la legislación colombiana como la ecuatoriana se establece un período de encarcelamiento máximo que supera un año de privación de libertad, es así que el Código Penal colombiano prevé una pena de hasta de hasta seiscientos meses (600) para el delito de feminicidio agravado. Por su parte, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, dispone para el delito de femicidio una pena privativa de libertad de hasta veintiséis (26) años. La diferencia en el máximo de la pena no afecta al cumplimiento del “Principio de Gravedad”, ya que en éste se analiza exclusivamente que en su grado máximo la sanción no sea inferior a un año de privación de libertad, situación que en ambas figuras delictivas supera el año de privación de libertad exigido en materia de extradición.

6.13 Especialidad: El Estado requirente se compromete a juzgar o castigar el delito concreto por el que se concede la extradición. No obstante, este principio tiene dos excepciones: I) Consentimiento del Estado requerido, en cuyo caso se requerirá la formulación de una ampliación de la extradición; II) Declaración judicial de la persona entregada. El artículo 20 de la Ley de Extradición, dispone:

«**Art. 20.-** Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier medida que afecte a su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será necesario autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los do-

cumentos previstos en el artículo 7 de esta ley y la declaración judicial de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición [...]»

6.14 En el presente caso, la persona extraditada no será enjuiciada por hechos anteriores o distintos a los delitos por los cuales se requiere la extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a foja 160 del expediente, con lo que se cumple el principio de especialidad.

7. Requisitos de la solicitud de extradición

7.1 Conforme lo prevé el artículo 7 de la Ley de Extradición, toda solicitud formal de extradición deberá realizarse por vía diplomática, esto es a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, y debe ser acompañada de los siguientes requisitos:

- Copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados;
- Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares;
- Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso; y,
- Si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del artículo 5 de esta Ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas.

7.2 En igual sentido, el artículo VIII del Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas el 18 de julio de 1911, entre las Repúblicas del Ecuador, Colombia y otros países, dispone:

«**Art. VIII.-** La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria

⁵ **Ley de Extradición:** «**Art. 2.-** Se podrá conceder la extradición, con los límites señalados en la Constitución Política de la República, por aquellos delitos para los que las leyes ecuatorianas y las del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a un año de privación de libertad por delitos también tipificados en la legislación ecuatoriana; sin embargo, la concesión de extradición podrá incluir otros delitos referidos en la solicitud aun cuando tengan una penalidad inferior.»

si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que la motivaren y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado auto, caso que el fugitivo sólo estuviere procesado.

Estos documentos se presentarán originales o en copia debidamente autenticada y a ellos se agregará una copia del texto de la ley aplicable al caso; y, en cuanto sea posible, las señas de la persona reclamada.

La extradición de los prófugos en virtud de las estipulaciones del presente Tratado se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda.

En ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la Ley de la Nación queruida.»

7.3 En el presente caso la solicitud formal de extradición realizada por la República de Colombia, cumple con todos los requisitos expuestos; ya que fue realizada por escrito, se la transmitió por vía diplomática y fue acompañada de la siguiente documentación en copias certificadas:

- Oficio No. 20221700065401 de 1 de septiembre de 2022, mediante el cual la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, remite la solicitud de extradición de Henry Carreño (fs. 4-5);

- Oficio de fecha 25 de agosto de 2022, mediante el cual la Fiscalía 11 Seccional de la Unidad de Vida de Medellín, sustenta la solicitud de extradición de Henry Carreño, en la cual principalmente consta, los datos de identificación del requerido, la descripción clara de los hechos, la conducta punible por la cual se lo requiere, la mención de los elementos materiales probatorios, las razones que motivan su captura con fines de extradición y la normativa aplicable (fs. 7-14);

- Informe de la consulta web de la Dirección Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que contiene los datos de identificación del requerido Henry Carreño (fs. 15);

- Formato único de noticia criminal No. 050016000206202107890, presentado el 12 de mayo de 2021, en contra del re-

querido Henry Carreño ante la Fiscalía General de la Nación (fs.16-17);

- Informe ejecutivo – FPJ-3 de fecha 15 de mayo de 2021, relativo a la noticia criminal No. 050016000206202107890, en el que consta las entrevistas y versiones y demás elementos probatorios obtenidos dentro de la investigación (fs. 18-24);

- Órdenes de captura dictadas en contra de Henry Carreño, emitidas por la doctora Mery Ivonne Guerra Puerta, Jueza del Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, por el delito de feminicidio (fs. 25-27); y,

- Disposiciones legales aplicables relativas al delito, la pena y la prescripción de la acción penal (fs. 28-35).

7.4 A más de los requisitos señalados, cabe analizar si se cumple lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley de Extradición, acerca de la prescripción de la acción o de la pena, según la Ley de la República de Colombia.

7.5 En la solicitud formal de extradición de fecha 25 de agosto de 2022, (fojas 7 a 9), realizada por la doctora Diana María Ángel Arbelaez, Fiscal 11 de la Unidad de Vida de Medellín, consta las normas que reglamentan la prescripción de la sanción penal, de las cuales se desprende que el artículo 83 del Código Penal colombiano regula este presupuesto, destacando que la acción penal prescribe en un “tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley, si fuere privativa de libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)”, en consecuencia las autoridades del Estado requirente resaltan que “...En el presente caso, la conducta punible no ha prescrito atendiendo que los hechos se presentaron apenas el 12 de mayo de 2021, o sea, hace más de un año y la acción penal prescribiría el 11 de mayo de 2041.” (foja 13).

7.6 En cuanto a la legislación ecuatoriana es aplicable el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

«**Art. 417.-** Prescripción del ejercicio de la acción. - La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: (...)
4. De haberse iniciado el proceso penal, el



ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años [...]

7.7 En el caso que nos ocupa, la causa penal seguida en contra del requerido Henry Carreño, inició el 12 de mayo de 2021 (fecha en que se presentó la noticia criminal No. 050016000206202107890), y el máximo de la pena prevista para el delito que se juzga es de veintiséis (26) años, en consecuencia, a la presente fecha no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que se produzca la prescripción de la acción penal.

7.8 Finalmente se determina que esta petición de extradición no se presenta por aquellos delitos considerados como de carácter político o militar, sino por delito común, que se encuentra contenido en las legislaciones de ambos Estados.

8. De las garantías

8.1 Con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del requerido mediante auto de procesamiento dictado el 18 de octubre de 2023, esta Presidencia solicitó a las autoridades de la República de Colombia, las siguientes garantías:

“I) Que se garantizará la seguridad de Henry Carreño, quien no será ejecutado o que no será sometido a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; II) Que Henry Carreño, no será perseguido por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad; III) Que el reclamado no será enjuiciado por hechos anteriores o distintos a los delitos por los cuales se requiere la extradición; IV) De ser el caso, no será extraditado, deportado o entregado a un tercer Estado sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador; y, V) En caso de que el requerido sea condenado a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en la República de Colombia, el tiempo que estuviere detenido en Ecuador por motivos de esta extradición...”

8.2 Requerimiento que fue otorgado mediante Nota Diplomática No. SECQT23-515 de 28 de noviembre de 2023, por la cual, las autoridades del Gobierno de la República

de Colombia, transmiten la comunicación UDVIP de 24 de noviembre de 2023, en la que, la Fiscalía 11 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Vida y la Integridad Personal de Medellín- Antioquia, expresa lo siguiente:

“1. HENRY CARREÑO no será ejecutado ni sometido a penas que atenten con su integridad corporal o tratos inhumanos o degradantes, ello conforme a la Constitución, cuyo texto es como sigue:

Artículo 12 "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos degradantes".

2. HENRY CARREÑO, no será perseguido por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad, según las preceptivas constitucionales así:

Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos, Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

Artículo 20 Toda persona puede expresar y difundir libremente su pensamiento y opiniones, informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Artículo 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

3. HENRY CARREÑO no será enjuiciado por hechos anteriores o distintos a los delitos por los cuales se requiere la extradición, siendo esta una garantía de las más importantes en nuestro proceso Penal con raigambre constitucional, léase:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

4. HENRY CARREÑO no será extraditado, deportado o entregado a un tercer Estado sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República de Ecuador.

5. HENRY CARREÑO en caso de ser condenado a una pena privativa de la libertad, se le conmutará como pena cumplida el tiempo que ha estado detenido en el país de Ecuador desde que se inició este proceso de extradición...”.

8.3 De lo expuesto se desprende que las autoridades de la República de Colombia, asumen el compromiso de respetar las garantías solicitadas, así como los derechos humanos de Henry Carreño, recalando que no será sometido a penas que atenten contra su integridad física, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tal virtud, esta Presidencia considera que, bajo las condiciones antes señaladas, las garantías otorgadas son satisfactorias.

9. Sobre los argumentos planteados en la audiencia

9.1 La defensa particular del requerido en oposición a la extradición, principalmente alegó lo siguiente:

- Que el delito de feminicidio agravado, por el cual se requiere a Henry Carreño, no se encuentra contemplado en el catálogo de delitos que establece el artículo 2 del Acuerdo de Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, por tanto, no existiría causal de extradición.
- Que uno de los requisitos para que proceda la extradición es que el delito imputado se encuentre tipificado como tal en la legislación penal del Estado requerido como en la del Estado requirente; que, en nuestra legislación penal, se habla del femicidio y no del feminicidio, que existe una diferencia esencial sobre la variación del tipo penal en cuanto a la pena en cada país, por lo que debería negarse la extradición.

9.2 Respecto a la primera alegación tenemos que, el artículo II.1 del Acuerdo sobre Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, establece como delito extraditable al: “Homicidio, comprendiendo los casos de parricidio, infanticidio, asesinato, envene-

namiento y aborto.”; de lo descrito, resulta evidente que la intención de los Estados parte, a esa fecha, fue incluir en el catálogo de delitos extraditables a aquellos que violentan la vida humana en todas sus concepciones, por lo tanto, estarían incluidas aquellas figuras delictivas que ahora se han creado en respuesta a la necesidad de penalizar el maltrato hacia la mujer debido a los altos índices de violencia que se presenta hacia ellas, como en este caso el femicidio.

9.3 A pesar de que los términos “feminicidio o femicidio” no se encuentran expresamente establecidos en el Acuerdo como tal, al ser de los delitos que vulnera la vida humana, no se puede afirmar que el mismo no sea aplicable para la extradición. Para esto, es importante considerar el contexto temporal en el que se aprobó el Acuerdo sobre extradición y el día en el que se cometen los hechos, donde el requerido posee la calidad de sujeto activo del delito.

9.4 Es necesario señalar que el Acuerdo sobre Extradición se firmó en 1911, una época caracterizada por la discriminación hacia las mujeres, quienes carecían de los mismos derechos que los hombres. En ese momento, resultaba impensable legislar sobre un delito que protegiera a la mujer o que brindara garantías para prevenir la violencia a la que estaba expuesta. De hecho, el delito de feminicidio en Colombia y Ecuador es de creación reciente, ya que no ha transcurrido más de una década desde su inclusión en los ordenamientos jurídicos de ambos países. Incluso, este delito fue contemplado en forma independiente en ambas naciones, un siglo después de haber sido ratificado el acuerdo. Lo que no implica, que la conducta en general y el bien protegido que es la vida de la mujer, no esté cubierto por el mencionado instrumento internacional.

9.5 Además, el artículo 2 de la Ley de Extradición, normativa legal vigente y aplicable a este caso, prevé la posibilidad de conceder la extradición de un ciudadano requerido siempre y cuando la conducta por la que se lo requiere se encuentre tipificada como delito en ambas legislaciones y que su sanción sea de al menos un año de privación de libertad, lo que en el presente caso ocurre, haciendo efectivo el principio de colaboración entre Estados, y su lucha contra la



impunidad. Considerando lo expuesto, se rechaza la alegación formulada en este sentido por la defensa del requerido.

- 9.6** En relación a la segunda alegación, tenemos que, del análisis realizado en los numerales 6.6 a 6.10 de esta sentencia, la conducta de feminicidio por la que la República de Colombia, requiere al ciudadano Henry Carreño, se encuentra tipificada y sancionada tanto en la legislación colombiana como la ecuatoriana, buscando proteger el mismo bien jurídico (la vida de las mujeres), reuniendo los mismos elementos objetivos y subjetivos. Ambas conductas delictivas no solo tienen una semejanza de nomenclatura, sino que en su esencia buscan sancionar a toda persona (Sujeto activo), que con conocimiento y voluntad (Elemento subjetivo: dolo), de muerte a una mujer asesinada por cuestión de género (Resultado material de la infracción), el (sujeto pasivo) o titular del bien jurídico protegido es una mujer. Además, no se debe confundir la técnica legislativa al denominar una conducta delictiva, que evidentemente es diferente al tener sistemas legales distintos, como una falta de intención del legislador de sancionar la conducta descrita; la verificación del principio de doble tipicidad no recae en un análisis puntual de cada una de las palabras tipificadas en el ilícito sino del fin y lo esencial de la conducta penada.
- 9.7** Por otro lado, la variación de la pena existente en la dos legislaciones, no imposibilita la extradición, pues el Acuerdo sobre Extradición aplicable, no establece una limitante al respecto, sino en el artículo V, literal a), únicamente se dispone que en los dos Estados la pena en su grado máximo deber ser superior a seis meses, es decir, no impone un límite punitivo o semejanza entre penas máximas, como lo ha argumentado la defensa del requerido, aspecto que también ha sido analizado en los numerales 6.11 y 6.12 de esta sentencia. Por lo manifestado, se desecha el argumento de la defensa de Henry Carreño.
- 9.8** Por todo lo expuesto, se desechan los argumentos plateados en la audiencia por la defensa del requerido, ya que éstos no aportan para desvirtuar el objeto de la extradición.
- 10.** La Fiscalía General del Estado, actuando en representación de los intereses del Estado

requerente, manifestó que el señor Henry Carreño ha sido solicitado por las autoridades de la República de Colombia conforme al Tratado pertinente y a la Ley de Extradición de nuestro país. Que la petición ha cumplido estrictamente con los requisitos previos necesarios para conceder la extradición y que se han proporcionado las garantías requeridas. Por último, solicitó que, al haberse cumplido los requisitos pertinentes, se continúe con el trámite y se conceda la extradición de Henry Carreño. (sic)

11. Resumen de fácil comprensión

- 11.1** Uno de los mecanismos para hacer valer los derechos de los ciudadanos cuando acceden al sistema de justicia, radica en que las resoluciones emitidas por las y los jueces, sean explicadas de tal forma que facilite la comprensión para el auditorio social, tal como lo establece el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, asegurando a su vez que los ciudadanos reciban una respuesta a una petición concreta.
- 11.2** Con este antecedente, y en razón de la política de justicia abierta que busca, entre otros, que las decisiones que adoptan las y los jueces sean más comprensibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente auto se realiza un breve resumen de lo resuelto en el proceso hasta el momento.

12. Décimo: decisión (sic)

- 12.** Por las consideraciones expuestas, y por cuanto se cumplen los requisitos y garantías de la extradición, con fundamento en lo previsto en los artículos 169 de la Constitución de la República, 199.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, I y VIII del Acuerdo sobre Extradición, suscrito y vigente por las Repúblicas del Ecuador y Colombia entre otros países, celebrado en Caracas el 18 de julio de 1911, y 1, 2, 13 y demás pertinentes de la Ley de Extradición, esta Presidencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA DECIDE:**
- 12.1** Conceder la extradición del ciudadano de nacionalidad colombiana Henry Carreño, con documento de identificación No. 88,312,612, a fin de que sea entregado a las autoridades de la República de Colombia, para ser enjuiciado exclusivamente por los

hechos contenidos en la solicitud formal de extradición y que motivan este proceso.

12.2 En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como a la señora Ministra del Interior;

12.3 Hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal Ge-

neral del Estado; al Jefe de la Unidad Nacional de Interpol; y, al requerido a través de sus abogados defensores. - Notifíquese y cúmplase.

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

Certifico:

Dra. Isabel Garrido Cisneros

SECRETARIA GENERAL

Certifico.

Resumen de fácil comprensión.- El 20 de mayo de 2021, un Juez de Colombia ordenó la captura de Henry C., por supuestamente ser responsable de haber matado a una mujer.

Luego de conocer que ese ciudadano fue localizado en Ecuador, el 21 de octubre de 2022, Colombia envió una solicitud para que se realice el trámite necesario para que Henry C., sea trasladado a ese país. Hoy, 18 de diciembre de 2023, resuelvo que Henry C., sea entregado a las autoridades de Colombia, para que cuando se encuentren en ese país, pueda estar presente en el juicio y defenderse de las acusaciones en su contra.

Firma: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

RESOLUCIONES



TRIPLE REITERACION TRIBUTARIA FORMA DE CALCULAR ICE 25 ENERO 2023

RESOLUCIÓN No. 01-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre de 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que este delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
2. Que dicho procedimiento que contiene el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que, en un principio tiene efectos inter partes, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio, con efectos erga omnes:
 - Existencia de, al menos, tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre que los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la Resolución de ratificación o rechazo del precedente.
3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo de 2009, establecen que al Pleno de la Corte Nacional le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.
4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, publicada en el Registro Oficial número 767, de 2 de junio de 2016, expide el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de la resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

5. Que se identifica que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia reitera el criterio jurídico que se desarrolla en las sentencias que se detallan a continuación:
 - a) Resolución No. 389-2022, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 09501-2019-00351, de 24 de junio de 2022, 13h41, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Ponente; Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Dionicio Suing Nagua, Jueces Nacionales;
 - b) Resolución No. 587-2021, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 17751-2015-0160, de 7 de diciembre de 2021, 10h09, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gustavo Adolfo Durango Vela y Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales;
 - c) Resolución No. 218-2021, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 17751-2013-0092, de 7 de mayo de 2021, 13h38, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gilda Rosana Morales Ordóñez y Gustavo Adolfo Durango Vela, Jueces Nacionales;
 - d) Resolución No. 105-2021, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 09501-2019-00165, de 5 de marzo de 2021, 16h43, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Ponente; José Dionicio Suing Nagua, Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales;
 - e) Resolución No. 285-2020, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 09501-2019-00164, de 17 de noviembre de 2020, 13h54, suscrita por el tribunal que lo conforman los doctores: Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Ponente; José Dionicio Suing Nagua y Fernando Antonio Cohn Zurita, Jueces Nacionales.
6. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia desarrolla y reitera la siguiente línea argumental, con respecto del problema resuelto en los fallos ya mencionados:
 - a) El artículo 83, numeral 15 de la Constitución de la República, con supremacía y fuerza normativa directa e inmediata, señala como deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, pagar los tributos establecidos por la ley. De igual manera, los artículos 300 y 301 sientan las bases mínimas del régimen tributario.
 - b) El artículo 82 de la Norma Suprema prescribe que la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes, lo que conlleva a la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado al ordenamiento jurídico vigente, como salvaguarda para evitar que las personas sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades.
 - c) La legalidad tributaria comporta que los tributos deben establecerse, modificarse o suprimirse por el órgano legislativo competente, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y leyes correspondientes. De este principio se concretan otros, como: capacidad contributiva, generalidad, equidad o progresividad. Es claro entonces, que solo mediante ley se establece el hecho generador de un impuesto, en el caso en estudio, el ICE; en donde debe considerarse, además, que la obligación



tributaria es el vínculo jurídico de carácter personal, generado entre el sujeto activo o Estado y el contribuyente o responsable, vínculo en virtud del cual debe satisfacerse una prestación apreciable en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley, conforme con lo que señala el artículo 15 del Código Tributario.

- d) En este contexto, en lo que atañe al Impuesto a los Consumos Especiales (ICE), el hecho generador debe identificar los presupuestos que lo configuran y conforme con el artículo 78 de la Ley de Régimen tributario Interno se dispone que hecho generador o hipótesis de incidencia en la importación de mercaderías sea la “desaduanización”. A la vez, el artículo 80 de la Ley de Régimen tributario Interno (LRTI) señala como sujeto pasivo al importador de las mercaderías.
- e) El artículo 86 de la LRTI establece que la declaración, liquidación y pago del ICE para mercaderías importadas, se efectúa con la “declaración de importación” y su pago se realiza previo al despacho de los bienes por parte de la aduana.
- f) A la vez, desde la entrada en vigencia de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, el 1 de enero de 2008, el primer inciso del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) establece los mecanismos y las reglas para establecer la base imponible de bienes y servicios sujetos a ICE y equipara los métodos tanto para productos (bienes y servicios) de fabricación nacional como para bienes importados.
- g) El Impuesto a los Consumos Especiales – ICE de los bienes importados es un impuesto indirecto al consumo, monofásico, de primera etapa o única fase, puesto que el ordenamiento infraconstitucional —artículo 76 y siguientes de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI)— fija como punto específico para gravar el impuesto la desaduanización o nacionalización de los productos importados. Esta conclusión parcial resulta importante pues determina el ámbito de aplicación del ICE de los bienes importados sobre la base de lo que señala la propia normativa jurídica vigente a ese momento.

Consiguientemente, no se puede utilizar la información de ventas al usuario o consumidor final para determinar la base imponible, si tales ventas no se dan del productor o importador al consumidor, de manera directa.

- h) La obligación prevista en el artículo 76, inciso 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) debe entenderse que se genera en los casos en que el propio importador vende el producto al consumidor final.
- i) Mediante una reconstrucción hermenéutica que parte de la aplicación de los métodos de interpretación literal o lingüístico y sistemático, en donde se precisa el significado concreto de los enunciados normativos o normas del artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) y sobre la base de la lectura integral, coherente y congruente del resto del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional que parte de un totum revolutum (congruencia material) que se fundamenta en el respeto a los principios de seguridad jurídica, certeza y legalidad tributaria, se considera que la forma para determinar la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales, ICE, en el caso de bienes importados, se establece, de manera clara, en el prenombrado artículo, sin que proceda aplicarse un método de ponderación de precios de comercialización de un tercero que la norma no prevé, pues el ICE, al ser un impuesto monofásico, el hecho generador es la desaduanización de los bienes importados.
- j) Este criterio tampoco se contrapone, con la interpretación finalista o teleológica que señala que el fin de la norma tributaria debe propender a conseguir la efectividad de las leyes fiscales, sin descuidar que el sistema tributario establece límites a la gestión de la administración en el ejercicio de su

actividad, en este caso, el Servicio de Rentas Internas y que encuentra su fundamento en la necesidad de proteger a los contribuyentes de los excesos estatales. En el caso en análisis, en los bienes importados el hecho generador del ICE constituye su desaduanización que se grava el momento en que los productos importados son nacionalizados; por tanto, se trata de un impuesto instantáneo, en el que el sujeto pasivo es el importador de las mercaderías.

- k) Por el contrario, una interpretación que establezca que la base imponible del ICE debe aplicar el método de ponderación de precios de comercialización de un tercero independiente, además de que resulta contraria al principio de legalidad, resulta lesiva al contribuyente, pues no cabe que se atribuya responsabilidad tributaria al importador posterior al proceso de desaduanización, con respecto de actuaciones que realicen terceros independientes.
- l) En conclusión, se considera que la forma para determinar la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales, ICE, en el caso de bienes importados, se establece, de manera clara, en el artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sin que proceda aplicarse un método de ponderación de precios de comercialización de un tercero que la norma no prevé, pues el ICE, al ser un impuesto monofásico, el hecho generador es la desaduanización de los bienes importados.

En uso de la atribución prevista en los artículos 182 y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Artículo 1. Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio el siguiente punto de derecho:

“La forma para determinar la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales, ICE, en el caso de bienes importados, se establece, de manera clara en el artículo 76 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sin que proceda aplicarse un método de ponderación de precios de comercialización de un tercero que la norma no prevé, pues en el ICE, al ser un impuesto monofásico, el hecho generador es la desaduanización de los bienes importados”.

Artículo 2. Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

Primera. La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización; y, al Registro Oficial, para su inmediata publicación.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, **PRESIDENTE**; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suñing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Consuelo Heredia Yero, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, **JUECES Y JUEZAS NACIONALES**; Dra. Liz Barrera Espín, **CONJUEZA NACIONAL**. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL**.





INTERRUPCIÓN DE PLAZOS PARA CADUCIDAD DE PRISIÓN PREVENTIVA

RESOLUCIÓN No. 02-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley;

Que la facultad de la Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de las leyes, constituye una de sus labores fundamentales, la cual está íntimamente vinculada con las garantías de los ciudadanos y ciudadanas al pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, como son el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica (arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República). Esta facultad además se encuentra relacionada con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución que establece: “*Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*”;

Que las juezas y jueces están en la obligación de administrar justicia con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y conforme a los principios y garantías que orientan el accionar de la Función Judicial, como son los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, a fin de garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia y a garantizar el ejercicio eficaz y oportuno de sus derechos, según el mandato del artículo 75 de la Constitución de la República;

Que al ser provisional, la medida cautelar personal de prisión preventiva, surte efectos durante un período determinado, es decir, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, pues aquello violentaría el derecho a la libertad, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica. Por tal motivo, el artículo 77.9 de la Constitución de la República, ha establecido un límite para duración de la prisión preventiva;

Que en desarrollo de la norma constitucional, en relación a la caducidad de la prisión preventiva, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 541 numerales 1, 2 y 3 establece: “*Caducidad. - La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas: 1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años. 2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años. 3. El plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva. Dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos. (...)*”;

Que juezas, jueces y tribunales de garantías penales del país, han expresado dos problemas en la interpretación del artículo 541.3 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la interrupción de los plazos para que opere la caducidad de la medida cautelar personal de prisión preventiva, esto debido a que existiría obscuridad del artículo en la parte que expresa: “(...) *Dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos*”; pues en primer término no se determinaría con claridad si la expresión “*dictada la sentencia*”, se refiere a la decisión oral prevista en el artículo 619 del Código Orgánico Integral Penal o la sentencia escrita establecida en el artículo 621 *ibidem*. Además, la obscuridad de la misma disposición jurídica provoca otra ambigüedad, en el sentido de que si es necesario o no que exista sentencia ejecutoriada para que opere la interrupción de los plazos de caducidad de la prisión preventiva. Estos problemas jurídicos han ocasionado que las y los jueces del país apliquen de manera indistinta el referido artículo 541.3, siendo indispensable que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, ejerza la facultad establecida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial y determine cuál es la correcta interpretación y aplicación legal, unificando criterio en garantía de la seguridad jurídica;

Que con respecto a la primer problema jurídico, el artículo 168.6 de la Constitución de la República, establece el principio del sistema oral en los procesos judiciales, al expresar que su sustanciación, en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo, principio que igualmente consta en los artículos 5, 560, 563.5, 619 y 621 del Código Orgánico Integral Penal. Es de reiterar además el deber de las juezas y los jueces de motivar toda decisión judicial, entendemos entre ellas las dictadas de manera oral, tal como ordena el artículo 76.6.1) de la Constitución de la República;

Que de conformidad con las disposiciones citadas, es claro y expreso que nuestro sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad, que consiste en que el procedimiento establecido será oral con preponderancia, tanto así que las decisiones se tomarán motivadamente en audiencia y, por razones de constancia o registro, se dispone que ciertas actuaciones sean además reducidas a escrito conteniendo requisitos claramente establecidos, como es el caso de las sentencias;

Que el artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal, establece que luego de que la o el juez o Tribunal, pronuncien la decisión jurisdiccional en forma oral en audiencia, ésta deberá ser reducida a escrito, consecuentemente, es evidente que al emitir una decisión oral motivada y que además contenga todos los requisitos del artículo 519 *ibidem*, a través de la cual se resuelve el asunto controvertido, se ha dictado la decisión jurisdiccional del caso, la misma que no variará al momento de ser reducida a escrito. Con esta explicación, no cabe duda de que la caducidad de la prisión preventiva se interrumpe cuando se dicta la decisión jurisdiccional oral en audiencia de juicio, que además la propia ley asimila a sentencia, tal como se analiza a continuación;

Que abundando, y desde un ámbito de hermenéutica jurídica, y al tenor de una interpretación integral y sistemática del ordenamiento jurídico, el contenido del artículo 541.3 del Código Orgánico Integral Penal, no exige como requisito, el acto formal de notificación con la sentencia de condena escrita, para interrumpir los plazos de caducidad de la prisión preventiva; a contrario sensu, textualmente la regla indica que “*dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos*” (negrillas es nuestro), es decir, de seis meses y un año, descritos en los numerales 1 y 2 de la mentada norma, para que opere la caducidad de la medida cautelar. Se considera entonces que la resolución oral de condena, es el pronunciamiento, la decisión del órgano jurisdiccional, acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso, que establece ya la determinación de la existencia de la infracción, la individualización de la responsabilidad de la persona procesada, y la pena correspondiente, en los términos descritos en los artículos 619 y 621 *ibidem*; y, tal como ya se manifestó, al tenor del artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos, norma supletoria en materia penal, sentencia y decisión oral tienen idéntico significado jurídico procesal. Por estas razones, dicho acto procesal, la decisión oral motivada dictada en audiencia, en la praxis, garantiza la materialización del plazo razonable establecido constitucional y convencionalmente, y la aplicación del sistema procesal oral estatuido en los artículos 168.6 de la Constitución y 5.11 y 560 del Código Orgánico Integral Penal, por



lo que dicho acto jurisdiccional, debe ser considerado como el hito a ser observado para la interrupción de los plazos de caducidad de la prisión preventiva;

Que este criterio ha sido recogido en las decisiones de varios Tribunales de la Corte Nacional de Justicia, tal es el caso de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, que dentro del juicio No. 09133202200010, en sentencia de 22 de marzo del 2022, las 15h57, determinó: *“3.7 Asimismo, que la demora en dictar la sentencia por escrito no es causal de caducidad de la prisión preventiva. En materia penal la decisión del tribunal se da con la emisión del pronunciamiento oral, pues desde ese momento se resuelve la situación jurídica del procesado, que después será materializada en escrito;*

Que no obstante la decisión oral resuelve la situación del proceso penal y la del procesado, la víctima y reparación integral, además de interrumpir la caducidad de la medida cautelar de prisión preventiva, la disposición del artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal, establece claramente que dentro de los diez días posteriores a la decisión oral, deberá emitirse y notificar la sentencia escrita; razón por la cual no es aceptable que entre la decisión oral motivada dictada en audiencia y la sentencia escrita, transcurra un tiempo excesivo, en perjuicio de la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el ejercicio de las garantías del debido proceso;

Que en cuanto al segundo problema, para que opere la interrupción de la caducidad de la prisión preventiva, debe existir sentencia condenatoria que imponga al procesado una pena privativa de libertad, sin que aquella necesariamente debe estar ejecutoriada, pues el requisito imperativo de la norma del artículo 541.3 del Código Orgánico Integral Penal es que se haya *“dictado sentencia”*, y tal como manifestamos al resolver el problema jurídico anterior, **en este caso** entendemos a esta expresión como la decisión oral motivada de condena emitida en el juicio, resulta jurídicamente lógico que la ley no exige el requisito de ejecutoriada; teniendo en cuenta además que la condición de la persona procesada pasó de ser la de presunción de inocencia a la de ser declarada responsable por una infracción penal y condenado a una pena privativa de libertad; esto sin perjuicio de los recursos que la ley establece para la revisión del fallo;

Que efectivamente las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia se han pronunciado en ese sentido, insistiendo que el requisito imperativo de la norma del citado artículo 541.3 del Código Orgánico Integral Penal es que se haya *“dictado sentencia”*, sin que la ley exija la condición de ejecutoriada. Es así que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, en sentencia de 17 de febrero de 2022, las 10h43, expuso: *“... de manera que cuando la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, no existe interrupción de la medida cautelar de prisión preventiva, sino que la persona sentenciada se encuentra en un estado jurídico distinto, por el cumplimiento de la pena privativa de libertad”*; en tanto que la Sala Especializada de lo Laboral en fallo de 8 de abril de 2022, las 12h30, manifestó: *“...En esta línea de ideas, el artículo 541 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal no exige para la interrupción de la caducidad de la prisión preventiva, sentencia ejecutoriada. Por otra parte, la sentencia no puede ejecutarse si las partes procesales formulan los recursos que franquea la ley, por lo que el procesado tiene la posibilidad de ejercer su derecho a impugnar.”*; y también la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescente Infractores de esta Corte, en fallo dictado el 8 de abril de 2022, las 12h30, expuso: *“...En ese sentido, desde un ámbito de hermenéutica jurídica, el contenido del artículo 541 numeral 3, del Código Orgánico Integral Penal, no exige sentencia condenatoria ejecutoriada, para interrumpir los plazos de caducidad de la prisión preventiva; a contrario sensu, textualmente la regla indica que “Dictada la sentencia”, se interrumpirán estos plazos, de seis meses y un año, descritos en los numerales 1 y 2 de la mentada norma, para que opere la caducidad de la medida cautelar de última ratio; por se, se considera Que la sentencia escrita de condena, es el pronunciamiento, la decisión del órgano jurisdiccional, acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso, que establece ya la determinación de la existencia de la infracción, la individualización de la responsabilidad de la persona procesada, y la pena correspondiente, en los términos descritos en el artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal; y,*

Que como ha quedado señalado, la interrupción de los plazos de caducidad de la prisión preventiva, prevista en el artículo 541.3 del Código Orgánico Integral Penal, es una regla que emerge como una garantía normativa para regular el mandato de optimización descrito en el artículo 77.9 de la Constitución de la República, el cual no señala de forma alguna que la sentencia con la cual se interrumpen los plazos de caducidad de la prisión preventiva, deba estar notificada por escrito, y menos aún ejecutoriada;

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

RESUELVE:

Artículo 1.- Los plazos de caducidad de la prisión preventiva de seis meses y un año previstos en el artículo 541 numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal, se interrumpen desde la emisión de la decisión oral motivada y dictada en audiencia de conformidad con el artículo 619 del mismo Código.

Artículo 2.- Para que opere la interrupción de la caducidad de la prisión preventiva no es necesario que exista sentencia ejecutoriada.

Artículo 3.- La presente resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, **PRESIDENTE**; Dra. Katherine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold (VOTO EN CONTRA), Dra. Consuelo Heredia Yerovi (VOTO EN CONTRA), Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Enma Tápia Rivera (VOTO EN CONTRA), Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano (VOTO EN CONTRA), Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, **JUECES Y JUEZAS NACIONALES**; Dra. Liz Barrera Espín, **CONJUEZA NACIONAL**. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL**.



REFORMA INSTRUCTIVO SESIONES DEL PLENO

RESOLUCIÓN No. 03-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 182 de la Constitución de la República y los artículos 178, 179 y 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de la administración de justicia ordinaria, cuyas funciones están previstas en los artículos 184 de la Constitución y 180 de dicho Código.

Que mediante Resolución No. 04-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962, de 14 de marzo de 2017, se expidió el Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Que el artículo 21 de la Ley Orgánica para la Transformación Audiovisual y Digital dispone: “Art. 21.- *Publicidad y transparencia de la administración pública.- Los diferentes órganos de la Asamblea Nacional, el pleno del Consejo de la Judicatura, el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el pleno de la Corte Constitucional, el pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el pleno de la Función de Transparencia y Control Social, el pleno del Consejo Nacional Electoral y el pleno del Tribunal Contencioso Electoral deberán transmitir en vivo y en directo sus sesiones ordinarias y extraordinarias a través de los canales de comunicación oficiales de los nombrados organismos de la administración pública. Únicamente en casos excepcionales tales como motivos de seguridad nacional o situaciones donde se vean involucrados derechos de niñas, niños y adolescentes, así como también controversias o negociaciones comerciales del Estado, el Pleno de los organismos prenombrados podrá declarar las sesiones con carácter reservado, para lo cual será necesario el voto de la mayoría calificada de sus integrantes. La publicidad y transparencia de los organismos nombrados en el inciso anterior incluye la publicación de las convocatorias a sesiones ordinarias o extraordinarias a través de los canales de comunicación oficiales. En el caso de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, el Tribunal Contencioso Electoral y la Corte Constitucional, las audiencias también deberán ser de carácter público y al alcance de la conexión de la ciudadanía, salvo los casos en donde la ley expresamente reconozca reserva. Las y los juzgadores únicamente deberán solicitar del público que se registren como tales al momento de su conexión.*”

Que el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe que “*Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. Solo podrán realizarse grabaciones oficiales de diligencias y audiencias que permitan la constancia procesal de las mismas. En ningún caso las audiencias podrán ser grabadas por medios de comunicación social. Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.*”

Que el artículo 8 del Código Orgánico General de Procesos establece: “*Transparencia y publicidad de los procesos judiciales.- La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas. Únicamente se admitirá aquellas excepciones estrictamente*

necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona. Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley”.

Que es necesario reformar el Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, adecuándolo a las nuevas disposiciones de Ley Orgánica para la Transformación Audiovisual y Digital respecto de la publicidad de las sesiones.

Que igualmente es necesario aclarar si en las sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en que se traten asuntos que involucren derechos de alguno de sus jueces o juezas, conjueces o conjuezas, éstos deben excusarse o retirarse de la sesión.

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 180.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, resuelve:

EXPEDIR LAS SIGUIENTES REFORMAS AL INSTRUCTIVO DE SESIONES DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Artículo 1.- A continuación del artículo 2 agréguese un artículo innumerado que diga:

“Art. (...).- Todas las sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia serán públicas y deberán ser transmitidas en vivo y en directo a través de los canales oficiales de la Corte a los que pueda tener acceso el público en general, excepto cuando el Pleno se constituya en tribunal, en que de conformidad con el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, por mayoría determinará la reserva o no de la deliberación; y en los casos previstos en la ley.

La publicación de las convocatorias y la transmisión en vivo de las sesiones del Pleno serán responsabilidad de las Unidades de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; y, de Relaciones Públicas y Comunicación Social de la Corte Nacional de Justicia, las que solicitarán a los ciudadanos que deseen conectarse, que se registren únicamente con su nombre y apellido”.

Artículo 2.- A continuación del artículo 7 agréguese un artículo innumerado que diga:

“Art. (...).- La publicación de las convocatorias a sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia se realizará en la página web oficial de la Corte Nacional de Justicia con la debida anticipación. En la convocatoria se incluirán las direcciones electrónicas de enlace o cualquier otro medio de acceso al público por medios digitales para que puedan presenciar la sesión.”

Artículo 3.- A continuación del artículo 8 agréguese un artículo innumerado que diga:

“Art. (...).- La dirección de las sesiones corresponde al Presidente de la Corte Nacional de Justicia o a quien haga sus veces.

El Presidente al dirigir la sesión evitará dilaciones innecesarias, moderará y controlará el tiempo de intervención y encausará el debate.

Cada juez podrá intervenir sobre un tema por un máximo de cinco minutos; y podrá hacerlo por segunda vez hasta por dos minutos, solamente para aportar nuevos elementos a la discusión. El Presidente autorizará una nueva intervención en caso de que lo considere necesario para ampliar el debate.”

Artículo 4.- A continuación del artículo 15 agréguese un artículo innumerado que diga:



“Art. (...).- Las y los jueces nacionales comparecerán a las sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia presencialmente; de manera excepcional y previa autorización del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, la asistencia podrá ser telemática.

En la comparecencia a las sesiones del Pleno el uso de la toga será obligatoria para los jueces y conjuces nacionales.”

Artículo 5.- A continuación del artículo 21 agréguese un artículo innumerado que diga:

“Art. (...).- Cuando en el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se traten asuntos que involucren derechos de alguno de sus Jueces o juezas, conjuces o conjuezas, éstos no podrán participar en el debate y votación del respectivo punto, ni estar presentes en la sesión.”

Artículo 6.- La presente Resolución será aplicable a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, **PRESIDENTE**; Dra. Katherine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Carlos Pazos Medina, **CONJUECES NACIONALES**. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL**.



PROCEDIMIENTO SOLICITUD DECLARACIÓN JURISDICCIONAL PREVIA

RESOLUCIÓN No. 4-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República, en su artículo 76.3 reconoce como una de las garantías básicas del derecho al debido proceso, el principio de legalidad, en su faceta de contar con un procedimiento aplicable al caso concreto claramente preestablecido. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 82 ibídem.

Que la Corte Constitucional en sentencia No. 3-19-CN/20, de 24 de julio de 2020, dictada dentro de la caso No. 3-19-CN, resolvió pronunciarse en el sentido de que la aplicación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial es constitucional condicionado a que previo al eventual inicio del sumario administrativo en el Consejo de la Judicatura contra un juez, fiscal o defensor público, se realice siempre una declaración jurisdiccional debidamente motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable; y que tal declaración deberá ser efectuada por un juez o tribunal del nivel superior inmediato que conoce un recurso.

Que en relación a esa sentencia, la misma Corte Constitucional en auto de aclaración y ampliación expedido el 4 de septiembre de 2020, dentro del caso No. 3-19-CN, en el numeral 54 señala: *“Sin embargo, a efectos de garantizar la tutela administrativa en los procesos en curso y futuros, para evitar vacíos en el trámite de estos procedimientos, y hasta que la Asamblea Nacional emita dicha normativa, esta Corte considera que la Corte Nacional de Justicia (CNJ), en calidad de máximo órgano de la justicia ordinaria tal como se indicó en el párrafo 113 numeral 7 de la sentencia, es la entidad encargada de determinar, previa convocatoria efectuada por su Presidente o Presidenta y mediante resolución adoptada por el Pleno, cuál es la autoridad jurisdiccional que deberá emitir tal declaratoria, exclusivamente en aquellos casos en los que el diseño orgánico del sistema procesal no establezca con claridad quién es la autoridad jurisdiccional orgánicamente superior. La CNJ también emitirá la regulación transitoria a efectos de viabilizar el proceso de emisión de tal declaratoria y su notificación al CJ”*.

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resoluciones Nos. 12-2020 y 13-2020, dictó el Procedimiento para la Declaratoria Jurisdiccional Previa de las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, teniendo como antecedente la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20, de 29 de julio de 2020, y el auto de aclaración y ampliación de la misma, de fecha 4 de septiembre de 2020, notificado el 7 del referido mes y año.

Que en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 08 de diciembre de 2020, se publicaron las reformas al Código Orgánico de la Función Judicial, en cuyos artículos 109, 109.1, 109.2, 109.3 y 109.4 se establecen reglas sobre la competencia para la declaración jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta y error inexcusable; etapas y norma del procedimiento disciplinario para esas infracciones; y, parámetros y criterios mínimos para la declaratoria jurisdiccional previa de dolo, manifiesta negligencia y



error inexcusable. Sin embargo, al ser las citadas normas ambiguas, es necesario contar con disposiciones que regulen con claridad los procedimientos internos a nivel de Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales para el sorteo de tribunales de juezas y jueces de la materia o materias afines, así como la forma en que debe proceder para los casos de denuncia, recuso de apelación o casación y declaratoria de oficio.

Que el artículo 109.1 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe: **“Etapas del procedimiento disciplinario por dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable.-** El procedimiento disciplinario por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable implicará, en todos los casos, las siguientes etapas diferenciadas y secuenciales: 1. Una primera etapa integrada por la declaración jurisdiccional previa y motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia y/o error inexcusable, imputables a una jueza, juez, fiscal o defensora o defensor público en el ejercicio del cargo; 2. Una segunda etapa, consistente en un sumario administrativo con las garantías del debido proceso ante el Consejo de la Judicatura por la infracción disciplinaria. La declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, será siempre adecuadamente motivada. El sumario administrativo correspondiente garantizará el debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa de la o el funcionario judicial sumariado, así como el deber de motivación de estas decisiones por parte de las autoridades judiciales y administrativas”.

Que en cuanto a la prescripción de la acción disciplinaria, el artículo 106 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: **“Prescripción de la acción.-** La acción disciplinaria prescribe: 1. Por infracciones susceptibles de sanción pecuniaria o de amonestación en el plazo de treinta días; 2. Por infracciones susceptibles de sanción de suspensión de funciones sin goce de remuneración en el plazo de sesenta días; y, 3. Por las infracciones susceptibles de destitución, en el plazo de un año, salvo las que estuvieren vinculadas con un delito que prescribirán en cinco años, sin perjuicio del régimen de prescripción del delito o de la acción establecida en la ley. Los plazos de prescripción de la acción disciplinaria se contarán, en el caso de denuncia desde que se cometió la infracción; y en el caso de acciones de oficio, desde la fecha que tuvo conocimiento la autoridad sancionadora. La iniciación del proceso disciplinario interrumpe la prescripción hasta por un año. Vencido este plazo, la acción disciplinaria prescribe definitivamente”.

Que al haberse expedido las reformas al artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial e incorporado los artículos 109.1, 109.2 y 109.3 a dicho Código, es necesario actualizar las Resoluciones 12-2020 y 13-2020 dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; además que las nuevas disposiciones jurídicas del COFJ resultan ambiguas en relación al procedimiento a seguir en caso de solicitud de declaratoria jurisdiccional previa de las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable.

Que es necesario expedir una nueva Resolución que aclare aspectos relacionados al procedimiento para la designación de los tribunales competentes para la declaratoria jurisdiccional previa de las infracciones disciplinarias de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, en contra de juezas, jueces, fiscales y defensores públicos, en concordancia con las normas de los artículos 109, 109.1, 109.2, 109.3 y 109.4 reformativas al Código Orgánico de la Función Judicial promulgadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 08 de diciembre de 2020; asegure el ejercicio del derecho a la defensa de las o los servidores cuya actuación judicial se objeta, en especial cuando un tribunal superior actúe de oficio; evite la duplicidad de tribunales cuando exista simultáneamente denuncia y un recurso vertical; y, de ser el caso, permita la efectiva aplicación de las circunstancias que determinan las infracciones disciplinarias contenidas en el artículo 109 numeral 7 ibídem, en particular por parte de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de la administración de justicia ordinaria del país.

Que es necesario establecer un término prudencial en el que el tribunal al que corresponda conocer sobre la declaratoria jurisdiccional previa por las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable deban pronunciarse, así como aclarar desde cuándo se cuentan los plazos para la prescripción de la acción disciplinaria. Además resulta necesario aclarar qué procedimiento se debe seguir para el caso de solicitud por denuncia cuando existen recursos verticales y cuando no los hay, diferenciándoles claramente y estableciendo cuándo procede uno u otro mecanismo; es necesario aclarar también a qué Tribunal se

someterá el conocimiento de las solicitudes dirigidas a la Corte Nacional de Justicia, conforme al artículo 109.2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Que es necesario aclarar la imposibilidad de aplicar el régimen de impugnación en este tipo de expedientes y que la declaración jurisdiccional no pone fin al procedimiento sino que es un condicionante para la apertura del sumario, tal como lo ha determinado la Corte Constitucional en el Reglamento que regula las declaraciones jurisdiccionales en la justicia constitucional. Igualmente se debe aclarar si proceden la recusación y la excusa y la intervención de las y los denunciantes y denunciados en la sustanciación de las solicitud de declaración jurisdiccional previa.

Que la Corte Constitucional, en sentencia No. 3-19-CN/20, de 29 de julio de 2020, párrafo 82, ha hecho hincapié en que “...las violaciones a los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución “en la substanciación y resolución de las causas” referidas en este artículo del COFJ pueden dar lugar a procedimientos administrativos en que por expresa remisión de esta disposición se aplique el artículo 109 numeral 7 del COFJ. Es decir, cuando tales violaciones son cometidas por un juez o jueza, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable. En consecuencia, el artículo 109 numeral 7 del COFJ, para guardar conformidad con la Constitución, deberá ser siempre interpretado y aplicado de forma adecuadamente motivada en relación con las violaciones constitucionales referidas en el artículo 125 del mismo cuerpo legal. **Sin embargo, en ningún caso, por ser violatorio de la independencia judicial, la denuncia a la que hace referencia este artículo será tramitada directamente por el Consejo de la Judicatura sin una declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, la manifiesta negligencia o el error inexcusable.**” (negrillas y subrayado nos corresponde).

Que la Corte Constitucional en la referida sentencia, en el párrafo 93 expresó además que: “La Constitución no habilita al CJ a ejercer competencias jurisdiccionales. Por ello, es claro que este organismo de administración de la Función Judicial no puede declarar por sí mismo la existencia de dolo, la manifiesta negligencia o el error inexcusable a los que se refiere el artículo 109 numeral 7 del COFJ en ningún caso. Esta declaración solo pueden realizarla quienes tienen jurisdicción y conocen la causa vía algún recurso, es decir los jueces y tribunales. **En consecuencia, cualquier intervención de este tipo en las causas judiciales por parte del CJ constituye una violación del principio constitucional de independencia judicial.** Sin embargo, el CJ no requerirá de esta declaración jurisdiccional previa para el ejercicio de la acción disciplinaria respecto a otras infracciones establecidas en el COFJ” (negrillas y subrayado nos corresponde).

Que el artículo 269.5 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que a la o el Presidente del Consejo de la Judicatura le corresponde: “...5. De forma excepcional y como medida preventiva, suspender de forma motivada el ejercicio de funciones de las servidoras y los servidores de la Función Judicial, incluyendo la remuneración, por el plazo máximo de tres meses cuando considere que se ha cometido o se esté cometiendo infracciones graves o gravísimas previstas en este Código. La suspensión regirá a partir de su notificación”. A su vez la Corte Constitucional en Sentencia No. 10-09-IN y acumulados/22, resolvió declarar la constitucionalidad condicionada del numeral 5 del artículo 269 del Código Orgánico de la Función Judicial “siempre y cuando dicha facultad sea ejercida por el pleno del Consejo de la Judicatura de acuerdo a su función prevista en el artículo 264 del COFJ”.

Que de lo señalado en párrafos anteriores en relación a la sentencia No. 3-19-CN/20, de 29 de julio de 2020 de la Corte Constitucional y del artículo 269.5 del Código Orgánico de la Función Judicial, se desprende que la suspensión de funciones para el caso de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, determinada como una atribución del Pleno del Consejo de la Judicatura, puede ser ejercida solamente si el órgano jurisdiccional competente ya ha emitido la declaratoria jurisdiccional previa. La suspensión de funciones como una facultad del Pleno del Consejo de la Judicatura, es consecuencia de una denuncia que NO puede ser tramitada directamente por el órgano administrativo de la Función Judicial; es decir el Consejo de la Judicatura no podría suspender de forma directa a través de una denuncia a un servidor judicial, por los casos previstos en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, hacer lo contrario resultaría en una grave afección al principio de independencia judicial.



Que varios de los aspectos que motivan la expedición de una nueva Resolución se han recogido de las recomendaciones y sugerencias de juezas y jueces del país, quienes han hecho llegar sus puntos de vista en respuesta a la solicitud que en ese sentido realizó el Presidente de la Corte Nacional de Justicia mediante oficio circular No. 558-P-CNJ-2021; de diversas reuniones con Presidentes y Presidentas de las Cortes Provinciales de Justicia; de la Comisión de la Corte Nacional de Justicia para la Compilación, Análisis y Unificación de las Calificaciones Jurisdiccionales de Infracciones de Dolo, Negligencia Manifiesta o Error Inexcusable; de las y los señores Jueces Nacionales; y de las consultas que ha trasladado el Consejo de la Judicatura.

En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial y lo dispuesto por la Corte Constitucional en auto de aclaración y ampliación expedido el 4 de septiembre de 2020, dentro del caso No. 3-19-CN,

RESUELVE:

EXPEDIR LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA JURISDICCIONAL PREVIA

CAPÍTULO I

COMPETENCIA

Artículo 1.- La autoridad jurisdiccional competente para la declaratoria previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional pre procesal o procesal de una o un juez, o de las actuaciones de un fiscal o defensor público, será siempre el tribunal jerárquicamente superior.

Artículo 2.- Procesos judiciales con impugnación vertical.- En los casos en que la ley prevé recursos verticales, la declaración jurisdiccional previa de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, será competencia de un tribunal del nivel superior inmediato de la materia, que se encuentre en conocimiento del respectivo recurso.

Artículo 3.- Procesos judiciales sin impugnación vertical.-

a) Declaratoria jurisdiccional previa respecto de juezas y jueces de cortes provinciales, unidades judiciales, fiscales y defensores públicos.- En los casos en que el ordenamiento jurídico no hubiere previsto la impugnación mediante un recurso vertical, la autoridad jurisdiccional competente para la declaratoria previa, será:

- I.** Para las y los jueces y tribunales de primer nivel, las y los fiscales y defensores públicos, un tribunal de la respectiva especialidad de la corte provincial de justicia del distrito territorial correspondiente.
- II.** Para las y los jueces de garantías penitenciarias o quienes hagan sus veces; para las y los fiscales o defensores públicos en actuaciones dentro de los procesos de ejecución penal; y, para las y los jueces en materias no penales dentro del procedimiento de ejecución de sentencias, un tribunal de la respectiva especialidad de la corte provincial de justicia del distrito territorial correspondiente.
- III.** Para las y los jueces o tribunales de segundo nivel; tribunales Distritales de lo contencioso Administrativo y contencioso tributario o fiscales provinciales, un tribunal de la respectiva especialidad de la Corte Nacional de Justicia.

b) Por solicitud del Consejo de la Judicatura de que se emita la declaración jurisdiccional previa en caso de denuncia por alguna de las infracciones previstas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia o de la Corte Provincial de Justicia, según corresponda, dispondrá el sorteo de un tribunal entre los integrantes de las salas especializadas en la materia de la causa motivo de la denuncia; y, de no existir la sala especializada, aquella que tenga mayor afinidad con la materia.

c) En los casos de sala única o multicompetente de cortes Provinciales, el tribunal se conformará con las y los jueces que las integran.

En la Corte Nacional de Justicia, son Salas afines, entre sí:

- a. Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario;
- b. Civil y Mercantil; Laboral; y, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores;
- c. Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado con la Sala que conozca Adolescentes Infractores.

En las Cortes Provinciales de Justicia, son Salas afines:

- a. Civil y Mercantil; Laboral; y, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores;
- b. Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, con la Sala que conozca Adolescentes Infractores.

d) Juezas, jueces, conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia.- La autoridad jurisdiccional competente para la declaratoria previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional de las y los jueces o conjueces de la Corte Nacional de Justicia, ya sea por denuncia o al haberse presentado el recurso vertical, será siempre el Pleno de este órgano, aún en los casos en que actúen como juezas y jueces de instancia en los asuntos de fuero.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO

Sección Primera

En los procesos judiciales con impugnación vertical

Artículo 4.- En los casos en que la legislación procesal prevea recurso vertical, la solicitud de declaración jurisdiccional previa la podrán formular las partes o sujetos procesales en la impugnación, de conformidad con las reglas de la materia.

Cuando la ley así lo prevé y las partes o sujetos procesales no hubieren presentado recurso vertical, o presentado ante el Tribunal de alzada, se ha negado la solicitud de declaración jurisdiccional, no procederá que éstas presenten por separado denuncia por dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional pre procesal o procesal de una o un juez o de las actuaciones de una o un fiscal o defensor. En estos casos la solicitud de declaración jurisdiccional previa será rechazada liminarmente por el tribunal competente.



Artículo 5.- A petición de parte.- Para los casos que la ley prevé un recurso vertical, el procedimiento para la declaratoria jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, a petición de parte, será el siguiente:

De conformidad a la materia, en la fundamentación del recurso la parte o sujeto procesal recurrente podrá solicitar al tribunal superior de la materia, con sustento fáctico y jurídico, que declare la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional de la o el juez, tribunal de instancia, o en las actuaciones del fiscal o defensor público. Para ello se deberá especificar e individualizar en cuál de las infracciones recaerá la actuación del servidor judicial.

El Tribunal superior dictará la decisión oral y luego emitirá el auto o sentencia por escrito, conforme a la ley de la materia. En el auto o sentencia escrita, el Tribunal dispondrá a la o el juez, tribunal, fiscal o defensor público que en el término de diez días presente un informe motivado sobre el pedido de declaratoria jurisdiccional previa, para lo cual se adjuntará copia de la petición.

Vencido el término, presentado o no el informe, el Tribunal Superior se pronunciará dentro del término máximo de treinta días en forma motivada sobre la solicitud de declaratoria jurisdiccional previa.

Artículo 6.- Ejercicio de oficio de la facultad correctiva.- Para los casos que la ley prevé un recurso vertical, el procedimiento para la declaratoria jurisdiccional previa de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, en ejercicio de las facultades de supervisión y corrección por parte del Tribunal superior que conozca el proceso, será el siguiente:

El Tribunal superior dictará la decisión oral y luego emitirá el auto o sentencia por escrito, conforme a la ley de la materia. En el auto o sentencia escrita, el Tribunal superior, en caso de considerar que existen presunciones sobre alguna infracción disciplinaria de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, dispondrá a la o el juez, tribunal, fiscal o defensor público, que en el término de diez días presente un informe motivado sobre las razones que el tribunal considera que podría constituir alguna de dichas infracciones; para ello el Tribunal superior deberá individualizar en cuál de las infracciones recaerá la actuación del servidor judicial.

Vencido el término, presentado o no el informe, el tribunal superior se pronunciará en forma motivada en el término de treinta días sobre la existencia o no de la infracción.

Artículo 7.- El Pleno y los Tribunales de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, cuando conozcan los recursos sometidos a su competencia y resolución, podrán declarar la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable respecto de las actuaciones de juezas o jueces provinciales, o de tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario; así como también respecto de juezas y jueces de primera instancia, juezas o jueces de garantías penales, tribunales de garantías penales, fiscales provinciales, agentes fiscales o defensores públicos. Para ello se observarán las reglas contenidas en los artículos 5 y 6 de esta Resolución, en lo que fuere aplicable.

Artículo 8.- Para los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia.- En los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, si en la de fundamentación del recurso, la parte o sujeto procesal recurrente solicita al tribunal superior que declare la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en la actuación de carácter jurisdiccional de un juez o conjuer nacional, el Tribunal que conoce la impugnación, deberá remitir en el término de cinco días, copias de la solicitud a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia para que proceda de conformidad con el artículo 12 de la presente Resolución.

Si el Tribunal de oficio encuentra elementos para presumir la existencia de una de las infracciones establecidas en el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial, luego de emitido el auto o

sentencia, remitirá copias de las actuaciones procesales pertinentes a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia para que proceda de conformidad con el artículo 12 de la presente Resolución.

Sección Segunda

En los procesos judiciales sin recurso vertical

Artículo 9.- En caso de que la ley no hubiere previsto ningún medio de impugnación vertical para la declaración jurisdiccional previa por las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable respecto de las actuaciones de juezas, jueces, tribunales, fiscales o defensores públicos, solo se procederá mediante denuncia de conformidad a lo previsto en el Art. 113 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Artículo 10.- La denuncia por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable a los que hace relación el artículo 109.7 del Código Orgánico de la Función Judicial será presentada ante el Consejo de la Judicatura, en aplicación de los artículos 113, 114, 115 y 116 del mencionado Código. En la denuncia se individualizará en cuál de las infracciones susceptibles de declaración jurisdiccional previa recaerá la actuación del servidor judicial.

El Consejo de la Judicatura constatará el cumplimiento de los requisitos de la denuncia y antes de iniciar el sumario administrativo, remitirá la petición de declaración jurisdiccional previa sin expresar por sí mismo, criterio alguno sobre la real existencia o naturaleza de la falta y adjuntará la denuncia con el respectivo reconocimiento de firma y rúbrica y toda la información necesaria del proceso judicial, a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia o a la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del respectivo distrito territorial, según corresponda.

El tribunal competente de la Corte Nacional de Justicia o de la Corte Provincial de Justicia, inadmitirá de plano las peticiones de declaración jurisdiccional previa remitidas por el Consejo de la Judicatura dentro de los expedientes disciplinarios iniciados de oficio por ese órgano respecto de infracciones distintas a las que ameritan declaración jurisdiccional previa, por falta de competencia del órgano administrativo.

Igualmente, por falta de competencia del órgano jurisdiccional, se inadmitirán de plano las solicitudes de declaración jurisdiccional previa presentadas dentro de expedientes disciplinarios que se sustenten en infracciones distintas a las que ameritan declaración jurisdiccional previa.

Art. 11.- El Consejo de la Judicatura remitirá a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia la solicitud de declaración jurisdiccional previa sobre la actuación de una o un juez o conjuer de la Corte Nacional de Justicia.

Si la solicitud de declaración jurisdiccional previa es contra la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se remitirá a la o el Presidente Subrogante, quien será competente para convocar al Pleno, conforme a las reglas determinadas en la presente Resolución.

Si la solicitud de declaración jurisdiccional previa es contra la o el Presidente o jueces de las cortes provinciales o tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, se remitirá a la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Art. 12.- Contra juezas, jueces, conjuerzas y conjuerces de la Corte Nacional de Justicia.- La o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en el caso de solicitud de declaración jurisdiccional previa respecto de la actuación jurisdiccional de una o un juez o conjuer de la Corte Nacional de Justicia, en el término de diez días convocará al Pleno, de conformidad con el artículo 199.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, para que se proceda al sorteo de una o un juez ponente de entre sus miembros.



La o el juez ponente solicitará a la o el juez o conjuez que en el término de diez días presente exclusivamente un informe motivado respecto de la denuncia.

Vencido el término a que hace referencia el inciso anterior, la o el juez ponente emitirá un informe motivado en el término de treinta días, que será sometido a conocimiento del Pleno, a través de la o el Presidente, para su resolución en la siguiente sesión, que será convocada en el término máximo de diez días a partir de la recepción del informe.

Las y los jueces nacionales contra quienes se hubiere presentado denuncia, no podrán intervenir en la sesión del Pleno en el punto del orden del día en donde se vaya a conocer y resolver sobre la solicitud de declaratoria jurisdiccional previa. En tales casos no será necesario convocar a una conjueza o conjuez nacional que lo reemplace y la decisión se adoptará con las y los jueces nacionales que estuvieren habilitados.

El Pleno se constituirá en Tribunal para resolver sobre la solicitud de declaración jurisdiccional previa. La o el Secretario General de la Corte Nacional de Justicia notificará la resolución al Pleno del Consejo de la Judicatura.

Art. 13.- Contra juezas o jueces de Corte Provincial de Justicia o de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario.- Si la solicitud de declaración jurisdiccional previa se presenta contra un juez o jueza de Corte Provincial de Justicia o de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia realizará el sorteo de un tribunal entre las y los jueces de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia en la materia objeto de la denuncia, en el término de cinco días.

El Tribunal solicitará a la jueza o juez de Corte Provincial de Justicia o del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, que en el término de diez días presente exclusivamente un informe motivado respecto de la denuncia.

Vencido el término a que hace referencia el inciso anterior, el tribunal resolverá motivadamente sobre la solicitud de declaración jurisdiccional previa en el término de treinta días.

Art. 14.- El Pleno o los Tribunales de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, podrán declarar la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable respecto de las actuaciones de juezas o jueces provinciales, tribunales de distritales de lo contencioso administrativo o de lo contencioso tributario; así como también respecto de juezas y jueces de primera instancia, juezas o jueces de garantías penales, tribunales de garantías penales, fiscales o defensores públicos, a quienes, previo a resolver, se les deberá solicitar un informe motivado, conforme a las reglas señaladas en los artículos 12 y 13.

Art. 15.- Sobre la actuación de una o un juez o tribunal de primera instancia, de una o un juez de garantías penitenciarias, de ejecución de sentencia, fiscal o defensor público.- La solicitud de declaración jurisdiccional previa sobre la actuación de una o un juez o tribunal de primera instancia, de una o un juez de garantías penitenciarias, de ejecución de sentencia, fiscal o defensor público, se remitirá a la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del distrito territorial correspondiente.

Una vez recibida la solicitud, en el término de cinco días, la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia dispondrá el sorteo de un tribunal entre las o los jueces que integran la sala de la especialidad de la materia de la causa motivo de la denuncia, y de no existir la sala especializada, aquella que tenga mayor afinidad con la materia. En los casos de sala única o multicompetente, el tribunal se conformará con las o los jueces que las integran.

El Tribunal solicitará a la jueza o juez, fiscal o defensor público, que en el término de diez días presente exclusivamente un informe motivado respecto de la denuncia.

Vencido el término a que hace referencia el inciso anterior, el Tribunal resolverá motivadamente sobre la solicitud de declaración jurisdiccional previa en el término de treinta días.

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES COMUNES A TODA SOLICITUD DE DECLARACIÓN JURISDICCIONAL PREVIA

Artículo 16.- La o el Secretario.- En las solicitudes de declaración jurisdiccional previa, cuando la competencia corresponda al Pleno de la Corte Nacional de Justicia actuará la o el Secretario General de la Corte Nacional de Justicia; y en aquellas en que corresponda pronunciarse a un tribunal de la Corte Nacional de Justicia, actuará la o el Secretario Relator de la sala especializada correspondiente.

En el caso de las solicitudes de declaración jurisdiccional previa que sean de competencia de un tribunal de las Cortes Provinciales de Justicia, actuará la o el Secretario Relator de la respectiva Sala Especializada o Multicompetente.

Artículo 17.- Elementos para la resolución. En los expedientes de declaratoria jurisdiccional previa iniciados por denuncia, el Tribunal Superior competente resolverá en mérito del proceso materia de la denuncia, las acusaciones constantes en la misma y el informe motivado del juez.

Ni el denunciante ni el denunciado podrán impulsar, presentar solicitudes, modificar o adjuntar nuevos elementos en el trámite de la declaración jurisdiccional previa.

En todas las solicitudes de declaración jurisdiccional previa, en caso de considerarlo necesario, el Tribunal Superior podrá requerir la documentación del proceso que motiva el pedido.

Artículo 18.- Resolución.- El Tribunal deberá pronunciarse motivadamente y por escrito, declarando o no la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable.

La declaración jurisdiccional previa reconoce exclusivamente la incorrección judicial presuntamente constitutiva de infracción disciplinaria; por tanto, le corresponde al Consejo de la Judicatura dentro del sumario disciplinario respectivo, valorar la responsabilidad subjetiva y la gravedad de la conducta del servidor judicial, así como resolver motivadamente sobre el cometimiento de la falta disciplinaria y la proporcionalidad de la sanción, de conformidad con las circunstancias constitutivas de la infracción establecidas en el artículo 110 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Artículo 19.- Impugnación.- Lo resuelto sobre la declaratoria jurisdiccional previa no será susceptible de recurso horizontal o vertical alguno.

Artículo 20.- Excusa y recusación.- Los integrantes de los tribunales superiores que deban pronunciarse sobre la procedencia de una solicitud de declaración jurisdiccional previa deberán observar las causas de inhabilidad general para conocer y resolver un procedimiento.

Artículo 21.- Notificación.- La resolución judicial que contenga la decisión adoptada respecto de la solicitud de declaración jurisdiccional previa será notificada al Consejo de la Judicatura, al servidor judicial y a la Comisión de la Corte Nacional de Justicia de Compilación, Análisis y Unificación de las Calificaciones Jurisdiccionales de Infracciones, creada mediante Resolución No. 11-2020 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.



Las Cortes Provinciales deberán remitir solamente aquellas resoluciones que declaren la existencia de las infracciones de dolo, negligencia manifiesta y error inexcusable.

La Corte Nacional de Justicia deberá remitir todas las resoluciones en las declaraciones jurisdiccionales previas.

Artículo 22.- Los días declarados como feriados en la jurisdicción de la persona interesada, se entenderán como tales en la sede del órgano resolutor o viceversa.

DISPOSICIONES GENERALES

Primera.- Esta resolución no será aplicable a la o el Fiscal General del Estado o Defensor Público General.

Segunda.- De conformidad con el artículo 109.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el procedimiento disciplinario por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable implicará, en todos los casos, dos etapas diferenciadas y secuenciales: una primera integrada por la declaración jurisdiccional previa y motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable; y, luego una segunda, consistente en el sumario administrativo ante el Consejo de la Judicatura por la infracción disciplinaria.

En tal virtud, una vez que se haya declarado la existencia de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable, y se haya notificado al Consejo de la Judicatura, desde esa fecha correrán los plazos de prescripción de la acción disciplinaria

Tercera.- El Pleno del Consejo de la Judicatura, en los casos de que exista una denuncia por las infracciones de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, solamente podrá disponer la suspensión en el ejercicio de sus funciones de las o los servidores de la Función Judicial, siempre y cuando exista la declaración jurisdiccional previa, emitida por el órgano jurisdiccional competente.

Cuarta: Esta Resolución tendrán vigor en lo que corresponda a los casos contemplados en los artículos 108 numeral 6 y 125 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Quinta: El Consejo de la Judicatura velará para que no exista multiplicidad de denuncias sobre el mismo asunto.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Primera.- En los procedimientos por denuncia que se han presentado antes de que esta Resolución sea publicada en el Registro Oficial, en que las partes o sujetos procesales no hubieren presentado recurso vertical, pese a estar previsto en la ley, se continuará con el trámite respectivo.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Primera. - Deróguense las Resoluciones No. 12-2020, de 21 de septiembre de 2020; y, No. 13-2020, de 11 de noviembre de 2020, dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

DISPOSICIÓN FINAL

Esta Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, **PRESIDENTE**; Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dra. Rita Bravo Quijano, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Pablo Loayza Ortega, **CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES**. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL**.





TRIPLE REITERACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA IMPUGNACION ACTUACIONES EJECUCION CONTRACTUAL

RESOLUCIÓN No. 5-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;
2. Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que, en principio, tiene efectos inter partes se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:
 - Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.
3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;
4. Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, Unificación de la Estructura de las Sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la Estructura de la Resolución de Aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios.

5. Que se ha identificado que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico desarrollado en las siguientes resoluciones, emitidas con fuerza de sentencia, conforme el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, que se detallan a continuación:

- a) **Resolución No. 86-2022**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 2 de febrero de 2022, las 16h39, dentro del recurso de casación No. 17811-2020-00767, suscrita por el Tribunal conformado por los doctores Patricio Adolfo Secaira Durango (voto salvado), Fabián Patricio Racines Garrido e Iván Rodrigo Larco Ortuño (Ponente del fallo de mayoría), Jueces Nacionales.
- b) **Resolución No. 255-2022**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 17 de marzo de 2022, las 12h16, dentro del recurso de casación No. 11804-2020-00431, suscrita por el Tribunal conformado por los doctores Milton Enrique Velásquez Díaz (Ponente), Fabián Patricio Racines Garrido y Mauricio Espinosa Brito, Jueces Nacionales.
- c) **Resolución No. 371-2022**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 8 de abril de 2022, las 12h20, dentro del recurso de casación No. 17811-2020-00930, suscrita por el Tribunal conformado por los doctores Fabián Patricio Racines Garrido (Ponente), Milton Enrique Velásquez Díaz y Patricio Adolfo Secaira Durango, Jueces Nacionales.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

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

- Que es equívoca la calificación que los tribunales de instancia han dado a las acciones contencioso administrativas mediante las cuales se impugnan actos administrativos emitidos en la fase de ejecución contractual (acciones de plena jurisdicción o subjetivas), por cuanto dichos actos administrativos derivan de materia de contratación pública y, por consiguiente, la oportunidad para la proposición de la acción judicial es la especial establecida en el numeral 3 del artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos.
- Que es evidente que cuando se impugnan actuaciones relativas a la contratación pública, el tiempo para impugnar tales actividades administrativas es de cinco años y no de noventa días, como han decidido los juzgadores de instancia, lo que repercute en la garantía contenida en el artículo 76.1 de la Constitución y que trasciende en la vulneración a la tutela judicial efectiva, mediante una ilegítima obstrucción al acceso a la justicia contencioso administrativa en el planteamiento de una acción impugnatoria de actividad administrativa de naturaleza contractual.
- Que la jurisprudencia de esta Sala de Casación ha establecido que en materia de contratación pública existen tres etapas diferenciadas: a) la etapa contractual, b) la adjudicación del contrato, y c) la etapa de ejecución o fase contractual propiamente dicha.
- Que los actos administrativos emitidos en la fase de ejecución de un contrato público, entre los que se encuentra la declaración de terminación unilateral del contrato, no se pueden sujetar a la acción prevista para los actos administrativos regulares, sino a la acción especialmente considerada por el legislador para temas de contratación pública; y,



- Que al tratarse de controversias en materia de contratación pública debe aplicarse el artículo 306 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, que determina que el plazo para iniciar esta acción especial es de cinco años y que la inadmisión de este tipo de demandas por parte de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, bajo el argumento de que ha operado la caducidad del derecho del accionante, sin que tenga la oportunidad de presentar una nueva demanda sobre esta cuestión, lo deja sin medios físicos o jurídicos de defensa para repeler la vulneración a la tutela judicial efectiva .

En uso de la atribución prevista en los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art 1.- Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho:

“La impugnación por vía jurisdiccional de los actos administrativos derivados de la ejecución contractual es una acción especial en materia de contratación pública, sujeta al plazo de cinco años para su ejercicio, conforme lo dispone el artículo 306 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos; garantizándose de este modo la tutela judicial efectiva y el debido proceso consagrados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República”.

Art. 2.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización; y, al Registro Oficial para su inmediata publicación.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, **PRESIDENTE**; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García (VOTO EN CONTRA), Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano (VOTO EN CONTRA), Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, **JUECES Y JUEZAS NACIONALES**; Dr. Javier de la Cadena Correa, **CONJUEZ NACIONAL**. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL**.



MODELO ESTRUCTURA DE FORMA DE LAS SENTENCIAS DE CASACIÓN

RESOLUCIÓN No. 6-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la estructura unificada de las sentencias, facilita el procesamiento y sistematización de la jurisprudencia, así como, permite identificar con mayor eficiencia las temáticas expuestas en la resolución y, el tratamiento que se otorga a cada uno de los casos; lo que además optimiza la labor jurisdiccional;

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

Que los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo que involucra, entre otros aspectos, facilitar el acceso de las personas a la información, precautelando de esta manera el ejercicio pleno de sus derechos;

Que en el mes de septiembre de 2015, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030, la cual contiene 17 objetivos de desarrollo sostenible, entre los cuales, se encuentra el objetivo No. 16 que contextualiza y promueve la justicia abierta; de ahí que, la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto adoptada en el mes de octubre de 2016, exhorta al Poder Judicial y a los órganos de administración de justicia a diseñar y desarrollar de forma coherente, abierta y coordinada una hoja de ruta, que permita configurar un plan de Justicia Abierta;

Que el 17 de septiembre de 2022, en la clausura de la “Cumbre de Cortes de Justicia del Ecuador: por una Justicia Abierta”, evento organizado por la Corte Nacional de Justicia (CNJ), las y los jueces del país suscribieron una declaración que ratifica su compromiso con la política de justicia abierta, que se fundamenta en los principios de transparencia, participación y colaboración. La referida declaración, entre otros aspectos, consideró la incorporación en los pronunciamientos judiciales de un lenguaje más amigable con la ciudadanía;

Que la política de justicia abierta promueve el acercamiento entre los jueces, abogados y ciudadanía en general, mediante pronunciamientos comprensibles y amigables, que mejoren la confiabilidad con los tribunales de justicia, y la calidad de la justicia. De ahí que, un tecnicismo jurídico extremadamente sofisticado, limita a muchas personas realizar una lectura entendible de lo expresado en las distintas actuaciones judiciales; lo que se traduce en un obstáculo para el acceso a la justicia;

Que el artículo 251 del Código General de Procesos, en adelante COGEP, prevé los siguientes recursos: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho. De su parte, el artículo 266 ibidem en lo pertinente señala que “El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”;



Que el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, sobre el recurso de casación establece que *“es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente”*;

Que el recurso de casación es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria, formal y de alta técnica jurídica, sujeto a causales taxativas que establece la ley para su procedencia. Su objetivo procesal es la corrección del error de derecho en la sentencia impugnada y la primacía de la ley sobre los intereses litigiosos; en tal virtud, se encuentra restringida la revisión de los hechos o un nuevo ejercicio de valoración probatoria, salvo los efectos particulares previstos en el artículo 273 numeral 4 del COGEP;

Que el artículo 95 del COGEP prescribe los requisitos que debe incorporar toda sentencia escrita, sin particularizar su contenido al tipo de resolución de que se trate o la fase procesal en que se expida; determinándose, entre otros presupuestos, los siguientes: “[...] 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. 5. La decisión sobre las excepciones presentadas. 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. 7. La motivación. 8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde [...]”;

Que el artículo 622 del COIP, señala de forma general los requisitos de la sentencia escrita, entre los que se encuentran, los siguientes: “[...] 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 resolutive, 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 [...]”;

Que revisándose por muestreo las sentencias de casación que expiden las distintas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia se observa que cada una de ellas mantiene un esquema formal diverso, por lo que resulta necesario unificar su estructura con el fin de promover una mejor comprensión para las partes procesales destinatarias de la resolución, así como para la ciudadanía en general;

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar el modelo de estructura formal para las sentencias de casación que emitan los tribunales y salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; el cual contiene los parámetros mínimos que se indican a continuación:

Juez Ponente:

Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia

Sentencia de casación

Causa No.

Quito,

VISTOS: El tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. [...]:

1. Antecedentes procesales

- 1.1. Señalar cuál fue el objeto de la controversia que se determinó en audiencia preliminar o única, para el caso de las materias no penales.
- 1.2. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de primera o única instancia.
- 1.3. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia, cuando fuere aplicable.
- 1.4. Referencia al recurso de aclaración o ampliación de haberse admitido.
- 1.5. Referencia al recurso de casación, la parte procesal que lo interpone y la identificación de los casos que se invocan.
- 1.6. Referencia a los casos admitidos en el auto de admisión del recurso de casación, con excepción de la materia penal.

2. Competencia

- 2.1. Acta de sorteo y normas que determinan la competencia.

3. Validez procesal

- 3.1. Pronunciamiento sobre la observancia de las solemnidades sustanciales inherentes a esta clase de impugnación, o las que puedan afectar la validez del proceso, excepto cuando el recurso trate del caso primero del artículo 268 del COGEP.

4. Fundamentación del recurso de casación

- 4.1. Breve relación a lo expuesto en el recurso de casación, su contestación y, de ser el caso, lo expresado en la audiencia oral respectiva.

5. Problema jurídico

- 5.1. Delimitación del problema jurídico que se remitirá exclusivamente a los yerros de casación admitidos y su argumento principal.

Ejemplo: *“5.1. Determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el vicio de errónea interpretación del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, puesto que según aduce el casacionista la norma en mención no prevé la figura de la caducidad de la potestad de control”.*

6. Análisis del tribunal de casación

- 6.1. Individualizar el análisis de cada yerro que se acusa, cuando la fundamentación casacional así lo permita.
- 6.2. En atención a la garantía de motivación establecida en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, en este análisis se incorporará la descripción doctrinaria y jurisprudencial del yerro casacional; el análisis contextualizado de los argumentos del recurrente en relación con lo expuesto en la parte pertinente de la sentencia impugnada; y, el pronunciamiento del Tribunal de Casación sobre la procedencia del recurso.



7. Sentencia de mérito para el caso de materias no penales

7.1. En caso de aceptarse el recurso de casación, se debe incorporar un acápite adicional que contenga la sentencia de mérito que corrija el error de derecho, para lo cual se considerará los efectos particulares del artículo 273 del COGEP.

7.2. Para iniciar el análisis, cuando el caso así lo permita, se recomienda ratificar los contenidos procesales que no contengan errores en el fallo impugnado, con el fin de que los mismos no sean reiterativos en la sentencia de mérito.

8.- Decisión

8.1. Este Tribunal de la Sala Especializada 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:

8.2. No casar la sentencia impugnada; o,

8.3. Casar la sentencia impugnada, para lo cual se deberá especificar los yerros casacionales que se están aceptando y sus efectos jurídicos.

8.4. Si hay sentencia de mérito además se resolverá si se acepta o no la demanda, y sus consecuencias.

Artículo 2.- Casación oficiosa en materia penal.- En el caso de que se realice casación penal de oficio, deberá incluirse un acápite adicional con numeración independiente, que contendrá la motivación que corresponda a dicha atribución.

Artículo 3.- Lineamientos mínimos y formatos básicos para la redacción de la sentencia. El contenido de toda sentencia debe incorporar un lenguaje accesible, sencillo y de fácil comprensión para el ciudadano común; para tal efecto, se considerará lo siguiente:

3.1. Lineamientos comunes

a) Propender a que las sentencias no sean demasiado extensas.

b) Todos los párrafos de la sentencia deben numerarse.

c) Si la resolución lo requiere, señalar las abreviaturas o la forma como el tribunal se va a referir tanto a las partes procesales como a la legislación aplicable entre comillas. Por ejemplo: Código Orgánico General de Procesos “COGEP”.

d) Utilizar cursivas o itálicas para enfatizar una palabra o frase, así como en el uso del idioma extranjero. Cuando se utilicen latinismos se debe emplear el término equivalente en español o explicar su significado en paréntesis.

e) Al final de toda sentencia, luego de la decisión, se deberá incorporar un recuadro denominado:

Resumen de fácil comprensión

Este recuadro debe contener una explicación sencilla y de fácil entendimiento sobre lo resuelto en sentencia, cuya redacción no incluya adjetivaciones jurídicas, sino más bien, un lenguaje común que cualquier persona pueda comprender. Este acápite tendrá un efecto estrictamente didáctico.

3.2. Formatos básicos

- a) Tamaño de hoja: A4.
- b) Impresión a doble cara.
- c) Se recomienda no utilizar mayúsculas en todas las letras, salvo casos puntuales.
- d) Márgenes superior 3 cm. e inferior: 2,5 cm.
- e) Márgenes izquierdo y derecho: 3 cm.
- f) Sangría: sin sangrías entre párrafos.
- g) Tipo de letra: Arial.
- h) Tamaño de letra: 12 puntos.
- i) Interlineado: 1.5 (espacio y medio).
- j) Texto justificado.
- k) Numeración de páginas: todas las páginas de la sentencia en posición inferior derecha con arábigos, en Arial, 12 puntos.
- l) Cita corta (hasta cuatro renglones): 12 puntos, se la incluye con comillas inglesas y con el mismo formato de letra, dentro del texto.
- m) Cita larga (sobrepasa los cuatro renglones): 11 puntos, interlineado sencillo, sangría en bloque del lado izquierdo (1.20 cm), sin sangría de primera línea, sin comillas de inicio y cierre.
- n) Notas al pie: 8 puntos, interlineado sencillo, sin sangría.
- o) Utilizar corchetes y tres puntos para intervenir en una cita textual “[...]”.
- p) Referencias: la Corte Nacional de Justicia sigue el sistema Chicago para referenciar y sistematizar las fuentes documentales. El estilo lo adopta, en forma resumida, del Manual de Estilo Chicago-Deusto (2013), The Chicago Manual of Style (2010) y Manual de Estilo de la UASB-E (2017). En resumen, los elementos de organización básicos, de las notas bibliográficas, dentro del fallo, son las que constan en el anexo a esta Resolución.

Artículo 4.- El presente modelo de estructura formal de sentencia de casación contiene parámetros esquemáticos mínimos, los cuales no comprometen la independencia judicial, y por tanto, no limitan la facultad jurisdiccional para determinar el contenido de fondo de sus resoluciones.

Artículo 5.- Los lineamientos comunes y formatos básicos referidos en el artículo 3 de la presente Resolución, se deberán aplicar en todas las sentencias que expidan los jueces y tribunales del país, con el fin mantener un estilo de escritura uniforme y parámetros de redacción ordenados, que faciliten la lectura y comprensión de los pronunciamientos judiciales.



Disposición Final

Se deroga el numeral 2 de la Resolución No. 1A-2016 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 767, de 2 de junio de 2016.

La presente Resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la Ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.
Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katherine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Consuelo Heredia Yero, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZA NACIONAL. Certifico.-f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

Anexo 1

Tabla 1: Elementos de referencia básicos de las notas en una fuente documental (libro) en el sistema *Chicago*

Autor(es)		Título	Editor	Número de edición	Número de volumen	Datos de publicación			Página
Nombre	Apellido	Título en cursivas				Ciudad	Editorial	Año	
Pablo	Pérez,	<i>Curso de Derecho Constitucional,</i>	coord. Pablo Pérez,	13. ^a ed.	--	(Madrid:	Marcial Pons,	2012),	190.
Luigi	Ferrajoli,	<i>Derechos y garantías: La ley del más débil,</i>	--	3. ^a	--	(Madrid:	Trotta,	2002),	44-7.
Alí	Lozada,	<i>"Sobre la dimensión argumentativa del derecho", en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional,</i>	ed. Juan Montaña,	--	vol. 1	(Quito:	Corte Constitucional,	2011),	176-7.

Fuente: *Manual de Estilo Chicago Deusto*

Elaboración: Corte Nacional de Justicia

La tabla 1 sistematiza los elementos básicos de las notas en una fuente documental entre los que constan: nombre y apellido del autor o editor separados con una coma; el título de

la obra con la inclusión del subtítulo, de ser el caso. Se lo escribe con cursivas si se trata de un libro; o, con comillas si se trata de una sección de otra obra mayor; editor, coordinador o traductor, separados por una coma; número de edición separados por una coma; número de volumen; los datos de publicación: ciudad, editorial y año, los que van entre paréntesis; y, las páginas específicas del texto.

Tabla 2: Elementos de referencia básicos de las notas en una sección de revista en el sistema Chicago

Autor(es)		Título de sección	Título de revista	Volumen	Número	Año	Página(s) texto	DOI o medio electrónico
Nombre	Apellido	Entre comillas	En cursivas					
Albert Marcos	Noguera-Fernández y Criado de Diego,	“La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”,	<i>Revista Estudios Socio-Jurídicos</i>	13,	n.º 1	(2011):	15-49,	https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1506 .

Fuente: *Manual de Estilo Chicago Deusto*
Elaboración: Corte Nacional de Justicia

La tabla 2 resume los elementos básicos de las notas en una sección de revista académica o científica entre los que constan: nombre y apellido del autor(es) o editor(es), separados con una coma; el título del artículo que se lo escribe entre comillas, separado por una coma; el título de la obra o revista con cursivas; el volumen -separado con una coma- y número de la revista; año o año-mes de publicación, según el caso, entre paréntesis y con dos puntos al final; las páginas específicas del artículo separadas por una coma; y, la inclusión de la página electrónica o el DOI.

Tipo de documentos	Referencia
Libro básico	David Martínez, Metodología jurídica y argumentación (Madrid: Marcial Pons, 2010), 269-77.
Libro con editores	Javier Torres, ed., Manual de estilo Chicago-Deusto (Bilbao: Universidad de Deusto, 2013), 647.
Libro con dos o tres autores	Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 (Quito: Tribunal Constitucional – Ministerio de Justicia, 2008), 202-5.
Libro con cuatro o más autores	María Tinoco et al., Ayuda humanitaria (Bilbao: Universidad de Deusto, 2004), 85-6.
Sección de libro	Ramiro Ávila, “Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Desafíos Constitucionales (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 234.



Libro con traductor	Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2. ^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 349-50.
Documentos institucionales	Ecuador Corte Constitucional, Gestión 2012-2013 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 76-8
Artículos de revista	Roberto Viciano y Rubén Martínez, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, <i>Ágora Revista de Ciencias Sociales</i> , 13 (2005): 55-68, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2288064 .
Tesis	Lilly Yolanda Vega Blanco, “Producción y contradicción del dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral” (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2016), 72, http://bdigital.unal.edu.co/54839/7/LillyY.VegaB.2016.pdf .
Fuentes jurídicas	Ecuador, Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 75, num. 7, lit. l. Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, num. 3. En adelante se cita esta Ley como LOGJCC.
Sentencia nacional	Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1158-17-EP/21”, en Caso n.º: 1158-17-EP, 20 de octubre de 2021, 14, párr. 46. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, “Sentencia”, en Juicio No: 17141-2014-1998, 26 de septiembre de 2014, 3.
Sentencia internacional	Corte IDH, “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 120-3, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf . Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-588/98”, 20 de octubre de 1998, MP Eduardo Cifuentes.

Fuente: *Manual de Estilo Chicago Deusto* (2013), *The Chicago Manual of Style* (2010) y Manual de Estilo de la UASB-E (2017), Tesis Las condiciones técnicas y políticas de la ponderación: El caso ecuatoriano. Elaboración: Corte Nacional de Justicia

La Tabla 3 resume varios ejemplos de tipos de documentos en la lista de referencias, como formas de citación en el texto.



COMPETENCIA DE LOS JUECES ANTICORRUPCION

RESOLUCIÓN No. 7-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *“Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: ... 6. Expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial”*;

Que de conformidad con el artículo 76.3 de la Constitución de la República, sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento;

Que el artículo 75 de la Constitución de la República, garantiza a las personas el derecho a un 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; y que en ningún caso quedarán en la indefensión. En tanto que el artículo 76 numerales 3 y 7 letra k) de la Constitución establecen: *“3... Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”; y, “7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente...”*;

Que el inciso primero del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *“La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones”*. El artículo 11 del mismo cuerpo legal establece: *“La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia...”*; y, de acuerdo con los artículos 156 y 157 de dicho Código, la competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados; la competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley;

Que mediante la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 8 de diciembre de 2020 (artículo 45), se dispuso la creación de las juezas y los jueces especializados para el juzgamiento de los delitos relacionados con corrupción y crimen organizado, con jurisdicción de carácter nacional y sede en la ciudad de Quito, para el juzgamiento de los delitos relacionados con corrupción y crimen organizado que amparen los siguientes bienes jurídicos protegidos: humanidad, derechos de libertad, derechos de la propiedad, eficiencia de la administración pública, delitos económicos, producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, delitos contra los recursos mineros, delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, contra la estructura del estado constitucional y, terrorismo y su financiación. E igualmente se dispuso la creación de Tribunales Especializados para el juzgamiento de los delitos relacionados con corrupción y crimen organizado; y los recursos verticales derivados de autos y sentencias relacionadas con estos delitos será competente la Sala Especializada donde tenga la sede distrital (Quito, Pichincha) y que también fue creada e integrada por juezas y jueces especializados;



Que las y los jueces que conforman la Unidad Especializada en Delitos Relacionados con la Corrupción y Crimen Organizado (en adelante Unidad Especializada), **se posesionaron mediante acciones de personal de fecha 9 de diciembre de 2022**, a consecuencia de su nombramiento realizado mediante Resolución No 287-2022, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura;

Que jueces y juezas de la Unidad Especializada, han expresado sus dudas en cuanto a la competencia para conocer y resolver los procesos penales de los delitos relacionados con la corrupción y crimen organizado de conformidad a la Ley s/n reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 8 de diciembre de 2020, sobre los siguientes aspectos:

1.- Si un proceso que estuvo en conocimiento de la o el juez de primer nivel de garantías penales no especializado a nivel nacional, por haber prevenido en el conocimiento de la causa antes de la entrada en vigencia de la Unidad Especializada, y cumple con los parámetros de la Resolución No. 190-2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura, en caso de dictarse auto de llamamiento a juicio, la causa: *¿debe continuar tramitándose ante el Tribunal de Garantías Penales de su jurisdicción? o ¿debe ser conocida por el Tribunal Especializado para el Juzgamiento de Delitos de Corrupción y Crimen Organizado?*

2.- Si el Tribunal de Garantías Penales de primer nivel del país, por haber prevenido en el conocimiento de la causa antes de la entrada en vigencia de la Unidad Especializada, dicta sentencia en un proceso que cumple los parámetros establecidos en la Resolución No. 190-2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura en relación con la sentencia de la Corte Constitucional 09-22-IN, en caso de que se presente el recurso de apelación, la causa, *¿debe continuar tramitándose ante la Sala de su jurisdicción? o ¿debe ser conocida por la Sala Especializada para el juzgamiento de Delitos de Corrupción y Crimen Organizado?*

Sobre estos dos puntos es de señalar que existen casos iniciados con anterioridad al 9 de diciembre de 2022 que están siendo trasladados a la Unidad, y otros iniciados con posterioridad, que se mantienen en conocimiento de las y los jueces del país; misma situación en casos de fuero de Corte Provincial, investigación previa y flagrancia; entonces, además devienen las siguientes problemáticas:

3.- En los casos de fuero de Corte Provincial de Justicia, si estos casos son de conocimiento de los tribunales de apelación de la Unidad, *¿quién debe dirigir la etapa de instrucción fiscal, considerando que, si bien la sede de la Sala Especializada para el Juzgamiento de Delitos relacionados con la corrupción y crimen organizado es Quito y la jurisdicción es nacional, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha no tiene esas facultades y no necesariamente es especializado en materia penal, y en concreto en el juzgamiento de delitos de corrupción y crimen organizado?*

4.- En actos urgentes y otras diligencias preprocesales que necesiten autorización judicial y que forman parte de los expedientes de investigación previa, en hechos relacionados con los delitos de conocimiento de la Unidad Especializada, iniciados previo al 9 de diciembre de 2022, *¿son competentes para conocerlos sus juezas y jueces?*

5.- *¿Qué ocurre con flagrancias que suceden a nivel nacional posterior al 9 de diciembre de 2022, son de competencia de la Unidad?*

Estas problemáticas han generado multiplicidad de criterios que han influido en el desarrollo de los procesos penales, puesto que, sin interpretación uniforme, las inhibiciones son indistintas, así como se han venido generando conflictos de competencia en uno y otro sentido;

Que entonces entre juezas, jueces, tribunales de garantías penales y Salas de lo Penal del país y juezas y jueces de la Unidad Especializada para el Juzgamiento de los Delitos de Corrupción y Crimen Organizado, **existen dudas y por ende criterios indistintos de aplicación de la ley con relación al alcance de las disposiciones de los artículos 230.1, 230.2, 230.3 agregados por el artículo 45 de la Ley**

Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 8 de diciembre de 2020, en relación con los artículos 163 y 212.3 ibidem y artículos 529, 573 y 574 del Código Orgánico Integral Penal, para determinar la competencia en las investigaciones previas y procesos penales en delitos de delincuencia organizada y contra la eficiente administración pública, incluidos los casos de flagrancia y fuero de Corte Provincial de Justicia, iniciados con anterioridad y posterioridad al 9 de diciembre de 2022, fecha en que firmaron sus acciones de personal, y por ende asumieron sus funciones las y los jueces que conforman la Unidad Especializada, tanto como jueces de garantías penales, tribunales de garantías penales y tribunales de Sala de Apelación;

Que el tercer inciso del artículo 230.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que las y los jueces especializados para el juzgamiento de los delitos relacionados con corrupción y crimen organizado serán competentes para: *“1. Conocer los casos de investigaciones sobre delitos contra la eficiente administración pública, sobre crimen organizado y sus delitos relacionados, de conformidad con lo que se determine por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución; 2. Garantizar los derechos de la persona investigada o procesada durante las diferentes fases preprocesales o procesales, conforme con las facultades y deberes que les otorga la ley; 3. Ordenar y practicar los actos probatorios o diligencias investigativas urgentes que requieran autorización; 4. Dictar las medidas cautelares y de protección; 5. Conocer y resolver los requerimientos preprocesales relacionados con actuaciones y técnicas especiales de investigación, así como también medidas cautelares de incautación y detención con fines investigativos, sin necesidad de audiencia; 6. Conocer y resolver los requerimientos de reserva judicial para la investigación previa por los plazos establecidos en el artículo 585 del Código Orgánico Integral Penal; y, 7. Las demás que determine la Ley”* (negritas son nuestras);

Que los artículos 230.2 y 230.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen la competencia de los Tribunales de Garantías Penales y de Apelación Especializados, así, “Tribunales Especializados para el juzgamiento de los delitos relacionados con corrupción y crimen organizado... Las o los juzgadores serán competentes para sustanciar la etapa de juicio, dictar sentencia y realizar los demás actos procesales previstos en la ley dentro de los procesos conforme lo establecido en el número 1 del artículo 230. 1 de este Código”; y, sobre la Sala de Apelación, se establece que la misma será competente para *“el conocimiento y resolución de los recursos verticales derivados de autos y sentencias relacionadas con delitos establecidos de conformidad con el número 1 del artículo 230.1 del presente Código”* (negritas son nuestras);

Que sobre los artículos 230.1, 203.2 y 230.3 arriba mencionados, la Corte Constitucional en sentencia No. 9-22-IN/22, de fecha 19 de septiembre de 2022, resolvió: *“1 Desestimar la acción de inconstitucionalidad No. 9-22-IN. 2. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 230.1 del COFJ siempre y cuando sea interpretado de manera que las judicaturas especializadas conozcan: 2.1 Para el caso de los delitos relacionados con el crimen organizado, los previstos en el párrafo 97 de esta sentencia, además de otros, siempre que cumplan con los parámetros establecidos en el artículo 369 del COIP. 2.2 Para el caso de los delitos relacionados con corrupción, aquellos comprendidos en el párrafo 97 de esta sentencia. 2.3 En caso de conflictos de competencia, estos se resolverán de acuerdo con los mecanismos ordinarios establecidos en la ley, en concordancia con los parámetros desarrollados por el Consejo de la Judicatura en la Resolución 190-2021. 2.4 Esta interpretación condicionada tendrá vigencia hasta que la Asamblea Nacional realice las adecuaciones normativas en relación a los parámetros y catálogo de delitos que conocerán las judicaturas especializadas en crimen organizado y corrupción”*. Es decir, la Corte se pronuncia por la constitucionalidad condicionada del catálogo de delitos que el legislador, en la primera parte del artículo 230.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, remitió su construcción al Consejo de la Judicatura, situación que no es analizada ni es motivo de interpretación en la presente Resolución de este Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Haciendo notar además que la Corte Constitucional en el mencionado fallo, desechó las pretensiones que buscaban la inconstitucionalidad de los artículos 230.1, 230.2 y 230.3 ibidem, bajo el argumento de que al crear judicaturas especializadas en delitos de corrupción y crimen organizado con sede en Quito,



se establecería una barrera geográfica irrazonable para la defensa técnica, incompatible con el artículo 75 de la Constitución; también sobre una presunta incompatibilidad con el principio de desconcentración de la administración pública conforme el artículo 227 de la Constitución; y, sobre una supuesta violación al derecho a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Carta Magna;

Que al regular la competencia por prevención, el artículo 163 numerales 2 y 3 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen: **“2. Fijada la competencia con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervinientes. Sin embargo, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Las diligencias, términos y actuaciones que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente. La ley posterior mediante disposición expresa podrá alterar la competencia ya fijada. Si se suprime una judicatura, la ley determinará el tribunal o juzgado que deberá continuar con la sustanciación de los procesos que se hallaban en conocimiento de la judicatura suprimida. De no hacerlo, el Consejo de la Judicatura designará jueces temporales para que concluyan con la tramitación de las causas que se hallaban a conocimiento de dicha judicatura; 3. Fijada la competencia de la jueza o del juez de primer nivel con arreglo a la ley, queda por el mismo hecho determinada la competencia de los jueces superiores en grado”** (negrillas son nuestras);

Que en coherencia, la Disposición Transitoria Decimosexta de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial establece, **“Conocimiento de causas.- Hasta la implementación de las Unidades Judiciales, Tribunales y Salas Provinciales Especializadas para el juzgamiento de los delitos relacionados con corrupción y crimen organizado, los jueces de garantías penales continuarán conociendo las causas que se estén sustanciando y que se inicien hasta su resolución”** (negrillas son nuestras). En tanto que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial dispone: **“TERCERA.- La Unidad Judicial Penal Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado entrará en funcionamiento e iniciará sus operaciones una vez que se realicen las adecuaciones correspondientes de infraestructura, selección de personal y se haya dotado de los elementos logísticos necesarios y el Tribunal de Garantías Penales Especializado para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, iniciará sus operaciones una vez que la carga procesal amerite su conformación, considerando aspectos de eficiencia en el servicio judicial.”** (negrillas son nuestras);

Que se hace notar que la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, no ha alterado la competencia de las y los jueces y tribunales del país que estaban en conocimiento de las causas relacionadas con corrupción y crimen organizado previo a su promulgación, o previo a la fecha en que las y los jueces de la Unidad Especializada asumieron sus funciones (9 de diciembre de 2022), esta situación exige aún más la necesidad de aclarar el contenido de las normas ya citadas;

Que la Corte Constitucional en la sentencia 9-22-IN/22, estableció que: **“Como se ha verificado en párrafos precedentes, la competencia material y geográfica de las nuevas judicaturas ha sido determinada en el COFJ, que es la ley correspondiente para el efecto, sin que esto implique un cambio de reglas de trámite a procesos en curso, pues dichas judicaturas inician su ejercicio sin carga procesal. Tampoco existe una afectación al derecho a ser juzgado por juez natural, por cuanto son las propias normas impugnadas las que predeterminan la autoridad competente para conocer ciertas causas en materia penal”** (negrillas son nuestras);

Que en esa virtud, de acuerdo a las reglas de la competencia por prevención, y lo establecido en la Disposición Transitoria Decimosexta de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, los procesos penales que serían de conocimiento de la Unidad Especializada, iniciados previo al 9 de diciembre de 2022, fecha en que asumieron sus funciones las y los jueces de la Unidad, deben seguir siendo conocidas y resueltas por las y los jueces y tribunales de garantías penales del país que hayan prevenido en el conocimiento de la causa, hasta su finalización;

Que en base a las mismas reglas, y si bien las Salas de Apelación de la Unidad Especializada, están en ejercicio, no es procedente que si un tribunal de garantías penales del país, ha cerrado el juicio, y de interponerse apelación, el proceso pase a conocimiento de la Unidad en Quito, sino, tal como así lo ha establecido el legislador, la competencia para conocer los recursos verticales (apelación), en las causas iniciadas con anterioridad al 9 de diciembre de 2022, corresponde a la Sala Especializada de lo Penal o a la Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción que corresponda;

Que en cambio, todos los procesos penales, iniciados con posterioridad al 9 de diciembre de 2022, corresponde su conocimiento a la Unidad Especializada; por tanto, de existir causas tramitándose ante una o un juez o tribunal de garantías penales o Sala de Corte Provincial de Justicia del país, deben ser remitidos inmediatamente por esa jueza, juez o tribunal, a la Unidad Especializada, para continuar con su sustanciación. En este punto es indispensable determinar una excepción, esto es, las causas en las que ya se hubiere instalado la audiencia de juicio, puesto que deben ser resueltas por el juez o tribunal que la instaló, y una vez dictada la sentencia escrita y resueltos los recursos horizontales, y de haberse presentado y admitido el recurso de apelación, el proceso debe pasar a conocimiento de la Unidad Especializada. Esto tiene relación al contenido del tercer inciso del artículo 226 del Código Orgánico de la Función Judicial, además garantiza la tutela judicial y la seguridad jurídica, puesto que se permite la continuidad del juicio, núcleo de un proceso penal, y también solventa problemáticas devenidas de la casuística que podrían presentarse si no se las prevé, como por ejemplo, qué ocurre si la audiencia se llevó a cabo y aún no se emite la sentencia, ¿se traslada o no el proceso, declarando o no la nulidad?; o si la remisión es procedente si emitida la sentencia, aun no se resuelven los recursos horizontales, etc.;

Que es importante resaltar que para estos casos en los que el legislador ha reforzado la reserva de la investigación y la especialidad en los casos de corrupción y delincuencia organizada, concentrando además su conocimiento en una Unidad Judicial con jurisdicción nacional, es necesario que la competencia se deba establecer desde la investigación y posterior formulación de cargos, entendiendo también los casos de flagrancia, tal como manda el ya citado artículo 230.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con los artículos 573 y 574 del Código Orgánico Integral Penal, que establecen que para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas; que las actuaciones correspondientes a la investigación preprocesal y procesal podrán realizarse en cualquier momento; que la o el juzgador podrá autorizar, mediante resolución debidamente motivada, la realización de una audiencia fuera del horario judicial; que las audiencias de formulación de cargos originadas en casos de infracción flagrante, deberán realizarse respetando estrictamente los plazos determinados; y que *“el Consejo de la Judicatura garantizará que para el caso de infracciones flagrantes, la justicia penal funcionará las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Para el efecto, establecerá un sistema de turnos o mecanismos eficientes que aseguren la presencia inmediata de los sujetos procesales”*; en consideración además al artículo 529 ibídem que establece: *“Audiencia de calificación de flagrancia.- En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente... La audiencia oral se realizará hasta cuarenta y ocho posteriores a la aprehensión cuando esta se realice en zonas fronterizas de difícil acceso o en caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que imposibiliten el traslado de la persona aprehendida”*;

Que con estas consideraciones, las y los jueces de la Unidad Especializada deben conocer las causas flagrantes y las formulaciones de cargos a nivel país, esto por cuanto es obligación de la o el juez penal atender las causas de su materia y jurisdicción en todo momento, más aún en materia de crimen organizado, corrupción o terrorismo. En estos casos los elementos de convicción pueden ser trasladados por vía electrónica y la comparecencia del sospechoso, de ser el caso, podría darse por canales telemáticos, es decir con estos medios se logra asegurar el desarrollo de la administración de justicia, los principios de oralidad e intermediación y se evitan obstáculos para el acceso a la justicia y la defensa técnica. Teniendo en cuenta además que la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, no tiene las características



de otras diligencias, como la audiencia de juicio, siendo que su realización por vía telemática es plenamente posible. Recordemos que en este punto la Corte Constitucional en la sentencia 9-22-IN/22, determinó que: *“Por el contrario, la medida de crear judicaturas especializadas y concentrarlas inicialmente en la ciudad de Quito sería la menos gravosa, en la medida que aseguren condiciones adecuadas para el funcionamiento de la administración de justicia garantizando la seguridad personal, medidas de carácter procesal, tales como la observancia de plazos razonables, la implementación de medios tecnológicos y otras medidas que sean necesarias para no sacrificar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva”*;

Que en caso de las actuaciones preprocesales dentro de una investigación previa, abierta por delitos que son de conocimiento de la Unidad Especializada, si se ha iniciado o no con anterioridad al 9 de diciembre de 2022, y están en conocimiento de una o un juez de garantías penales del país no especializado, el expediente pasará a conocimiento de las y los jueces de la Unidad. Esto por cuanto, para nuestro análisis, no resulta relevante que el inicio de la investigación previa se haya dado con anterioridad a entrar en funciones los jueces especializados, pues para delimitar la competencia en materia procesal, y aplicar el principio de prevención, debemos sujetarnos a la fecha de inicio de la instrucción fiscal;

Que todos los supuestos analizados *ut supra*, en lo pertinente, también son aplicables para los casos de fuero de Corte Provincial de Justicia, pues la Sala Especializada de la Unidad es competente para conocer los casos de crimen organizado y corrupción a nivel nacional. Sobre la Sala, el artículo 212.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece *“Atribuciones y deberes de la presidenta o el presidente.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o el Presidente de Corte Provincial: ...3. Supervisar la instrucción fiscal en los casos de fuero de Corte Provincial, garantizando los derechos de la persona imputada o acusada y de la persona ofendida durante la etapa de instrucción fiscal”*;

Que la norma resulta ambigua, pues en los casos de los delitos de conocimiento de la Unidad Especializada, la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, donde tiene la sede la Unidad, carece de competencia nacional y tampoco es especializado en el juzgamiento de estos delitos, por ende, en un ejercicio de interpretación sistemática, en apego a la especialidad y con el fin de garantizar la seguridad de los intervinientes en los procesos, la imparcialidad, independencia y seguridad jurídica, todos ellos fines propios de la creación de la dependencia judicial especializada, corresponde que para los procesos de fuero de Corte Provincial de Justicia iniciados en todo el país luego del 9 de diciembre de 2022, la investigación deberá ser tramitada por una o uno de los jueces de la Sala de la Unidad Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado con competencia nacional, designado por sorteo, quien conocerá la investigación previa y el proceso penal hasta la finalización de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio; en tanto que el juicio, previo sorteo, se tramitará ante uno de los tribunales de la Sala de la Unidad Especializada con competencia nacional. Se debe aclarar además que, por excepción, si en la tramitación de estas causas, por falta o impedimento, se hubiese agotado el número de juezas y jueces de la Sala Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado, serán llamados por sorteo las o los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha;

Que previo a la remisión de los procesos penales en todos los supuestos analizados en esta Resolución, debe **aplicarse la figura de la inhibición, sin declarar la nulidad**, puesto que, si bien unos son de especialización, todos se tratan de la misma materia PENAL, todo ello de conformidad con el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice, *“9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento”*. La inhibición deberá ser suficientemente motivada, en relación al por qué la jueza, juez o tribunal, considera que el delito es de aquellos de conocimiento de la Unidad Especializada, para ello tomará en cuenta todos los

elementos que considere y, en particular, el pronunciamiento de Fiscalía dado en el momento procesal oportuno, esto es, el acto urgente, la formulación o la reformulación de cargos, acusación, etc.; todo ello con el fin de evitar que causas que no son de conocimiento de la Unidad Especializada, sean trasladadas ilegalmente a la sede en Quito;

Que por todo lo dicho, para cumplir los objetivos del legislador en cuanto a la sustanciación de las causas por corrupción y crimen organizado, resulta necesario que el Consejo de la Judicatura, con las justificaciones técnicas necesarias, de ser el caso estime la necesidad de nombrar al número suficiente de juezas y jueces de la Unidad Especializada para su correcto funcionamiento, especialmente las y los de garantías penales (primer nivel), y que también el propio Consejo y la Fiscalía General del Estado, reglamenten de manera inmediata el sistema de turnos de la Unidad y de las y los fiscales especializados, puesto que, a nivel nacional, ni jueces ni ciertos fiscales formados para investigar y judicializar casos de corrupción, delincuencia organizada o terrorismo, hacen turno, lo que provoca que en muchos casos, existan falencias desde la investigación e inicio del proceso penal, puesto que innecesariamente estos casos pasan por manos de una multiplicidad de juezas, jueces y fiscales para finalmente ser trasladados a la ciudad de Quito. Esta situación contradice el espíritu del legislador y la lógica del sistema, puesto que la creación de la Unidad concentrada para la prosecución de estos delitos en un solo lugar, garantiza la independencia, imparcialidad y seguridad personal de las y los jueces y de las partes procesales, la reserva de la investigación y el control judicial, con servidoras y servidores judiciales especializados o tal como determina la Corte Constitucional en la referida sentencia 9-22-IN/22, la creación de la Unidad *“permitiría superar la debilidad institucional, la falta de especialización de las autoridades judiciales y la vulnerabilidad de la seguridad en ciertas localidades que exponen al sistema judicial a mayor influencia de la corrupción, de tal suerte que permitiría alcanzar el fin determinado por el artículo 3.8 de la Constitución...”*;

Que el análisis expuesto en los considerandos anteriores, tiene como finalidad aclarar las dudas con relación al inicio del ejercicio de la competencia de las y los jueces especializados mediante un criterio jurídico único que viabilice el ejercicio de la competencia de la Unidad, esto como garantía de la seguridad jurídica; pero además la Corte Nacional de Justicia, materializa la voluntad del legislador de dotar a la administración de justicia de una **herramienta eficaz** para la lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción, garantizando a la ciudadanía su derecho a vivir en una sociedad pacífica; todo ello abunda a las reflexiones de la Corte Constitucional establecidas en la sentencia No. 9-22-IN/22, que dice: “124. Sin perjuicio de lo dicho, la Corte estima pertinente señalar que la implementación de judicaturas especializadas en corrupción y crimen organizado debe redundar en el evidente mejoramiento de la administración de justicia en este tipo de delitos, con respuestas oportunas y eficaces para los justiciables, garantizando la seguridad para las partes procesales, así como para los operadores de justicia. Esto debe ser parte de una política sostenida de fortalecimiento de la administración de justicia y no reducirse a una respuesta coyuntural frente a los hechos delictivos que son de conocimiento público, pero que responden a factores de mayor complejidad. ... 126. Las medidas para lograr una adecuada especialización de la justicia, incumbe a todos los órganos que conforman la Función Judicial o están relacionados con ella. En consecuencia, instituciones como la Fiscalía, la Defensoría Pública y la Policía Nacional deben adecuar también sus procedimientos a las condiciones bajo las cuales se crea la justicia especializada a fin de garantizar los derechos constitucionales de los justiciables. 127. De igual modo, las juezas y jueces que conforman estas judicaturas deben contar con el conocimiento especializado en estas materias y garantizar el ejercicio de los derechos de las partes que incluyen, entre otros el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la defensa técnica y no impedir o limitar el ejercicio de los derechos de las partes procesales”;

Que es necesario expedir una resolución general y obligatoria que aclare la competencia en los aspectos antes señalados a fin de garantizar a los justiciables sus derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso y la seguridad jurídica, en especial respecto del derecho a ser juzgados por una o un juez competente; y, En ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,



RESUELVE:

Artículo 1.- De conformidad con la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345, de 8 de diciembre de 2020, y de las Resoluciones No. 287-2022 y 291-2022 del Consejo de la Judicatura, que nombró a las y los jueces de la Unidad Especializada para el Juzgamiento de los Delitos de Corrupción y Crimen Organizado, quienes se posesionaron de manera efectiva el 9 de diciembre de 2022, la competencia para la sustanciación y juzgamiento de las causas que son de su materia y conocimiento, se regirá por las siguientes reglas:

a) Los procesos penales, iniciados con anterioridad al 9 de diciembre de 2022, deberán seguir siendo conocidos y resueltos por las y los jueces y tribunales de garantías penales del país que hayan prevenido en el conocimiento de la causa, hasta la finalización del proceso.

Esto comprende al recurso de apelación, que debe ser conocido y resuelto por la Sala de lo Penal o Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción en donde se previno en el conocimiento de la causa.

b) Todos los procesos penales, iniciados con posterioridad al 9 de diciembre de 2022, corresponde su conocimiento a la Unidad Especializada para el Juzgamiento de los Delitos de Corrupción y Crimen Organizado.

Si uno de aquellos procesos penales está tramitándose ante una o un juez o tribunal de garantías penales o Sala de Corte Provincial de Justicia del país, será remitido, previa inhibición debidamente motivada por esa jueza, juez o tribunal, a la Unidad Especializada para continuar con su sustanciación. Este pronunciamiento se realizará de forma inmediata al momento en que la presente Resolución sea publicada en el Registro Oficial.

Se exceptúan las causas en las que se hubiere instalado la audiencia de juicio; en estos casos, una vez dictada la sentencia y resueltos los recursos horizontales, y de haberse presentado y admitido el recurso de apelación, el proceso pasará a conocimiento de la Unidad Especializada, previa inhibición debidamente motivada.

Estas mismas reglas serán aplicables para los casos de fuero de Corte Provincial de Justicia.

c) Si Fiscalía tiene elementos que hagan presumir que el hecho se relaciona con los delitos de conocimiento de la Unidad Especializada, la detención con fines de investigación, actos urgentes y demás procedimientos investigativos previos que requieren autorización judicial a nivel nacional, serán de competencia de la Unidad. Para ello, se privilegiarán los canales telemáticos y electrónicos de comunicación entre Fiscalía y la Unidad, conforme al sistema de turnos correspondiente.

Si los actos preprocesales de una investigación previa, abierta con anterioridad al 9 de diciembre de 2022, están en conocimiento de una o un juez de garantías penales del país, el expediente pasará a conocimiento de las y los jueces de la Unidad Especializada, previa inhibición debidamente motivada. Si una investigación previa, se inició con anterioridad al 9 de diciembre de 2022, y se formuló cargos con posterioridad, el proceso penal pasará a conocimiento de las y los jueces de la Unidad Especializada, previa inhibición debidamente motivada.

d) En los casos de delitos flagrantes cometidos a nivel nacional, relacionados con aquellos de competencia de las y los jueces Especializados para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado, Fiscalía inmediatamente deberá poner en conocimiento de la Unidad, conforme al sistema de turnos y las reglas establecidas en el COIP.

En estos casos se privilegiará el uso de medios electrónicos y telemáticos para el traslado y conocimiento de los elementos de convicción y la realización de la audiencia de formulación de cargos, evitando obstaculizar el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales.

e) Para los casos de fuero de Corte Provincial de Justicia cometidos en el país, la investigación será tramitada por una o uno de los jueces de la Sala Especializadas para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado con competencia nacional, designado por sorteo, quien conocerá la investigación previa y el proceso penal hasta la finalización de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. El juicio, previo sorteo, se tramitará ante uno de los Tribunales de la Sala Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado con competencia nacional.

Si en la tramitación de las causas por fuero de Corte Provincial de Justicia, por falta o impedimento, se hubiese agotado el número de juezas y jueces de las Salas Especializadas para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado, serán llamados por sorteo las o los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

f) Las reglas de los literales c) y d) son también aplicables para los casos de fuero de Corte Provincial y de Corte Nacional de Justicia.

DISPOSICIÓN GENERAL

En caso de flagrancia, y si se ha dispuesto la audiencia por medios telemáticos, se procurará que la conexión sea, por un lado, desde la sede de la Unidad Judicial de los cantones en donde se produjo la o las detenciones, y por otro, desde la Unidad Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado; para ello, el Consejo de la Judicatura deberá implementar las facilidades de seguridad, tecnología, logística y de otra naturaleza que sean necesarias con el fin de precautelar la óptima realización de la diligencia y garantizar los derechos de los intervinientes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA.- El Consejo de la Judicatura en el término de ocho días contados a partir de la publicación de esta Resolución en el Registro Oficial, reglamentará el sistema de turnos a los que estarán sometidos las y los jueces, tribunales y Sala de la Unidad Especializada para el Juzgamiento de los Delitos de Corrupción y Crimen Organizado.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA.- A partir de la publicación de la presente Resolución en el Registro Oficial, el Consejo de la Judicatura, luego de la respectiva justificación técnica, dispondrá el nombramiento y posesión del número necesario de juezas y jueces de garantías penales para la Unidad Especializada para el Juzgamiento de los Delitos de Corrupción y Crimen Organizado, de conformidad con el banco de elegibles correspondiente.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.- A partir de la publicación de la presente Resolución en el Registro Oficial, la Fiscalía General del Estado, realizará las acciones que correspondan para que las y los fiscales especializados en la investigación de delitos de corrupción y crimen organizado, conozcan estos hechos, tanto en flagrancia, solicitudes de actos urgentes, detención, formulación de cargos, a nivel nacional, y que son de competencia de la Unidad Especializada para el Juzgamiento de los Delitos de Corrupción y Crimen Organizado.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.



Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los treinta y un días del mes de mayo del año dos mil veintitrés.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua (Voto en contra), Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yeroi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango (Voto en contra), Dr. Adrián Rojas Calle (Voto en contra), JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Rita Bravo Quijano, CONJUEZAS Y CONJUEZ NACIONAL. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



COMISO DE ARMAS

RESOLUCIÓN No. 8-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

- 1.- Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley;
- 2.- Que la facultad de esta Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de las leyes constituye una de las labores fundamentales de ella, la cual está íntimamente vinculada con las garantías de los ciudadanos y ciudadanas al pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, como son el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Esta facultad además se encuentra relacionada con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República del Ecuador;
- 3.- Que las juezas y jueces están en la obligación de administrar justicia con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y conforme a los principios y garantías que orientan el accionar de la Función Judicial, como son los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, a fin de garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia y el ejercicio eficaz y oportuno de sus derechos, según el mandato del artículo 75 de la Constitución de la República;
- 4.- Que el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho a la seguridad jurídica fundamentándolo en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;
- 5.- Que el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Carta Magna establece: *“Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ...5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. ...8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.”*;
- 6.- Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 8.3 de la Constitución de la República, es deber primordial del Estado ecuatoriano garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción; el artículo 393 ibídem, indica que el Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos;
- 7.- Que el artículo 195 de la Constitución de la República dispone que para cumplir con sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial;



8.- Que el artículo 168.6 de la Constitución de la República, determina que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo;

9.- Que el artículo 158 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos. Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial. La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional;

10.- Que el último inciso del artículo 158 de la Constitución de la República manifiesta que las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico;

11.- Que el artículo 163 de la Constitución de la República establece que la Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión fundamental es la protección interna y el mantenimiento del orden público, así como la tutela de los derechos, libertades y garantías de las y los ciudadanos;

12.- Que constitucionalmente, se encuentra establecido que los miembros de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza;

13.- Que tanto el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, así como Reglamento a la Ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, determinan que son legítimamente competentes para el manejo de armas y municiones la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, quienes constituyen la fuerza pública en el país. El artículo 60 de la citada ley establece que la Policía Nacional tiene como misión la protección interna, la seguridad ciudadana, el mantenimiento del orden público y, dentro del ámbito de su competencia, el apoyo a la administración de justicia en el marco del respeto y protección del libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional, a través de los subsistemas de prevención, investigación de la infracción e inteligencia antidelincuencial;

14.- Que el artículo 61 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público determina como algunas funciones de la Policía Nacional: "...7. Coordinar su actuación y cumplir las disposiciones de los órganos de la Función Judicial en el ámbito de sus competencias; 8. Vigilar, resguardar, proteger y preservar el lugar, indicios o vestigios relacionados con el cometimiento de una infracción, en cumplimiento de las disposiciones de la ley, reglamentos y procedimientos establecidos por el Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses; 9. Prestar a las autoridades públicas el auxilio de la fuerza que estas soliciten, en el ejercicio de sus atribuciones legales; 11. Prevenir e investigar la delincuencia común y organizada, nacional y transnacional; 12. Garantizar la cadena de custodia, vestigios y los elementos materiales de la infracción en la escena del delito; 15. Realizar operativos de control, registros y requisa en casos de porte de armas blancas en espacios públicos, en lugares de concentración pública, espectáculos públicos, escenarios deportivos o de concurrencia masiva; en el servicio público de transporte; y, en las instituciones educativas de todos los niveles conforme con lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal";

15.- Que coherentemente el artículo 123 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, determina que el ente especializado en investigación de la Policía Nacional tiene, entre otras, las siguientes funciones: "2. Realizar la investigación operativa preprocesal y procesal penal del delito, bajo la dirección y control de la Fiscalía General del Estado; 3. Recibir y cumplir las órdenes que impartan el Fiscal y el Juez competente para el descubrimiento, la investigación de los hechos delictivos y la individualización

e identificación de sus responsables; 4. Solicitar al Fiscal la realización de las diligencias necesarias para la investigación operativa preprocesal y procesal penal y cuando se considere necesario en colaboración con el personal de las entidades reguladas en el mismo Código; 8. Practicar en la investigación pre procesal y procesal penal del delito las técnicas de investigación y manejo de información conforme a la normativa establecida para el efecto”;

16.- Que el Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos de la Policía Nacional, dentro de su estructura incorpora la Gestión de Policía de Control de Seguridad Privada y Control de Armas Letales y No Letales, así como, la Gestión Nacional de Investigación de Delitos de Tenencia, Porte y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones y Explosivos. El 20 de diciembre del año 2022, el Comité Directivo del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, promulgó el Reglamento para el Proceso Integral Preliminar de Identificación Balístico, a través de los Sistemas Especializados del Componente de la Investigación de la Infracción de la Policía Nacional. El 01 de diciembre del 2022, se elaboró por parte de la Policía Nacional, el documento que contiene los “Lineamientos para la selección, entrega, transporte, registro, acopio y uso de armas de fuego y cartuchos almacenados en los Repositorios y Archivo de Referencia”;

17.- Que el 21 de abril del 2023, mediante Oficio Nro. PN-CG-2023-0592-O, suscrito por el GraD. Fausto Lenin Salinas Samaniego, Comandante General de la Policía Nacional, se pone en conocimiento de esta Alta Corte el Informe Nro. PN-DINITEC-DAO-2023-0005-INF, el cual versa sobre la “Propuesta para la entrega a la Policía Nacional de las armas de fuego y munición almacenada en los Centros de Acopio de Evidencia a nivel nacional”. Dentro del informe se establece que actualmente existen 35.764 armas de fuego y 332.228 municiones almacenadas en los Centros de Acopio de Evidencia, sin que estas tengan ningún uso; que las armas comisadas y almacenadas, pueden ser utilizadas para 5 finalidades claras: 1. Realización de pericias balísticas; 2. Desarrollo de investigación científica; 3. Formación académica; 4. Prácticas de tiro dentro del proceso de formación y profesionalización; y, 5. Dotación Policial de munición;

18.- Que el artículo 21 de la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza, establece las circunstancias en las que las servidoras y los servidores de las Fuerzas Armadas, de manera excepcional y complementaria, están autorizados para utilizar la fuerza en contextos de control del orden público, protección interna y seguridad ciudadana, bajo los principios establecidos en esta Ley. El literal f) del artículo 5 del Reglamento a la Ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, determina que es una atribución del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, ser depositario de todas las armas, municiones y explosivos incautados o decomisados a nivel nacional; especies que las llevará con inventarios y registros, en los que constarán las fechas y circunstancias en que fueron aprehendidas. El Ministerio de Defensa Nacional, mediante el GraD. (SP) Luis Lara Jaramillo, Ministro de Defensa, remite el Oficio Nro. MDN-MDN-2023-0587-OF el 18 de abril del 2023, en el cuál, solicita al Pleno de esta Alta Corte, oficiar a quien corresponda para que las armas de fuego “NO LETALES” y munición decomisada, puedan ser entregadas a las Fuerzas Armadas para ser utilizadas en el entrenamiento y empleo del personal militar a las diferentes operaciones de apoyo complementario a nivel nacional, mediante la declaratoria de beneficio social o interés público de dichos instrumentos;

19.- Que los numerales 2 y 3 del artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal, establecen las penas de comiso y destrucción de bienes respectivamente; además, su último inciso establece la posibilidad de declarar los bienes de interés público, con el fin de autorizar su uso:

*“Art. 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad.-Son penas restrictivas de los derechos de propiedad:
2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos. En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de:*

a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible.



- b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal.
- c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal.
- d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
- e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal.
- f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.

Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal.

En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

En los casos del inciso anterior, los bienes muebles e inmuebles comisados son transferidos definitivamente a la institución encargada de la Administración y Gestión Inmobiliaria del Estado, entidad que podrá disponer de estos bienes para su regularización.

Los valores comisados se transfieren a la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

Los objetos históricos y las obras de arte comisados de imposible reposición pasan a formar parte del patrimonio tangible del Estado y se transfieren definitivamente al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. En las infracciones contra el ambiente, naturaleza o Pacha Mama, contra los recursos mineros y los casos previstos en este Código, la o el juzgador, sin perjuicio de la aplicación del comiso penal, podrá ordenar la inmediata destrucción o inmovilización de maquinaria pesada utilizada para el cometimiento de estas infracciones.

3. Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción. Toda pena lleva consigo, según sea el caso, destrucción de los efectos que de la infracción provengan y de los instrumentos con que se ejecutó a menos que pertenezcan a una tercera persona no responsable de la infracción.

La o el juzgador podrá declarar de beneficio social o interés público los instrumentos o efectos de la infracción y autorizar su uso”

20.- Que las juezas y jueces, así como los tribunales de garantías penales del país, han expresado criterios disímiles sobre el contenido del artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal, puesto que la redacción no es clara en cuanto a si la o el juzgador puede o no de oficio disponer el comiso o destrucción de bienes instrumento o producto de la infracción penal, de manera especial cuando se trate de armas ya sea de fuego o no, municiones, explosivos no autorizados y accesorios; ello en relación además con la facultad concedida al juzgador para “*declarar de beneficio social o interés público los instrumentos o efectos de la infracción y autorizar su uso*”, tal como lo establece el último inciso del artículo anteriormente mencionado,

puesto que conforme está redactada la norma, parecería que se trata de un último inciso del numeral 3 (destrucción), mas no una regla a ser aplicada también para el comiso;

21.- Que por consiguiente, la redacción del artículo **69 del Código Orgánico Integral Penal**, resulta oscura, en relación con el comiso penal y la declaratoria de beneficio social o interés público de los instrumentos o efectos de la infracción para autorizar su uso. Esto no permite uniformidad de criterios en el actuar judicial al momento de establecer una pena restrictiva a los derechos de propiedad, y en particular de armas de fuego y municiones, pues unos juzgadores determinan el comiso penal de los artículos, otros ordenan su destrucción y otros han encontrado facultativo la determinación de una pena en contra de estos bienes y, por consiguiente, no han impuesto más que la pena privativa de libertad y la multa, dejando de lado el comiso o la destrucción de bienes. No teniendo total claridad de cómo proceder al momento de dictar sentencia, a fin de que los objetos estos sean entregados a la Institución pertinente para una correcta administración y destino;

22.- Que entonces, de la obscuridad del artículo 69 del COIP se desprenden los siguientes problemas jurídicos a ser resueltos por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: **1.-** ¿La o el juzgador o tribunal competente, debe resolver de oficio y obligatoriamente la situación de los bienes utilizados como instrumento o producto del ilícito, que forman parte de las evidencias dentro del proceso o sobre los que pese una medida cautelar?; **2.-** ¿Puede, a la par del comiso penal, existir por parte de la juzgadora o el juzgador o tribunal competente, la declaratoria de beneficio social o interés público de los instrumentos o efectos de la infracción para autorizar su uso?; **3.-** ¿En el caso de que los instrumentos o efectos de la infracción sean armas de fuego, municiones, explosivos no autorizados y accesorios, cómo debe el juez, jueza o tribunal competente interpretar el artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal y que destino debe dar a esos bienes?;

23.- Que el artículo 58 del Código Orgánico Integral Penal, clasifica las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, siendo privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. El artículo 69 *ibídem*, prevé a la multa, el comiso penal y la destrucción, como penas restrictivas de los derechos de propiedad. Entonces, resulta que el Estado en aplicación del *ius puniendi*, le añade a la sentencia condenatoria un efecto adicional que consiste en hacer suyos los instrumentos que sirvieron para cometer un delito o privar de las ganancias o productos obtenidos con el hecho punible;

24.- Que el Estado no busca con el comiso, desplegar efectos preventivos sobre el autor del hecho o procurar indemnizar a las víctimas por los daños causados, sino que busca despojar al responsable de los instrumentos o productos de la infracción penal y asegurarse de que estos no vuelvan a ser utilizados para un acto ilícito posterior. Estos bienes declarados en comiso sufren una traslación de dominio por imperio de ley, más allá de los efectos punitivos y resarcitorios (reparación integral) de la condena, y pasan a dominio del Estado, mediante las instituciones legamente pertinentes;

25.- Que los numerales 2, 12 y 14 del artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal establecen que entre las atribuciones de la o el fiscal están: a) Reconocer los lugares, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos con la intervención del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o personal competente en materia de tránsito; b) Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias; y, c) Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias;

26.- Que el artículo 448 del Código Orgánico Integral Penal dispone que en materia preprocesal y procesal penal, la Fiscalía organizará y dirigirá el Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses con el apoyo del organismo especializado de la Policía Nacional y personal civil de investigación, los que dependerán administrativamente del ministerio del ramo; todo ello en concordancia con los numerales 1 y 2 del artículo 443 *ibídem*: *"Atribuciones de la Fiscalía.- La Fiscalía ejerce las*



siguientes atribuciones: 1. Organizar y dirigir el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses. 2. Dirigir el Sistema de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso.”;

27.- Que el artículo 456 del Código Orgánico Integral Penal, establece que se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio. La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación;

28.- Que actualmente, existen dificultades para regular la custodia y administración de los bienes sobre los cuales no pesa medida judicial alguna o aquellos que se están en calidad de incautados, y que se encuentran embodegados dentro de los Centros de Acopio de Evidencia del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forense. Al no existir una sentencia condenatoria, ya sea porque ha existido el archivo de la investigación previa o porque en la sentencia se ratifique el estado de inocencia del sujeto activo, no se ha podido resolver la situación y destino de los bienes que forman parte de la cadena custodia y de los cuales no se ha justificado su propiedad ni su uso legal, imposibilitando declarar la destrucción, comiso y/o beneficio social o interés público de los bienes, a fin de brindar una utilidad pública de la evidencia almacenada y descongestionar así las instalaciones de los Centros de Acopio que están colapsados;

29.- Que para el problema señalado en el considerando anterior, es necesario realizar una interpretación sistemática de la norma, así, los numerales 2 y 3 del artículo 557 del Código Orgánico Integral Penal establecen: “2. La o el juzgador dispondrá que el ente encargado de la administración y gestión inmobiliaria del sector público asuma el depósito, custodia, enajenación, resguardo, control y correcta administración del bien incautado. 3. El ente encargado de la administración y gestión inmobiliaria del sector público regulará la forma de administración, custodia, enajenación, producción y cuidado de los bienes incautados, a fin de garantizar su conservación y, en el caso de devolución, su entrega o compensación económica.” Para el efecto, y en coherencia con lo señalado en los considerandos inmediatamente anteriores, la entidad pública competente es el Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forense, con sus instituciones integrantes; con base en las disposiciones de la normativa vigente;

30.- Que con base en el principio dispositivo, se confía en la iniciativa de las partes para el estímulo de la administración de justicia, así como en la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión de la o el juez, quien a su vez carece de iniciativa probatoria. La Fiscalía General del Estado es a quién le corresponde ejercicio público de la acción penal (Art. 444.3 COIP; “Formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción”) y por ese motivo, en función del principio dispositivo, será la encargada de individualizar en el juicio, cada uno de los bienes que considera como instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito y que se encuentren bajo cadena de custodia, o sobre los cuales pesa una medida cautelar, y que podrían ser objeto de pena de comiso;

31.- Que la obligación de individualizar los bienes a ser incautados en la instrucción fiscal o sobre los que se impondrá la pena de comiso en el juicio, deviene de un deber procesal de Fiscalía, que acarrea también una determinación judicial, todo ello en el marco del principio dispositivo. Es así que para la solicitud de medidas cautelares sobre los bienes, en este caso la incautación, el artículo 557.1 del Código Orgánico Integral Penal, establece que la o el juzgador a petición de la o el fiscal, podrá disponer la incautación de

conformidad con algunas reglas, entre estas: “1. *Individualizará los bienes que serán objeto de la medida, para lo cual aportará la información de los registros públicos correspondientes que permitan determinar al bien incautado y sus características*”. Igualmente, Fiscalía, en la audiencia preparatoria de juicio, debe especificar las evidencias que sustentan la decisión de acusar (art. 604 COIP), que a su vez obliga a la o el juez de garantías penales a detallarlas en la decisión de llamar a juicio (art. 608 COIP); ya en el juicio, conforme a las reglas que regulan la práctica de la prueba, (arts. 615.4 y 5; 616 y 617 COIP), entendemos que Fiscalía, expondrá el contenido y las conclusiones sobre cada uno de los bienes que considera como instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito; esto trae como consecuencia que al aplicar el artículo 69 ibídem, el juzgador debe decidir sobre la imposición o no del comiso, y si así considera y dicta la pena, debe individualizar cada uno de esos bienes comisados. En este punto es necesario aclarar que no es indispensable que Fiscalía solicite la imposición de la pena de comiso, puesto que esta es una obligación de la jueza, juez o tribunal, si es que de la valoración probatoria, considera que los bienes individualizados por la Fiscalía en el juicio, son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito;

32.- Que en procura de seguridad jurídica y con el fin de proporcionar a la jueza o al juez los elementos que le permitan resolver lo que corresponde, evitando la arbitrariedad, le corresponde a Fiscalía solicitar a la jueza, juez o tribunal, que los bienes que podrían ser comisados, puedan además ser declarados de beneficio social o interés público; este pedido lo hará en base a las pericias correspondientes, que incluye que Fiscalía también fundamente y detalle qué persona jurídica o institución pública sería la técnicamente autorizada a usar cada uno de los bienes. La jueza, juez o tribunal, aplicando el último inciso del artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal, si dicta el comiso, resolverá sobre la declaratoria de beneficio social o interés público de los bienes, en base al detalle del pedido fiscal;

33.- Que el artículo 619.3 del Código Orgánico Integral Penal, establece que la decisión oral del juicio, contendrá entre otros, la individualización de la responsabilidad penal y la pena de cada una de las personas procesadas; el artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal determina que 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; el artículo 622 del mismo cuerpo normativo establece los requisitos que debe contener la sentencia escrita, entre ellos consta, la determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, y el comiso o la orden de destrucción, y de ser el caso el beneficio social o interés público, entiéndase también de manera individualizada con relación a los bienes o productos de la infracción. La individualización de los bienes, también permite una correcta ejecución de la sentencia, puesto que por ejemplo, para el caso de la recuperación de activos ubicados en el exterior, y la activación de la cooperación judicial internacional, es indispensable que se detalle cada uno de los bienes por sobre los cuales se requerirán las medidas correspondientes al otro país;

34.- Que para preservar la eficiencia del sistema penal, en particular sobre el destino de los bienes que podrían ser objeto de una medida cautelar o de la pena de comiso, y en este último caso, además la declaración de beneficio social o interés público, la Fiscalía, desde el inicio de su actividad en el caso concreto, debe contar con la información y con las pericias pertinentes que contengan un detalle adecuado de esos bienes; al respecto tenemos algunas disposiciones útiles, por ejemplo los numerales 3 y 4 del artículo 459 del Código Orgánico Integral Penal que dicen, “3 *Las diligencias de investigación deberán ser registradas en medios tecnológicos y documentales más adecuados para preservar la realización de la misma y formarán parte del expediente fiscal*. 4. *El registro que conste en el expediente fiscal deberá ser suficiente para determinar todos los elementos de convicción que puedan fundamentar la formulación de cargos o la acusación*”, artículo 511.6 ibídem, “*Reglas generales sobre la pericia, El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma*”. Para el caso de armas, municiones, explosivos, es necesario que la pericia además contenga el detalle de su utilidad técnica y funcional; la posibilidad de que el objeto sea incautado, destruido o comisado y de ser



el caso, que resulte o no de interés público y en consecuencia se establezca a que dependencia de la **fuerza pública** podría solicitarse la autorización para su uso, esto evitaría que este tipo de objetos pase a uso de una institución privada o pública que no esté en la facultad constitucional de manejar armas en procura del interés público. Estos aspectos son importantes que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de interpretación legal, los determine, con la finalidad de que este tipo de objetos sean correctamente custodiados, incautados, comisados y puestos a disposición de la fuerza pública, evitando una especie de almacenamiento indefinido, sin una instancia responsable de su administración y con un destino incierto, con todo ello preservamos la seguridad ciudadana, derecho fundamental consagrado en la Constitución de la República;

35.- En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180, numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Artículo 1.- En la audiencia de juicio, la o el fiscal debe individualizar las armas, sus partes o piezas, explosivos, municiones o accesorios que considera como instrumentos, objeto material, productos o réditos en la comisión del delito y que se encuentren bajo cadena de custodia y que podrían ser objeto de la pena de comiso.

En la misma audiencia, la Fiscalía, con base en los informes periciales, podrá solicitar a la jueza, juez o tribunal, que en caso de dictar el comiso, declare además de beneficio social o interés público estos bienes, pidiendo que se autorice su uso a la institución pública u otra del fisco, que técnicamente considere.

Artículo 2.- La jueza, juez o tribunal, si considera que efectivamente los bienes previstos en el artículo anterior son objeto material, instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito, dictará la pena de comiso en audiencia de juicio. Al momento de motivar la sentencia, individualizará cada uno de los bienes sobre los cuales ha dictado la pena.

Impuesto el comiso, la jueza, juez o el tribunal, sobre la base del informe pericial presentado por fiscalía, en la misma audiencia de juicio, podrá declarar el beneficio social o el interés público de los bienes previstos en el artículo 1 de esta Resolución y autorizará su uso fiscal; decisión que la adoptará de forma motivada individualizando los bienes.

Artículo 3.- Las armas previstas en el artículo 1 de esta Resolución que sean encontradas por la Policía Nacional, de manera aislada o como parte de las investigaciones relacionadas con el posible cometimiento de una infracción, deben constar en el parte policial y en el formulario único de cadena de custodia respectivos, que luego serán trasladados a Fiscalía.

Posteriormente, Fiscalía de manera inmediata debe ordenar el peritaje de toda arma letal y no letal, informe que al menos debe contener: el lugar y fecha de realización del peritaje; identificación del perito; descripción del objeto y su estado de conservación; su utilidad técnica y funcional; la posibilidad de que el objeto sea incautado, destruido o comisado y de ser el caso, que resulte o no de interés público y en consecuencia la dependencia de la fuerza pública o del fisco que podría ser autorizada a usarla; la técnica utilizada en la pericia; la fundamentación científica; ilustraciones gráficas cuando corresponda; las conclusiones y la firma de la o el perito.

Todas estas armas deben ser depositadas en los Centros de Acopio de Evidencia del Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

DISPOSICION GENERAL

PRIMERA.- A partir de la publicación de la presente Resolución en el Registro Oficial, en los procesos en los cuales existe sentencia ejecutoriada de condena, pero aunque se ha declarado el comiso, no se ha dispuesto el destino de las armas, municiones, explosivos o cualquier tipo de accesorio relacionado a estos, la jueza o juez de ejecución, sobre la base del informe pericial presentado por Fiscalía, podrá declarar de beneficio social o interés público dichos bienes y autorizar su uso al Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que asuma su depósito, custodia, resguardo, control y administración.

DISPOSICIÓN FINAL

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

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dr. José Suing Nagua (voto en contra), Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Consuelo Heredia Yeroivi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez (voto en contra), Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Adrián Rojas Calle, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Carlos Pazos Medina, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Rita Bravo Quijano, CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



TRIPLE REITERACION RECLAMO DE PAGO INDEBIDO

RESOLUCIÓN No. 9-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que este delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria;
2. Que dicho procedimiento que contiene el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que, en un principio tiene efectos inter partes, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio, con efectos erga omnes:
 - Existencia de, al menos, tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre que los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.
3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009, establecen que al Pleno de la Corte Nacional le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;
4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, publicada en el Registro Oficial No. 767, de 2 de junio de 2016, expide el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de la resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

5. Que se identifica que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia reitera el criterio jurídico que se desarrolla en las sentencias que se detallan, a continuación:

- a) **Resolución No. 0171-2023**, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 17510-2019-00352, de 21 de marzo de 2023, 10h48, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gustavo Adolfo Durango Vela y Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales.
- b) **Resolución No. 0123-2023**, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 01501-2019-00081, de 27 de febrero de 2023, 12h39, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional Ponente; Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional (e) y José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional.
- c) **Resolución No. 0410-2022**, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 01501-2020-00013, de 1 de julio de 2022, 10h50, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Ponente; Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Dionicio Suing Nagua, Jueces Nacionales.
- d) **Resolución No. 0245-2022**, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 09501-2019-00395, de 22 de abril de 2022, 11h31, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Ponente; José Dionicio Suing Nagua, Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales.
- e) **Resolución No. 0200-2022**, que expide la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 01501-2019-00079, de 30 de marzo de 2022, 10h58, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional Ponente; Gustavo Adolfo Durango Vela y José Dionicio Suing Nagua, Jueces Nacionales.

6. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia desarrolla y reitera la siguiente línea argumental, con respecto del problema resuelto en los fallos ya mencionados:

- a) El derecho tributario material regula el tributo, sus caracteres y estructura, mientras que, el derecho tributario formal, regula lo referente a la aplicación y efectividad de tributo y el procedimiento, en su caso, para la aplicación o gestión de los tributos o para las resoluciones de conflictos administrativos o contencioso-tributarios.

El derecho material es donde el Estado ejerce el poder tributario en la ordenación de los tributos, que debe manifestarse de forma pacífica, ordenada y armónica. Pero, en el procedimiento es donde aparece el equilibrio entre las potestades administrativas y los derechos y garantías de los contribuyentes. El procedimiento permite canalizar una serie de derechos y deberes que deben manifestarse de una forma predeterminada legalmente, observar unos plazos, ajustarse a unas formalidades.

- b) El procedimiento y proceso tributario contiene un conjunto de principios fundamentales y garantías indisponibles que forman parte del *iter* procedimental para su correcto desarrollo y conclusión, que se deben aplicar de manera coordinada y armónica (interpretación más acorde con la Constitución), con la finalidad de garantizar un debido procedimiento o proceso y garantizar el equilibrio entre la administración y el administrado.



- c) El artículo 75 de la Constitución de la República proclama la tutela judicial efectiva de los administrados y el artículo 76 de la Norma Suprema se refiere al debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa, como valores y garantías plenamente aplicables y sin limitaciones en el proceso y procedimiento administrativo tributario, en un Estado democrático y constitucional, en la lucha contra el fraude.
- d) El artículo 301 de la Constitución de la República, al referirse al principio de legalidad tributaria, prescribe el deber genérico de contribución para el sostenimiento de los gastos públicos, sin descuidar que el sistema tributario establece límites a la gestión que realiza la administración, la que no debe sobrepasar los mandamientos constitucionales y legales y cuyo fundamento busca proteger a los contribuyentes en su derecho de propiedad. De igual manera, los artículos 300 y 301 de la Constitución sientan las bases mínimas del régimen tributario, al proclamar entre otros principios, generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria.
- e) El principio de *justicia fiscal o tributaria* que vincula al Estado —administración tributaria— contiene un mandato para que el ejercicio de la potestad tributaria se adapte, en el aspecto formal, al respeto de los derechos y garantías de los particulares —contribuyentes, administrados o sujeto pasivo—.
- f) El artículo 82 de la Norma Suprema busca, desde un punto de vista positivo, resaltar la importancia de la ley como vehículo generador de certeza; y, desde el aspecto negativo, destacar el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las arbitrariedades de los órganos del Estado.
- g) En el ámbito jurídico tributario, la devolución tributaria constituye un fenómeno de la actividad financiera por el que los sujetos pasivos tributarios recuperan los ingresos por los tributos que se pagaron, de forma indebida, al sujeto activo (ente público), pues el desplazamiento ilegítimo, indebido o sin causa de un valor del patrimonio del contribuyente a la administración tributaria, tienen en común, el injusto crecimiento patrimonial, por lo que, tal incremento, deviene en ilegítimo y se hace necesario su devolución.
- h) El pago indebido debe considerarse como tal cuando se lo efectúa sin causa, esto es, cuando se declare la inexistencia total o parcial del presupuesto objetivo que, según las normas tributarias particulares, constituyen la justificación jurídica de la obligación. En conclusión, el pago indebido es una institución por la que una persona que paga una obligación sin tener la obligación jurídica de hacerlo, tiene derecho a que el Estado le restituya lo indebidamente pagado y se inspira en los principios de legalidad, justicia fiscal, seguridad jurídica, debido proceso, igualdad e inviolabilidad de la propiedad, entre otros, como mecanismos de defensa de los contribuyentes frente a las arbitrariedades de los órganos del Estado.
- i) Tanto la doctrina como la jurisprudencia señala que el pago para que se lo considere indebido requiere dos supuestos o requisitos, que son: (1) la existencia del pago; y, (2) que el mismo resulte indebido.
- j) El artículo 122 del Código Tributario dispone: “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”.
- k) Es claro entonces que, al existir un pago por parte del sujeto pasivo conforme con un erróneo acto de determinación, sobre el cual no se presenta reclamo alguno, este es indebido y, por tanto, son

aplicables los arts. 305 y 306 del Código Tributario, para recuperar dichos valores. No obstante, en la práctica, se establecen cuestiones controvertidas en el procedimiento de devolución de ingresos por pagos indebidos.

- l) En la especie, el reclamo de pago indebido que contempla el art. 306, num. 1 del Código Tributario procede cuando se realiza un pago en función de un erróneo acto de determinación, sobre el que no se hubiere presentado reclamo alguno (acto firme), con el fin de dotar a los sujetos pasivos de mecanismos legales para recuperar los valores que se pagan de forma errada y de permitir el ejercicio del derecho de defensa de los administrados. En cambio, las reclamaciones previstas en el art. 115 del Código Tributario proceden cuando el sujeto pasivo no se encuentra conforme con los valores determinados, por lo que, sin realizar pago alguno, lo somete al litigio judicial o administrativo para su definición, bajo las condiciones que la norma tributaria prevé al respecto.
- m) Del análisis doctrinario y normativo que se efectúa, sobre la base de la aplicación de los métodos literal o lingüístico y sistemático, que precisan el significado concreto de los enunciados normativos o normas del artículo 306, numeral 1 del Código Tributario, y de la lectura integral, coherente y congruente del resto del ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional que se fundamenta en el respeto a los principios de legalidad y reserva de ley, transparencia, inviolabilidad de la propiedad, equidad, justicia fiscal, tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa y seguridad jurídica, entre otros, se considera que, en los casos en que, no se presente reclamo alguno sobre el acto de determinación que se practica, sino que, al contrario, se proceda a realizar el pago de los valores contenidos en él y luego se verifique que es errado, es pertinente presentar el reclamo de pago indebido que contempla el art. 306, num. 1 del Código Tributario, al cumplirse con los parámetros prefijados por la citada norma legal.
- n) Este criterio tampoco se contrapone, con la interpretación finalista o teleológica que señala que el fin de la norma tributaria debe propender a conseguir la efectividad de las leyes fiscales, sin descuidar el efectivo ejercicio de los derechos de los contribuyentes de los excesos estatales. En el caso en análisis, el reclamo de pago indebido que contempla el art. 306, num. 1 del Código Tributario, constituye un derecho del contribuyente y una obligación de la administración, que tiene como finalidad buscar la devolución del pago de valores al que no se encontraba obligado el deudor tributario y que se realiza en función de un erróneo acto de determinación de la administración, sobre el que no se presenta reclamo alguno (acto firme); caso contrario, se estaría frente a la figura de enriquecimiento indebido por parte del Estado.

Resulta errado señalar que lo procedente es que los contribuyentes presenten una impugnación contra el acto de determinación y no un reclamo de pago indebido, pues esta procede cuando el sujeto pasivo no se encuentra conforme con los valores determinados, por lo que, sin realizar pago alguno, lo somete al litigio judicial o administrativo para su definición. Mientras que, el pago indebido procede justamente cuando ha existido un pago y no se ha discutido el acto que lo determina.

- o) Por último, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario mantiene una línea jurisprudencial uniforme y coincidente sobre este punto —técnica legítima de interpretación: obediencia— en aras de precautelar los principios de igualdad en la aplicación de la ley e independencia judicial, al determinar dentro de su argumentación analógica que, al existir un pago por parte del sujeto pasivo, conforme con un erróneo acto de determinación, sobre el cual no se presenta reclamo alguno, es claro que, este es indebido y, por tanto, son aplicables los arts. 305 y 306 del Código Tributario, para recuperar dichos valores.
- p) En conclusión, se considera que el reclamo de pago indebido que contempla el art. 306, num. 1 del Código Tributario procede cuando se realiza un pago en función de un erróneo acto de determinación, sobre el que no se hubiere presentado reclamo alguno (acto firme), con el fin de dotar a



los sujetos pasivos de mecanismos legales para recuperar los valores que se pagan de forma errada y de permitir el ejercicio del derecho de defensa de los administrados.

En uso de la atribución prevista en los artículos 182 y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Artículo 1. Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho:

“El reclamo de pago indebido que contempla el artículo 306, numeral 1 del Código Tributario procede cuando se realiza un pago en función de un erróneo acto de determinación tributaria, sobre el que no se hubiere presentado reclamo alguno, acto firme, lo cual permite el ejercicio del derecho de defensa de los administrados.”

Artículo 2. Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN GENERAL

Primera. La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización; y, al Registro Oficial, para su inmediata publicación.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katherine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Mónica Heredia Proaño, Dra. Rita Bravo Quijano, Dr. Pablo Loayza Ortega, Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



DEJA SIN EFECTO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL TRIBUTARIO

RESOLUCIÓN No. 10-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre de 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias que emiten las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el proyecto de precedente al Pleno de la Corte, a fin de que este delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo o, en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituya jurisprudencia obligatoria.
2. Que dicho procedimiento que contiene el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que, en un principio, tiene efectos inter partes, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio, con efectos erga omnes:
 - Existencia de, al menos, tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre que los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.
3. Que el mismo artículo 185 de la Constitución, en su parte final, establece que para cambiar un criterio jurisprudencial obligatorio, la jueza o juez ponente debe sustentarse en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.
4. Que los artículos 429 y 436.1 de la Constitución señalan que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación y administración de justicia constitucional.
5. Que el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544, de 9 de marzo de 2009, dispone que las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.
6. Asimismo, el artículo 5 del prenombrado código señala que 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. A la vez, su artículo 6 establece que las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

7. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial establecen que al Pleno de la Corte Nacional le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial, a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.
8. Que el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial n.º 52, Suplemento, de 22 de octubre de 2009, con relación al precedente constitucional dispone que, los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento, tienen fuerza vinculante.
9. Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 05-2013, de 10 de julio de 2013, confirma los razonamientos que expone la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario y declara como precedente obligatorio el criterio acerca de la facultad determinadora de la administración aduanera en el cambio de las partidas arancelarias, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades, que se encuentra contenido en los fallos de triple reiteración: (1) Resolución No. 261-2013, de 30 de mayo de 2013, recurso de casación No. 450-2011; (2) Resolución No. 332-2012, 9 de noviembre de 2012, recurso de casación No. 102-2011; y, (3) Resolución No. 273-2013, de 30 de mayo de 2013, recurso de casación No. 240-2011.
10. Que mediante sentencia constitucional No. 035-14-SEP-CC, caso No. 1989-12-EP, de 12 de marzo de 2014, dentro de la acción extraordinaria de protección se deja sin efecto el recurso de casación No. 102-2011, resolución No. 332-2012, 9 de noviembre de 2012, que dicta la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y que constituye una de las sentencias en las que se fundamenta la Resolución No. 05-2013, de 10 de julio de 2013.
11. Que la sentencia constitucional No. 943-15-EP/21, caso No. 943-15-EP, de 21 de abril de 2021, señala que el criterio contenido en la sentencia constitucional No. 035-14-SEP-CC, caso No. 1989-12-EP, de 12 de marzo de 2014, constituye un precedente vinculante para la Corte Nacional de Justicia aplicable al recurso de casación No. 2013-0312, objeto de estudio, al existir identidad fáctica y jurídica.
12. Que de acuerdo con lo que señalan las sentencias constitucionales: No. 1797-18-EP/20, caso No. 1797-18-EP, 16 de diciembre de 2020; y, No. 2971-18-EP/20, caso No. 2971-18-EP, 16 de diciembre de 2020, uno de los presupuestos para que una opinión de la Corte Nacional de Justicia constituya jurisprudencia obligatoria es que dicho criterio se reitere por tres ocasiones. “Si una de las decisiones que conforman un fallo de triple reiteración es dejada sin efecto por parte de la Corte Constitucional, eso implica –al menos en los casos en que únicamente existen tres fallos reiterados– que el presupuesto constitucional para que el criterio de la Corte Nacional de Justicia constituya jurisprudencia vinculante ya no se cumple”.

Además, dichas resoluciones disponen a la Corte Nacional de Justicia, que, en el marco de sus competencias para el desarrollo del sistema de precedentes fundamentados en fallos de triple reiteración, verifique la vigencia de los fallos que conforman el precedente de triple reiteración contenido en la Resolución No. 05-2013 y, de ser el caso, deje expresamente sin efecto el contenido de dicha resolución o sustituya los fallos de triple reiteración que la conforman.

13. Que la sentencia No. 3215-17-EP/23, caso No. 3215-17-EP, de 15 de febrero de 2023, concluye que la falta de aplicación del precedente constitucional No. 035-14-SEP-CC, por parte de los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia dictada el 11 de octubre de 2017, vulnera el derecho a la seguridad jurídica en perjuicio de la compañía accionante. Por ello, en su decisión exhorta al Pleno de la Corte Nacional de Justicia a rever el criterio jurisprudencial de la resolución No. 05-2013 por contradecir un precedente constitucional en los términos de esta sentencia y las sentencias No. 1797-18-EP/20 y 2971-18-EP/20.
14. Que la sentencia No. 413-18-EP, caso No. 413-18-EP, de 2 de agosto de 2023, señala que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para dictar la resolución No. 05-2013, considera como uno de los fundamentos la resolución No. 332-2012, de 9 de noviembre de 2012, recurso de casación No. 102-2011, que se deja sin efecto por la sentencia No. 035-14-SEP-CC, por lo que, dicha sentencia dejó de existir. Por ello, exhorta al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para que revise la resolución No. 05-2013 por contradecir un precedente constitucional en los términos de esta decisión y de la sentencia No. 3215-17-EP/23.
15. Que la jueza constitucional Karla Andrade, a través de un auto dentro del caso No. 557-18-EP, de 25 de agosto de 2023, que se origina dentro de una “acción extraordinaria de protección” dispone: “Notifíquese con el contenido del presente auto, al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que el Organismo al que representa, dentro del término de siete días constados a partir de la notificación de esta providencia, remita a esta Corte un informe argumentado y detallado respecto de la constitucionalidad de la Resolución No. 05-2013, emitida el 10 de julio de 2013 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia”. Debe agregarse que la Corte Constitucional otorga una prórroga de diez días término para la presentación del referido informe.
16. Que mediante oficio No. 1150-P-CNJ-2023, de 7 de septiembre de 2023, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, dirigido a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, se solicita que se emita, en coordinación con la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la institución, un informe acerca de lo requerido por la Corte Constitucional, con la finalidad de que sea puesto en conocimiento del Pleno del organismo, para resolver lo que corresponda.
17. Que mediante oficio No. 026-DIRJUR-CNJ-2023, de 8 de septiembre de 2023, la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas remite a la presidenta de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la institución, el informe técnico con respecto a la resolución No. 05-2013, de 10 de julio de 2013, con el fin de que sea puesto en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el cual es aprobado en esa misma fecha por la presidenta de la referida sala especializada. Los principales aspectos de la línea argumental de dicho informe señalan:
 - a) Para que un precedente sea hetero-vinculante en sentido horizontal para la Corte Nacional de Justicia se requiere: **(a)** una regla rígida de triple reiteración de la jurisprudencia con relación a un mismo punto de derecho; y, **(b)** una regla de acreditación oficial que señale el organismo que anuncie que existe precedente, en este caso, el Pleno de la CNJ.
 - b) Las sentencias que dicta la Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 429 y 436, numeral 1 de la Constitución, constituyen *precedente vertical* vinculante para los jueces de la Corte Nacional de Justicia. Por ello, la justicia ordinaria tiene la obligación de observar dichos precedentes constitucionales en aras de precautelar la seguridad jurídica, la confiabilidad y la certeza.
 - c) De la lectura de la resolución No. 05-2013, de 10 de julio de 2013, que adopta el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se desprende que esta ratifica como precedente obligatorio el criterio acerca de la facultad determinadora de la administración aduanera en el cambio de las partidas



arancelarias; dicho criterio jurisprudencial se encuentra contenido en los fallos de triple reiteración: (1) Resolución No. 261-2013, de 30 de mayo de 2013, recurso de casación No. 450-2011; (2) Resolución No. 332-2012, 9 de noviembre de 2012, recurso de casación No. 102-2011; y, (3) Resolución No. 273-2013, de 30 de mayo de 2013, recurso de casación No. 240-2011.

- d) Luego, de la revisión de la sentencia constitucional No. 035-14-SEP-CC, caso No. 1989-12-EP, de 12 de marzo de 2014, se desprende: (1) Que la resolución No. 332-2012, que dicta la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario dentro del recurso de casación No. 102-2011 constituye una de las sentencias en las que se fundamenta la Resolución No. 05-2013, de 10 de julio de 2013. (2) Que dicha sentencia deja sin efecto la sentencia de casación impugnada, lo que implica que deja de tener validez y vigencia. (3) Que conforme con lo que señala la sentencia constitucional No. 2403-19-EP/22 y, en virtud de los principios de supremacía y aplicación directa de la Constitución y el carácter vinculante de los precedentes constitucionales, estos deben obedecerse desde su expedición (efecto ex nunc), salvo que la Corte Constitucional les otorgue a dichas decisiones otro tipo de efectos.
- e) Por lo expuesto, al verificarse que la Resolución No. 05-2013, no cuenta con uno de los fallos de triple reiteración que sirve de fundamento para expedir dicha resolución, ya que fue dejado sin efecto por la Corte Constitucional mediante sentencia No. 035-14-SEP-CC, de 12 de marzo de 2014, el que constituye jurisprudencia constitucional vinculante para la justicia ordinaria (principio de supremacía constitucional), se sugiere que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario solicite al Pleno de la Corte Nacional de Justicia decida, de forma expresa, dejar sin efecto el referido precedente obligatorio contenido de la resolución No. 05-2013, de 10 de julio de 2013, puesto que ya no se cumplen los presupuestos mínimos señalados en la normativa jurídica vigente. De esta manera, se precautelen los principios y derechos constitucionales.

En uso de la atribución prevista en los artículos 184.2 de la Constitución de la República y 182 y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUELVE:

Artículo 1.- El precedente jurisprudencial No. 05-2013, de 10 de julio de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 57, de 13 de agosto de 2013, que establecía que *“El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ex CAE) en el ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades”*, ha dejado de tener efectos jurídicos obligatorios.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katherine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, CONJUEZ Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.



ACLARA DUDAS RESPECTO PALABRA SUPERVISION EN ART 109 NUMERAL 1 COFJ

RESOLUCIÓN No. 11-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

- 1.- Que en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece: *“el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”* El artículo 82 ibidem, reconoce el derecho a la seguridad jurídica fundamentándolo en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. El artículo 76.3 de la Constitución, dentro del debido proceso, se determina a una de las dimensiones del principio de legalidad, que se refiere a la necesidad de que exista un procedimiento claramente pre establecido por el ordenamiento jurídico;
- 2.- Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley;
- 3.- Que esta facultad de la Corte Nacional de Justicia, se encuentra relacionada con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplado en el artículo 11, numeral 8 de la Carta Magna que establece: *“Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”*; así como también es un pilar de la seguridad jurídica, puesto que con el ejercicio de esta atribución, se garantiza la previsibilidad, por medio de la unificación en la aplicación e interpretación de las normas infraconstitucionales;
- 4.- Que el artículo 167 de la Constitución determina 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 artículo 168 ibidem establece que: *“La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.”* (El énfasis nos pertenece). El artículo 177 de la Carta Magna destaca que: *“La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.”*;
- 5.- Que el artículo 178 de la Constitución, establece que: *“Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:*



“1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. [...]”;

6.- Que el artículo. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que: “A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: **1. Vulnerar, a pretexto de ejercer facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial;**” (El énfasis nos pertenece);

7.- Que el numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, hace referencia a una sanción por el abuso en la facultad de supervisión por parte de una o un servidor judicial en perjuicio de la independencia judicial; consideramos que para entrar en materia, primero es necesario distinguir entre las y los servidores que tienen facultad jurisdiccional, en este caso puntualmente juezas y jueces, de aquello que ostentan una facultad administrativa. Es así que en **PRIMER LUGAR**, en relación a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que: “**Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.**” (El énfasis nos pertenece);

8.- Que el artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que: “Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial: 1. Las juezas y jueces; las conjuezas y los conjueces, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel; 2. Las juezas y jueces temporales, mientras estén encargados de la unidad; 3. Las vocales y los vocales, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en el Consejo de la Judicatura; 4. La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría Pública; 5. Las notarias 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; y, 6. Quienes sean designados servidoras y servidores judiciales provisionales para prestar servicios en los órganos de la Función Judicial.”;

9.- Que el artículo 123 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que: “Los jueces, juezas, fiscales, defensoras y defensores, están sometidos únicamente a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley. Las providencias judiciales dictadas dentro de los juicios, cualquiera sea su naturaleza, sólo pueden ser revisadas a través de los mecanismos de impugnación ordinarios y extraordinarios, establecidos en la ley. **Ninguna autoridad pública, incluidos las funcionarias y los funcionarios del Consejo de la Judicatura, podrá interferir en las funciones jurisdiccionales, mucho menos en la toma de sus decisiones y en la elaboración de sus providencias.** Los reclamos de los litigantes por las actuaciones jurisdiccionales de las juezas y jueces en la tramitación y resolución de las causas, no podrán utilizarse como mecanismos de presión a favor del quejoso o reclamante, y se adoptarán las medidas necesarias para evitarlo. **Los servidores y servidoras judiciales están obligados a denunciar cualquier injerencia o presión indebida en el ejercicio de sus funciones.**” (El énfasis nos pertenece);

10.- Que el artículo 124 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que: “El juez que conozca de una causa, en virtud de la interposición de un recurso, **está obligado a revisar si las servidoras y servidores de la Función Judicial observaron los plazos y leyes que norman la tramitación y conclusión de los procesos, y de ser el caso comunicar al Consejo de la Judicatura, a fin de que ejerza el correspondiente control disciplinario en caso de que advierta que ha habido violación del ordenamiento jurídico.** En ningún caso los tribunales, juezas o jueces podrán asumir

atribuciones sancionadoras, invadiendo el campo de atribuciones del Consejo de la Judicatura.” (El énfasis nos pertenece);

11.- Que el artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que: “A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: 1. Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella; 2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente; 3. Resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la Función Judicial; 4. Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones injuriosas, ofensivas o provocativas, sin perjuicio de la respectiva sanción; 5. Denunciar ante las autoridades competentes los casos de ejercicio ilegal de la abogacía; 6. Prestarse mutuo auxilio para la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias y se hayan ordenado en la sustanciación de los asuntos judiciales; 7. Requerir de toda autoridad pública o de instituciones o personas privadas el auxilio que demande en el ejercicio de sus funciones; 8. Presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen; 9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. [...] 10. Si al resolver una cuestión hubiere mérito para proceder penalmente, el tribunal, jueza o juez de la causa dispondrá en la sentencia o el auto definitivo que se remitan los antecedentes necesarios a la Fiscalía General. [...] 11. Ejercer las demás atribuciones establecidas por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes y los reglamentos.”;

12.- Que el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece: “Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios; 2. Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales; 3. Propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho; 4. Motivar debidamente sus resoluciones.[...]; 5. Velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley; 6. Vigilar que las servidoras y los servidores judiciales y las partes litigantes que intervienen en los procesos a su conocimiento, cumplan fielmente las funciones a su cargo y los deberes impuestos por la Constitución y la ley; 7. Disponer la comparecencia de las partes procesales, testigos y peritos, cuya presencia sea necesaria para el desarrollo del juicio, por medio de la Policía Nacional.[...]. 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión; 9. Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados; 10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad; 11. Procurar la conciliación y acuerdo de las partes ante la o el juzgador durante el proceso judicial cuando la ley lo permita; 12. Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, ésta pudo ser alegada al promoverse el petitorio anterior; 13. Rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvenções, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución.[...]”;

13.- Que el artículo 132 del cuerpo de leyes citado regula: “En cumplimiento de lo que dispone el artículo 75 de la Constitución de la República las juezas y jueces pueden: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal [...]; y, 2. Remitir los antecedentes a la Fiscalía General, si estimare que la resistencia a la orden judicial pueda encuadrar en infracción penal.”;



14.- El artículo 199 ibidem, determina que: ***“A la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 1. Representar a la Función Judicial. Esta representación no deberá entenderse como la representación legal que, para fines de administración y gobierno, le corresponde a la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura; 2. Elaborar la agenda, convocar y presidir el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; 3. Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado; 4. Poner en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas; 5. Conceder licencia hasta por ocho días a los jueces y demás servidores de la Corte Nacional de Justicia; y, 6. Los demás asuntos que establezca la ley.”*** (El énfasis nos pertenece);

15.- Que además el Código Orgánico de la Función Judicial, establece expresamente las competencias de las y los jueces conforme a su investidura y especialidad, entendiéndose todas como de su ejercicio jurisdiccional; tal es el caso de las y los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, sus presidentes, así como de las y los presidentes de Cortes Provinciales, juezas y jueces laborales, civiles, de familia, niñez y adolescencia, penal, violencia contra la mujer, contencioso administrativo, contencioso tributario, de corrupción y crimen organizado, entre otros.

16.- Que en **SEGUNDO LUGAR**, en lo que corresponde al ámbito administrativo de la Función Judicial, ejercida por servidores diferentes de aquellos que por mandato constitucional ejercen la potestad jurisdiccional (juezas y jueces), el artículo 181 de la Constitución de la República, establece que: ***“Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley: 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial. 2. Conocer y aprobar la pro forma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos. 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas. 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial. 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial. [...]”*** (El énfasis nos pertenece);

17.- Que el artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que al Pleno del Consejo de la Judicatura, le corresponde: ***“3. Aprobar, actualizar y supervisar la ejecución del plan estratégico de la Función Judicial.”*** El artículo 269 ibidem, establece que entre las funciones de la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura le corresponde: ***“2. Elaborar el orden del día; convocar y presidir las sesiones del Pleno, y supervisar el cumplimiento de las resoluciones;”*** (El énfasis nos pertenece) en concordancia con la Resolución 184-2016 de fecha 30 de noviembre de 2016;

18.- Que el artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que a la Directora o al Director General del Consejo de la Judicatura le corresponde: ***“Dirigir y supervisar la administración de los recursos humanos, financieros, administrativos de la Función Judicial y los procesos de selección, evaluación, formación profesional y capacitación continua, en el ámbito de su competencia.”***; (el énfasis nos pertenece) en concordancia con la Resolución 184-2016 de fecha 30 de noviembre de 2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura que establece adicionalmente la facultad de supervisar los procesos de contratación pública;

19.- Que la Resolución 048A-2018, de fecha 14 de agosto de 2018, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, en su artículo 3 determino que los delegados provinciales del Consejo de la Judicatura tienen entre sus funciones el **supervisar** y controlar la elaboración de bases de datos, sobre Jueces suplentes y Conjueces de Corte Provincial; y, supervisar el control del personal que labora en la Provincia a su cargo. La Resolución 184-2016 de fecha 30 de noviembre de 2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura, establece la facultad de los Directores Nacionales el **supervisar** y evaluar en coordinación con las Direcciones Provinciales y otros organismos del Estado el cumplimiento de las funciones delegadas;

20.- Que el anexo de la Resolución 039-2016, de fecha 14 de marzo de 2016, del Pleno del Consejo de la Judicatura, en su sección 2.1.1, literal a) determina como funciones de los Presidentes de Salas de la Corte

Nacional de Justicia: **“Supervisar el desempeño eficiente y eficaz de su sala, así como fomentar las relaciones cordiales entre los servidores de su sala.”**; literal g): **“Supervisar que en su sala no se produzcan fallos contradictorios y de ser el caso informar al Presidente de la Corte Nacional de Justicia para que lo ponga en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.”** (Énfasis nos corresponde) La norma en mención en su sección 2.1.2, literal g) determina como funciones de los Jueces de Salas de la Corte Nacional de Justicia: **“Supervisar el eficiente, eficaz y oportuno desempeño del equipo de su despacho.”** (Énfasis nos corresponde);

21.- Que el anexo de la Resolución 039-2016, de fecha 14 de marzo de 2016, en su sección 2.1.4 determina como funciones de los Secretarios relatores de Salas de la Corte Nacional de Justicia, en su literal f): **“Supervisar la labor de los ayudantes judiciales en la elaboración de los proyectos de providencia de mero trámite, oficios, actas de notificación y citación y demás actividades dispuestas por el secretario de sala”**; y en el literal h): **“Supervisar la adecuada organización del archivo activo y pasivo de la sala. [...]”** (Énfasis nos corresponde) En la norma en mención en la sección 2.1.4 literal I) determina como funciones del Secretario General de la Corte Nacional de Justicia el: **“Supervisar la adecuada organización del archivo activo y pasivo de la Secretaría General. [...]”** Y en el literal m): **“Supervisar el área de información de la Corte Nacional de Justicia para proveer al usuario de información integral respecto a los trámites, procesos y competencias de la Institución.”**;

22.- Que teniendo en cuenta las normas que diferencian la actividad administrativa de la jurisdiccional, ejercida por unos y otros servidores judiciales cuya naturaleza es diferente; juezas y jueces del país, en la sesión de trabajo llevada a cabo el 22 de agosto de 2023, en donde se trataron temas relativos al régimen disciplinario de la Función Judicial, en ese espacio juezas y jueces expresaron dudas respecto a la alcance del numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial; en lo relativo a la aplicación de la infracción disciplinaria: **“Vulnerar, a pretexto de ejercer facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial”**, puesto que no está claro qué servidoras o servidores de la Función Judicial podrían estar inmersos (sujetos activos) en esta infracción, en especial, cuando se trata de juezas y jueces que, en virtud de la Constitución y la ley, ejercen facultades jurisdiccionales y no de supervisión administrativa. En dicha sesión se concluyó, entre otros, que la Corte Nacional de Justicia, estimará aclarar la citada disposición jurídica, dotándole de su correcto alcance. Para ello, es pertinente identificar el problema jurídico, mismo que puede ser resumido de la siguiente manera: **¿Las y los jueces del país, cuando actúan exclusivamente en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, ejercen o no facultad de supervisión de carácter administrativa, que implique que su ejercicio se adecue a la infracción disciplinaria contenida en el numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial?**;

23.- Que la Corte Constitucional, respecto al derecho disciplinario, ha establecido lo siguiente: **“[...] el Derecho administrativo sancionador y el Derecho disciplinario, de forma diferenciada y autónoma, aunque no necesariamente aislada al Derecho penal, regulan la determinación de la responsabilidad administrativa a la cual está sujeta todo servidor y servidora pública, según el artículo 233 de la Constitución. Esta diferenciación y autonomía implican ciertas especificidades de tipificación al concretar el principio de legalidad.”**;

24.- Que el derecho disciplinario tiene como finalidad vigilar y controlar la conducta de los servidores públicos, conforme a los principios rectores de la norma legal vigente, para permitir el cumplimiento de los fines e intereses del Estado, toda vez que la responsabilidad administrativa de los servidores públicos y/o judiciales, se configura a partir de los actos u omisiones que cometan los servidores en el ejercicio de sus funciones, tal cual lo preceptúa el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando establece que: **“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos [...]”**. Dicha responsabilidad administrativa de los servidores públicos y/o judiciales debe ser declarada por el órgano o autoridad competente, en otras palabras, no podemos hablar de responsabilidad administrativa sin hacer mención del órgano o autoridad administrativa a quien corresponde declararla.”;



25.- Que los sistemas de justicia se caracterizan por la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, ya que soluciona los conflictos y disminuyen la corrupción, discriminación y abuso de autoridad en las instituciones, tal es así que los artículos 167 y 168 de la Constitución, determinan que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, a través del cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, garantizando que los estos órganos, es decir juezas y jueces gozarán de independencia interna y externa;

26.- Que es necesario recalcar que toda violación al principio de independencia judicial, entendida como una garantía del ciudadano a contar con juezas y jueces independientes, conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal ya que el sistema de justicia tiene la obligatoriedad de proteger los derechos humanos y promover el Estado de derecho, es por eso que el artículo 123 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que: *“Los jueces, juezas, fiscales, defensoras y defensores, están sometidos únicamente a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley. Las providencias judiciales dictadas dentro de los juicios, cualquiera sea su naturaleza, sólo pueden ser revisadas a través de los mecanismos de impugnación ordinarios y extraordinarios, establecidos en la ley. Ninguna autoridad pública, incluidos las funcionarias y los funcionarios del Consejo de la Judicatura, podrá interferir en las funciones jurisdiccionales, mucho menos en la toma de sus decisiones y en la elaboración de sus providencias. [...]”* (El énfasis nos pertenece)

27.- Que con estas consideraciones preliminares, es necesario definir si el ejercicio de supervisión descrito en el numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, se debe entender como una facultad administrativa que en su contenido esencial abarca aquellos actos de gestión de una función encaminada a la satisfacción de las necesidades dentro del servicio judicial; o, una facultad jurisdiccional que implica la actuación de la jueza o el juez en la sustanciación y decisión de un caso venido a su conocimiento;

28.- Que la infracción disciplinaria grave prevista en el numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, se caracteriza por los siguientes elementos: **1.-** Una vulneración o violación al principio de independencia judicial; y, **2.-** Que esta vulneración sea ejercida bajo el pretexto o usando como excusa, el supuesto ejercicio de una facultad de supervisión que ostenta una o un servidor judicial;

29.- Que la definición de supervisión constituye aquella actividad que conlleva un ejercicio de vigilancia o dirección de la realización de una actividad determinada por parte de una persona con autoridad o capacidad para ello, ya que quien supervisa debe encontrarse en una situación de superioridad jerárquica, ya que tiene la facultad de determinar si la acción supervisada es correcta o no, toda vez que la supervisión es el acto de vigilar ciertas actividades de tal manera que se realicen en forma satisfactoria, más no como un obstáculo para la obtención de los fines de la administración de justicia. Bajo este primer entendimiento, claramente la actividad de supervisión es netamente administrativa, y escapa al ámbito jurisdiccional, pues en éste, no encontramos que, una jueza o un juez pueda establecer la corrección o no de un actuar judicial de un inferior (jueza o juez), sino que, desde el ámbito jurisdiccional, y conforme a las facultades de las y los juzgadores, lo que corresponde es que, desde el proceso judicial, puede revisar una decisión judicial adoptada por una jueza o juez inferior en grado (lo que no es lo mismo a jerarquía administrativa inferior, puesto que esta idea se contrapone a la independencia judicial), como un efecto del ejercicio del derecho a impugnar, en las formas que la ley prevé;

30.- Que abundando, es necesario reiterar que las y los jueces tienen entre sus funciones de conformidad con los artículos 129 y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial las facultades y deberes genéricos relativos a la aplicación de la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella; administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente; resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la Función Judicial; cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios; velar por una

eficiente aplicación de los principios procesales; propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho; motivar debidamente sus resoluciones; y, procurar la celeridad procesal;

31.- Que en cambio, la supervisión de los sistemas de justicia implica un enfoque global que se ocupa del funcionamiento general del sistema y sus instituciones, es decir una visión netamente administrativa, que como ya ha sido enunciado en considerandos anteriores, la Constitución y la ley prevé para las y los funcionarios del Consejo de la Judicatura, toda vez que la supervisión del sistema de justicia tiene por objeto regular el correcto funcionamiento administrativo de la Función Judicial, identificando los problemas que lo impiden; entonces a diferencia de las juezas y jueces que tienen una facultad jurisdiccional; el Consejo de la Judicatura, tiene la facultad de supervisar el ejercicio de las actividades administrativas del Poder Judicial;

32.- Que debemos insistir que la labor de supervisión es una tarea fundamental del Consejo de la Judicatura y está implícita en sus facultades, pues está dirigida a orientar e impulsar la responsabilidad estratégica de la Función Judicial y controlar las instancias de gestión a través de la vigilancia. Reforzamos entonces el entendimiento del porqué esta labor de supervisión no puede ser ejercida por parte de las y los jueces, no solo debido a que la ley así no lo establece, situación suficiente para este análisis, sino que el legislador entiende que la naturaleza misma de las facultades del juzgador, no corresponden con ese ámbito administrativo, puesto que los jueces desarrollan sus funciones en la sustanciación del proceso judicial y en el momento de la emisión de los fallos, actividad netamente jurisdiccional; todo ello, es decir esta distinción con lo administrativo, justamente procura preservar la independencia del juez.

33.- Que por otro lado, de la estructura orgánica del Consejo de la Judicatura se evidencia como cada uno de sus miembros cumplen funciones específicas, entre las cuales se encuentran las de supervisión, por ejemplo, el Consejo, a través de su Presidente, tal cual lo prescribe el artículo 269 del Código Orgánico de la Función Judicial, tiene la obligación de **supervisar** el cumplimiento de las resoluciones emitidas por parte del Pleno tutelando así el derecho y la seguridad jurídica; o, el artículo 264 *ibidem*, que establece que al Pleno de ese organismo le corresponde **supervisar** la ejecución del plan estratégico de la Función Judicial

34.- Que en coherencia, existen labores de supervisión que están a cargo de las diferentes direcciones que tiene el Consejo de la Judicatura, por ende en aplicación del principio de jerarquía administrativa podemos observar como el Consejo ha determinado una ordenación específica con diferentes competencias dentro de una misma organización que tiene un fin común, el cual es satisfacer las necesidades inherentes al sistema de administración de justicia. Es así que encontramos funciones de supervisión entregadas a ciertos funcionarios como por ejemplo a la Directora o al Director General del Consejo de la Judicatura, el cual de conformidad con el artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial, le corresponde dirigir y **supervisar** la administración de los recursos humanos, financieros, administrativos de la Función Judicial y los procesos de selección, evaluación, formación profesional y capacitación continua, en el ámbito de su competencia, función que se replica en otras Direcciones Nacionales, Subdirecciones Nacionales y Direcciones Provinciales que mantiene el Consejo de la Judicatura.

35.- Que cuando un juez o tribunal en la tramitación o decisión de uno hechos que integran un proceso judicial sometido a su competencia, ya sea como juzgador de primer nivel o superior en grado, sortea; sustancia; resuelve en audiencia; sienta en sentencia; es jueza o juez ponente de un tribunal; conoce un recurso vertical; señala audiencias; etc, lo que realiza es un ejercicio de su actividad jurisdiccional y de ser el caso, de control de la legalidad del proceso, en pleno ejercicio de sus atribuciones claramente establecidas en la ley, lo que de ninguna manera implica un acto de supervisión administrativa. No cabe duda además que la facultad de revisión de un proceso, a raíz del ejercicio del derecho a impugnar, no se corresponde como una actividad de supervisión;

36.- Que con este marco, de manera general, las y los jueces cumplen una función jurisdiccional; pero la ley y los reglamentos del propio Consejo de la Judicatura, de **manera excepcional** otorga facultades de



supervisión administrativa a juezas y jueces, por ejemplo, podemos destacar que el anexo de la Resolución 039-2016, de fecha 14 de marzo de 2016, determina como funciones específicas de los Presidentes de Salas de la Corte Nacional de Justicia el supervisar el desempeño eficiente y eficaz de su sala, así como fomentar las relaciones cordiales entre los servidores de su sala; esto como una muestra de que este ejercicio administrativo, que por regla esta dado al Consejo de la Judicatura, por excepción, y debido a las funciones e investidura de ciertos jueces y juezas, puede ser atribuido a ellos, con el fin de coadyuvar al correcto y eficiente servicio de justicia; igualmente, la misma norma es tan clara cuando determina como funciones de los Jueces de Salas de la Corte Nacional de Justicia las de supervisar el eficiente, eficaz y oportuno desempeño del equipo de su despacho;

37.- Que igualmente, ciertos funcionarios de la carrera jurisdiccional (no juezas y jueces) cumplen con esa tarea de supervisión, entendida como una responsabilidad de dirección, guía y control, nuevamente acudimos a la resolución 039-2016 ya mencionada y su anexo, en donde el Consejo de la Judicatura otorga a los Secretarios relatores de Salas de la Corte Nacional de Justicia, la realización de una actividad de supervisión respecto a los ayudantes judiciales; o el Secretario General de la Corte Nacional de Justicia respecto a la adecuada organización del archivo activo y manejo de información;

38.- Que hay que destacar que la facultad de supervisión entregada a las y los Presidentes de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, establecida en el artículo 202.4 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: *“Supervisar que en su Sala no se produzcan fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho”*, es a todas luces una facultad jurisdiccional y no administrativa, pues es inherente a la actividad de la Sala con respecto a sus fallos; de igual manera la establecida en el artículo 212.3 *ibidem*, que señala que las y los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia, deberán supervisar la instrucción fiscal en los casos de fuero de Corte Provincial, que además es entendida como la facultad de ejercer como jueces de instrucción; se excluye también de la facultad de supervisión administrativa aquella dada en el artículo 217.2 *ibidem*, que hace mención a que las y los jueces de los tribunales contenciosos administrativos deben supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos y la potestad reglamentaria de la administración tributaria como también las acciones judiciales que se incoen para su inactividad. Finalmente, también se excluye del entendimiento de supervisión administrativa, al ejercicio de la potestad de juezas y jueces de establecer o no la existencia de yerro vía declaración jurisdiccional previa, de conformidad con los artículos 109 numeral 7, 109.2, 109.3, 109.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y la Resolución 04-2023, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, puesto que esta actividad nace de la posibilidad de revisión de la actuación jurisdiccional dentro de un proceso judicial, que es posible solo por parte de juezas y jueces superiores en grado; todo ello en resguardo de la independencia judicial, tal como así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia No. 3-19-CN/20 de 24 de julio de 2020;

39.- Que la responsabilidad parte del elemento de atribución que es propio de la imputación de acuerdo al cumplimiento de los elementos descriptivos de la infracción administrativa la cual conforme se ha expuesto a lo largo de los considerandos, podemos concluir que las juezas y jueces en sede jurisdiccional no cumplen con esta facultad, deber u obligación de supervisión administrativa, por lo tanto no se puede cumplir con uno de los elementos de la imputación de la infracción contenida en el numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, hecho por lo cual queda claro que el espíritu del legislador el momento de establecer esta infracción se encontraba direccionado a evitar la intromisión de los órganos administrativos en las decisiones jurisdiccionales, a través del ejercicio de supervisión que ostentan los diferentes funcionarios del Consejo de la Judicatura;

40.- Que esta infracción (109.1 COFJ) se materializa siempre y cuando las y los servidores administrativos de la Función Judicial, conformado por el Presidente del Consejo de la Judicatura, Vocales, Director General, Directores Nacionales, Subdirectores Nacionales, Directores Provinciales, y demás funcionarias y funcionarios que ostentan la facultad de supervisión administrativa, o por excepción juezas y jueces y otros servidores judiciales de la carrera jurisdiccional, que por reglamento ejercen esa labor, se valen de

esa atribución y cargo, e interfieren en la potestad de administrar justicia que ostentan únicamente las y los jueces;

41.- Que con estos antecedentes, es necesario expedir una resolución general y obligatoria que aclare las dudas expuestas por los administradores de justicia, descritas en el numeral 22 de esta Resolución.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- El vocablo “supervisión” contemplado en el numeral 1 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, se refiere exclusivamente a la supervisión administrativa.

Artículo 2.- Las y los jueces, al sustanciar y resolver un caso en concreto puesto a su conocimiento, no ejercen actividades de supervisión administrativa.

Artículo 3.- La supervisión administrativa es una facultad otorgada por la ley y los reglamentos exclusivamente a servidores y servidoras administrativos de la Función Judicial.

DISPOSICIÓN GENERAL

Esta resolución entrará en vigencia a partir de su aprobación en el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, y será aplicable para todo proceso disciplinario que haya sido iniciado en contra de un juez o jueza.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE: Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz (VOTO EN CONTRA), Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza (VOTO EN CONTRA), Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.



ACLARA DUDAS RESPECTO TERMINO LOCALIDAD EN ART 101 COFJ

RESOLUCIÓN No. 12-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley;

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

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 167 de la Constitución de la República, la potestad de administrar justicia (jurisdicción) emana del pueblo y se la ejerce por los órganos de la Función Judicial y los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución. Esta facultad jurisdiccional se la ejerce bajo las reglas de la competencia que 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; además la competencia siempre nace de la ley, así lo establecen los artículos 156 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial;

Que de conformidad con el artículo 178 de la Constitución de la República, los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia son: La Corte Nacional de Justicia; las cortes provinciales de justicia; los tribunales y juzgados que establezca la ley; y, los juzgados de paz; y, el artículo 155 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de la división territorial para el ejercicio jurisdiccional de los órganos de administración de justicia dispone: *“División territorial judicial.- En base a la división territorial del Estado, las cortes, tribunales y juzgados se organizan así: 1. La Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción en todo el territorio nacional, con sus correspondientes salas especializadas; 2. Las cortes provinciales, con sus correspondientes salas especializadas, con jurisdicción en una provincia, que constituyen los distritos judiciales; 3. Los tribunales y juzgados con jurisdicción en todo el territorio distrital, o en una sección del mismo, pudiendo abarcar dicha sección uno o varios cantones de una provincia, o una o varias parroquias de un cantón; y, 4. Los juzgados de paz podrán tener jurisdicción en un barrio, recinto, anejo o área determinada de una parroquia”;*

Que el artículo 101 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *“La servidora o el servidor de la Función Judicial prestará sus servicios en el puesto para el que fue designado; sin embargo, por disposición de la Directora o el Director General o de la Directora o del Director Provincial, por necesidad del servicio o por razones de incompatibilidad por relación familiar, podrá ser trasladado de un cargo o puesto a otro de igual*

categoría o con la misma remuneración. El traslado a otra localidad solo podrá ordenarse previa aceptación del servidor o servidora. En estos casos será compensado por los gastos que el traslado le ocasione. La inasistencia al puesto al que hubiese sido trasladado se considerará como abandono de funciones (...);

Que el inciso segundo del citado artículo 101 establece como condición que el traslado a otra localidad distinta a la del nombramiento de la jueza o juez, solo podrá ordenarse previa aceptación de la o el servidor judicial. Precisamente el uso del vocablo “localidad” es el que genera la duda en la interpretación de la norma, pues no estaría claro cuál es el alcance en el ámbito de la jurisdicción geográfica, es decir, en qué casos se debe obtener la autorización del servidor judicial para el traslado, si el mismo es dentro de la misma provincia o cantón. Por este motivo es necesario que la Corte Nacional de Justicia, a través del Pleno de este órgano, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial emita una resolución general y obligatoria que aclare el alcance de ese término;

Que están sujetos a la posibilidad de un traslado administrativo las juezas y jueces que integran las cortes provinciales de justicia, conforme el artículo 186 de la Constitución de la República, quienes, están administrativamente bajo la dependencia del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con el artículo 209 del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone: “*Salas especializadas y su competencia. - El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con el número de salas de una Corte Provincial, hará la distribución y precisará la competencia por razón del territorio, la materia y del grado de cada una de ellas. Si se crearen nuevas salas, el mismo Consejo hará la redistribución que corresponda*”; y por tanto los traslados solo podrán ser dispuesto dentro de la propia corte provincial, y para un traslado a otra corte en distinta provincia se requerirá de la aceptación de la jueza o juez;

Que el artículo 213 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que en los cantones y otras localidades que determine el Consejo de la Judicatura, se establecerán el número de tribunales penales, juezas y jueces suficientes conforme a las necesidades de la población, para que conozcan de las materias que determine la ley. Las juezas, jueces y tribunales de primera instancia ejercen jurisdicción en todo el territorio distrital, o en una sección del mismo, como puede ser el cantón o una o varias parroquias, así lo dispone el artículo 155 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo tanto se entiende que el término localidad al que se refiere la norma del artículo 101 ibídem, para estos órganos jurisdiccionales, comprende el distrito judicial al que pertenecen;

Que el ámbito territorial de un distrito donde las juezas y jueces ejercen jurisdicción corresponde determinar al Consejo de la Judicatura, así lo establece el inciso segundo del artículo 157 del Código Orgánico de la Función Judicial: “*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*”;

Que las y los jueces y tribunales de primer nivel son designados para ejercer sus funciones en el ámbito del Distrito Judicial en el que son nombrados, así lo dispone el artículo 155 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; y conforme a la organización de los órganos jurisdiccionales del sistema de administración de justicia establecido en la ley y por el Consejo de la Judicatura, el traslado administrativo de las y los jueces y tribunales de primer nivel se puede realizar dentro de la jurisdicción de cada distrito en el que han sido nombrados; debiendo aclarar que el distrito judicial corresponde al territorio de una provincia, por lo tanto, solo cuando el traslado administrativo sea fuera del distrito (provincia), se requerirá de la aceptación de la jueza o juez;

Que el artículo 101 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que el traslado administrativo solo se podrá disponer en casos de necesidad de servicio o por razones de incompatibilidad familiar; y el artículo 100 numeral 10 del mismo cuerpo legal dispone que las servidoras y servidores de la Función Judicial, deberán residir en el lugar donde ejerce el cargo y excepcionalmente podrá residir en otro lugar cercano, de fácil e inmediata comunicación; y,



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

RESUELVE:

Artículo 1.- El vocablo “localidad” al que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde a la sede en la que funciona el órgano judicial, lugar en que la servidora o servidor debe residir conforme el artículo 100 número 10 del mismo Código.

DISPOSICIÓN GENERAL.- Esta resolución no interfiere en las potestades o atribuciones de la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública.

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

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García (VOTO EN CONTRA), Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza (VOTO EN CONTRA), Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle (VOTO EN CONTRA). Certifico Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



REFORMAS RECURSO DOBLE CONFORME

RESOLUCIÓN No. 13-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Corte Constitucional del Ecuador dentro de la causa signada No. 1965-18-EP/21, realizó un incidente de control abstracto de inconstitucionalidad por incompatibilidad normativa en virtud de la omisión legislativa en relación al derecho de doble conforme en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, concretamente, por la ausencia, en la legislación procesal penal, de un recurso apto para garantizar el derecho al doble conforme cuando una persona es declarada culpable por primera vez en segunda instancia.

Que la Corte Constitucional, en sentencia No. 8-19-IN acumulados/21 de 8 de diciembre de 2021, resolvió declarar la inconstitucionalidad por la forma de la resolución No. 10-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 5 de julio de 2015, y publicada en el Registro Oficial No. 563 del 12 de agosto de 2015; y, por conexidad, la inconstitucionalidad por omisión del Código Orgánico Integral Penal, por no prever un recurso que garantice el derecho al doble conforme. En esa misma sentencia dispuso que la Corte Nacional de Justicia, en aplicación de las facultades conferidas en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el plazo de dos meses desde la notificación de la sentencia, emita una resolución con fuerza de ley mediante la cual regule un recurso ad hoc que garantice el derecho al doble conforme de los procesados que han recibido una sentencia condenatoria por primera ocasión en casación, observando los parámetros fijados por la Corte Constitucional y definiendo las personas beneficiarias de ese recurso;

Que la Corte Constitucional del Ecuador determinó que la casación, no es un recurso eficaz que garantiza el cumplimiento de la doble conformidad, por cuanto al no ser propiamente una instancia, no se puede efectuar la valoración de un hecho, estudiar sobre la admisión o producción de la prueba, y tampoco se consagra como un medio de impugnación accesible debido a las rigurosas formalidades exigidas para su admisibilidad.

Que en la misma línea de lo antedicho, el máximo órgano de interpretación constitucional del país, en relación con el recurso extraordinario de revisión expresó que no es un recurso oportuno, pues su interposición no impide la ejecutoria de la sentencia impugnada; y, que tampoco es eficaz, puesto que su análisis se limita al examen de las causales taxativamente establecidas en la ley penal.

Que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Observación General No. 32 CCPR/C/GC/32, manifiesta: “El párrafo 5 del artículo 14 [del PIDCP] se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior”

Que el artículo 76 numeral 7, literal m) de la Carta Magna, establece como una garantía del derecho al debido proceso: “[...] Recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos [...]”



Que mediante sesión ordinaria, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia ante la laguna estructural normativa resolvió emitir la Resolución No. 04-2022, de 30 de marzo del 2022, que expide las normas que regulan el recurso especial de doble conforme.

Que en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional, el Pleno de la Corte Nacional en sesión ordinaria de 27 de julio de 2022 aprobó el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal sobre el recurso ordinario especial de doble conforme, el cual fue presentado ante el Presidente y Secretario General de la Asamblea Nacional, el 08 de septiembre de 2022.

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 180.8 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Expedir las siguientes reformas a la Resolución No. 04-2022 que establece las normas que regulan el recurso especial de doble conforme:

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 6 por el siguiente:

“Artículo 6.- Interposición de recursos.- Si el procesado no presenta el recurso ordinario especial de doble conforme dentro del término legal establecido, no podrá presentar recurso de casación. En consecuencia, se abre el término legal para presentar el recurso de casación únicamente para los demás sujetos procesales; caso contrario, el término para interponer el recurso de casación se contará a partir de la notificación con la sentencia que resuelve el recurso especial.

Si el recurso especial de doble conforme concluye por desistimiento o abandono, una vez ejecutoriada esta decisión, el tribunal que conoce el recurso notificará a los demás sujetos procesales que empieza a decurrir el término legal para presentar el recurso de casación de la sentencia impugnada.

En caso de haberse interpuesto el recurso especial de conforme y el tribunal niegue su concesión por los casos determinados en la ley, una vez ejecutoriada esta decisión, se abre el término para que los otros sujetos procesales puedan interponer el recurso de casación.”

Artículo 2.- Agréguese la siguiente Disposición General:

“DISPOSICIÓN GENERAL.- En lo no previsto en la Resolución No. 04-2022, para la tramitación y sustanciación del recurso especial de doble conforme se estará a lo establecido en el Libro II, Título VI, Capítulo I, del Código Orgánico Integral Penal.”

La presente Resolución será aplicable a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katherine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yero, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Enma Tapia Rivera (voto en contra), Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Fernando Cohn Zurita, Dra. Liz Barrera Espín, CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



ACLARA DUDAS RESPECTO TENENCIA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL

RESOLUCIÓN No. 14-2023

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

- 1.- Que en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: *“el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”* El artículo 82 ibidem, reconoce el derecho a la seguridad jurídica fundamentándolo en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;
- 2.- Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley. Esta facultad de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de las leyes, y constituye una de sus funciones fundamentales, la cual está vinculada con las garantías de las y los ciudadanos al pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, como son el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica (arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República);
- 3.- Que las juezas y jueces están en la obligación de administrar justicia con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y conforme a los principios y garantías que orientan el accionar de la Función Judicial, como son los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, a fin de garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia y a garantizar el ejercicio eficaz y oportuno de sus derechos, según el mandato del artículo 75 de la Constitución de la República;
- 4.- Que el Decreto Ejecutivo No. 28, de fecha 24 de noviembre de 2023, en su artículo 1 dispuso: *“Disponer al Ministerio del Interior la derogación de la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2013, que acogió el análisis técnico de toxicidad, estudios psicológicos, biológicos y otros necesarios sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal elaborado por el Ministerio de Salud Pública, así como la propuesta de cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal y sus posteriores reformas.”*; y en su artículo 2 encargo: *“al Ministerio del Interior y al Ministerio de Salud Pública, en el ámbito de sus competencias, el desarrollo de programas coordinados de información, prevención y control del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.”*;
- 5.- En la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2013, derogada, se encontraba la tabla de consumo, que establecía los umbrales de máxima cantidad de la sustancia en posesión de una persona que permita justificar el consumo, elemento que las y los fiscales han venido usando como fundamento de su acusación o abstención; igual situación ocurre con las y los jueces, pues la tabla era un referente para la determinación de si una persona es o no consumidora y si así lo era no es aplicable imputación alguna;



6.- Que el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal determina que: “[...] La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas **para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible; en casos de consumo ocasional, habitual o problemático el Estado ofrecerá tratamiento y rehabilitación.** Las cantidades establecidas en los umbrales o escalas previstas en la normativa correspondiente, serán meramente referenciales para determinar el tráfico o consumo. [...]” A su vez el artículo 228 del Código Orgánico Integral Penal determina que: **“La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, para consumo personal, será regulada por la normativa correspondiente.”** Como se puede apreciar tanto el artículo 220 como el 228, remiten a la normativa secundaria, para la determinación del consumo, y esta norma no es más que la resolución 0001- CONSEP-CD-2013 derogada el 24 de noviembre de 2023, que establecía la tabla. A consecuencia, las y los jueces, en este momento carecerían de un elemento referencial necesario para establecer si una persona que ha sido encontrada en tenencia de una sustancia estupefaciente, es consumidora o no, conforme a la cantidad que posee;

7.- Que como problema jurídico devenido de la duda en la aplicación de la ley, se propone aclarar la vigencia de los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a la licitud de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en poder de una persona consumidora, toda vez que mediante Decreto Ejecutivo No. 28, de fecha 24 de noviembre de 2023, en su artículo 1 se dispuso derogar la Resolución Nro. 001-CONSEP-CD-2013, que contenía la tabla con cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal. Y además, una vez que las y los jueces carecen de este elemento referencial, pues insistimos, estaba contenida en una norma administrativa secundaria ya derogada, se pueda aclarar mediante una norma de interpretación, cuales son los parámetros mínimos que orienten a la o el juzgador cuando conozca un caso en donde se alegue que la sustancia encontrada es para consumo personal de una o un adicto. Evidenciando además que, si bien con la derogación de la tabla, se logró que los consumidores no estén sujetos a los umbrales que distinguían las escalas del tráfico, más sin embargo se generó confusión en la identificación entre el microtráfico y el consumo, generándose un espacio donde el microtráfico y consumo se sobreponen;

8.- Que la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.¹ Corresponde entonces a la o el juez penal, aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico;²

9.- Que las leyes penales en blanco, tienen el propósito de recurrir a otras instituciones, mediante las cuales se emitan los criterios específicos para otorgar una descripción más detallada de la conducta delictiva. Tal es el caso, por ejemplo del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, que si bien el hecho ilícito se describe en el Código Orgánico Integral Penal, las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, complementan su aplicación;

10.- Que las leyes penales en blanco pueden generar efectos de criminalización toda vez que al no tener certeza de su aplicación se afecta la cláusula de ultima ratio, propia del estado de derecho, debido a que el principio de legalidad sufre una erosión, que lesiona la certeza del derecho convirtiendo al tipo penal en pernicioso o dañino;³

¹ Caso Lori Berenson Mejía vs Perú de fecha 25 de noviembre de 2004, parágrafo 125

² Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú, de fecha 25 de noviembre de 2005, parágrafo 190.

³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho penal, parte general, (Buenos Aires: Ed. Ediar, 2000), 116.

11.- Que la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal, y con ello, se satisfacen las exigencias del Principio de Legalidad, lo cual se complementa con la naturaleza del bien jurídico y el establecimiento de la pena.⁴ Toda vez que el reenvío normativo debe ser expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, debido a que la ley, además de señalar la pena, contiene el núcleo esencial de la prohibición y, esta solo puede ser satisfecha con la certeza del conocimiento de la conducta calificada de delictiva;

12.- Que en los tipos penales en blanco es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. **“El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, es, el complemento, específico de las condiciones de índole penal o extrapenal.”**⁵ El núcleo y el complemento (norma de remisión) integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta);⁶

13.- Que en las leyes penales en blanco, la norma complementaria sigue los criterios valorativos que se mantienen inalterables en la norma general, más sin embargo, puede suceder que debido a la rápida mutación de las circunstancias que condicionan los hechos a los que la ley se refiere genéricamente, se torne necesario modificar las normas complementarias para que la regulación se mantenga acorde con aquellas pautas de tipificación iniciales;⁷

14.- Que es necesario que existan parámetros que eviten la criminalización del consumo toda vez que los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, determinan que **la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, para consumo personal, será regulada por la normativa correspondiente**, dando a entender que el artículo 220 de la norma en mención, no solo describe a un tipo penal, sino que tiene varios enunciados normativos, y entre ellos una excusa legal absoluta, definida como aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente, que viene desde el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, que implica la no criminalización del consumidor y el artículo 228 del Código Orgánico Integral Penal, por su parte no contiene un tipo penal, sino más bien un precepto que determina la necesidad de una norma extrapenal que regule la cantidad admisible para el consumo personal de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización;

15.- Que los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, tienen preceptos penales principales que no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, toda vez refieren la necesidad de regulación de la cantidad admisible para uso o consumo, que deberá ser regulada por una norma extrapenal, lo cual nos evidencia la existencia de una norma penal en blanco”, que implica que estas disposiciones legales siempre requieran de un complemento, ya que el legislador al momento de utilizar la técnica de redacción de manera obligatorio nos está remitiendo a disposiciones extrapenales.⁸ Entonces los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, requieren de complementación a través de una disposición que no genere confrontaciones con las máximas del principio de legalidad;

⁴ Luís Arroyo Zapatero y Nicolás García Rivas, Protección Penal de la Propiedad Intelectual. En: (Mazluelos Coello. Julio, Compilador). Derecho penal Económico y de la Empresa, 1ªed., (Lima: Ed. San Marcos, 1996). 347.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de diciembre de 2005, radicación 23899.

⁶ Ibíd.

⁷ Corte Suprema de la Nación Argentina, Vigil, Constancio y otros/contrabando, V 185 XXXIII, de 09 de noviembre del 2000, fallo 323:3426.

⁸ María Ossandón Widow, La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 162

16.- Que la descripción típica de las conductas, deben respetar los instrumentos básicos de su formación, es por ello que los elementos descriptivos, normativos y subjetivos, no pueden avasallar los derechos fundamentales ni expandir el radio de acción del poder punitivo. Por otro lado, el principio de taxatividad se traduce en la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas describan con suficiente precisión que conductas están prohibidas y que sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas. Esta exigencia trata de evitar la incertidumbre del ciudadano y garantizar la seguridad jurídica, que guarda íntima relación con las garantías materiales del principio de legalidad, ya que le asegura al ciudadano la posibilidad de que la aplicación del derecho se realice de forma correcta;⁹

17.- Que en los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, se necesita de un reenvío normativo que debe ser expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido, toda vez que la ley, además de señalar la pena, contiene el núcleo esencial de la prohibición que debe ser satisfecha por otra norma cuando nos encontramos frente a normas penales en blanco, es por ello que se deben cumplir ciertos requisitos básicos en la complementación, como son los siguientes: “(i) *Que la remisión sea precisa*; (ii) *Que la remisión sea previa a la configuración de la conducta*; (iii) *Que la norma de complemento sea de conocimiento público*; y, (iv) *Que preserve los principios y valores constitucionales*.”¹⁰

18.- Que como vemos es necesaria la remisión interpretativa en las disposiciones legales contempladas en los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, para poder lograr aplicar el tipo penal, toda vez que de no existir una definición clara que viabilice el mismo, genera que el individuo al estar sujeto al juicio de reproche, no conozca que contraviene, toda vez que de no tener esa certeza se ocasiona que las garantías se conviertan en elucubraciones teóricas de difícil aplicación;

19.- Que el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, determina el principio de lesividad el cual consiste que: ***“para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”***. Lo cual nos permite entender que un hecho para ser sujeto de reproche penal debe partir de la existencia de un bien jurídico merecedor de protección así como de su reconocimiento normativo como objeto de amparo en el ámbito penal;

20.- Que es necesario realizar un análisis de la lesividad del bien jurídico protegido en los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal a efectos de poder completar su aplicación, en los casos de tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan por parte de personas consumidoras toda vez que se requiere de una norma interpretativa de complementación por tratarse de tipos penales en blanco conforme lo antes expuesto;

21.- Que el artículo 46 numeral 5 y el 364 de la Constitución de la República del Ecuador determinan que: ***“Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.”***;

22.- Que el artículo 17 de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas determina que: ***“Para precaver la relación inicial con las drogas y disminuir su influencia, uso, demanda y riesgos asociados, será obligación primordial del Estado dictar políticas y ejecutar acciones inmediatas encaminadas a formar sujetos responsables de sus actos y fortalecer sus***

⁹ Andrés Perfecto Ibáñez, Jueces y Derechos, Problemas contemporáneos, Edit. Porrúa, México, 2004, p. 112.

¹⁰ Carlos Gómez Pavajeau, Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal, (Bogotá: Edic. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000), 55.

relaciones sociales, orientadas a su plena realización individual y colectiva. La intervención será integral y prioritaria en mujeres embarazadas; niñas, niños, adolescentes y jóvenes, durante su proceso de formación y desarrollo.”

23.- Que el artículo 18 de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas determina que: ***“Es obligación primordial no privativa del Estado prestar servicios de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación a personas consumidoras ocasionales, habituales y problemáticas de drogas. El Estado implementará de manera prioritaria servicios y programas destinados al diagnóstico tratamiento y rehabilitación de mujeres embarazadas, niñas, niños, adolescentes y jóvenes [...]”***

24.- Que en los delitos relacionados al tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, la salud pública es el bien jurídico que se tutela, más sin embargo, no existe una lesión en los casos del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, toda vez que el titular del bien jurídico protegido no es la sociedad en su conjunto sino, el consumidor, lo que implica que el consumidor está disponiendo de un bien jurídico que le pertenece y cuya lesión lo afecta personalmente;¹¹

25.- Que no se debe aplicar el derecho penal a una persona consumidora, que se moviliza con estupefacientes sencillamente por existir una norma que prohíba ese actuar, aunque no lesione concretamente un bien jurídico, imponiéndole una sanción para mantener la confianza de la sociedad en la norma penal;

26.- Que la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-491-12 de 28 de junio de 2012, respecto a la exclusión de la penalización del porte o conservación de dosis destinada al consumo personal determinó que: ***“el bien jurídico que se protege con la penalización de las conductas constitutivas de narcotráfico está constituido no solamente por la salubridad pública, sino que alcanza otros intereses de la sociedad y el Estado como la seguridad pública y el orden económico y social. Concluyendo que el porte o conservación de estupefaciente en dosis considerada para el consumo personal, no reviste la idoneidad para afectar este bien jurídico complejo, en la medida en que se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo y por ende, carece de la potencialidad de interferir en los derechos ajenos, o en los bienes jurídicos valiosos para la vida en comunidad.”***;

27.- Que la Corte Constitucional Ecuatoriana, en sentencia No.7-17-C, de fecha 02 de abril de 2019, resolvió en su numeral 2 que: ***“El inciso final del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal es compatible con el artículo 364 de la CRE, en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso.”***;

28.- Que con la derogatoria de la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, de 21 de mayo de 2013, en la cual se aprobó las cantidades máximas admisibles para la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal, se logró que los consumidores no estén sujetos a los umbrales que distinguían las escalas del tráfico, más sin embargo se generó confusión en la identificación entre el microtráfico y el consumo, generándose un espacio donde el microtráfico y consumo se traslapan;¹² Es decir, a pesar de ser consumidores con la vigencia de la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, de 21 de mayo de 2013, las personas estaban siendo procesadas, pese a que la ley penal establece que la tenencia o

¹¹ Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I (Madrid: Civitas, 1997), 56.

¹² Paladines, “En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en el Ecuador”, 38 y 40

posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal no será punible, y la norma Constitución manda que en ningún caso se debe permitir la criminalización, ni la vulneración de los derechos constitucionales de las personas consumidoras;¹³

29.- Que los umbrales, establecidos en la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, de 21 de mayo de 2013, eran una referencia para los operadores de justicia, con lo cual la tenencia o posesión se encuadraba de acuerdo a las cantidades fijadas, marcando la frontera entre el consumo y el tráfico. Estos umbrales, establecidos en la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, de 21 de mayo de 2013, al estar derogados cumplen con lo dispuesto en la Corte Constitucional Ecuatoriana, en sentencia de fecha 02 de abril de 2019, la cual en su numeral 2 señaló que: “[...] **corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso.**”;

30.- Que como se ha reiterado a lo largo de la presente Resolución, y ha sido reiterado además por la jurisprudencia regional¹⁴, no cabe penalizar conductas que no ocasionan peligro o daño, basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública, toda vez que estas no superan el test de constitucionalidad, lo cual implica que la conducta realizada que no ha generado daño es lícita. Dejando en claro, como ya se ha consensuado en la región, que bajo ningún concepto se está legalizando el fenómeno de las drogas, sino que se está recalando la no penalización del consumo sin que ello tenga como consecuencia que el sistema de administración de justicia no sancione con firmeza el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y preparados que la contengan;

31.- Que para poder distinguir entre el consumidor y el microtráfico en los delitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, es indispensable la labor policial en el levantamiento de sus informes o partes policiales, el testimonio de sus miembros, la existencia de los exámenes químicos, biológicos y el examen psicosomático, todo ello a cargo del Estado, que ostenta la carga de la prueba, ya que de eso dependerá en la mayoría de casos la libertad de los procesados;

32.- Que con mayor frecuencia son más comunes los casos relacionados con la drogodependencia y los conflictos causados por estas sustancias estupefacientes, por lo cual la prueba pericial resulta clave para dictaminar los problemas relacionados con estas sustancias;

33.- Que el artículo 3, inciso 2, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; el artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; y los artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes, establecen que los Estados deben diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos;

34.- Que desde un enfoque constitucional la penalización de conductas dirigidas al consumo personal de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, es lesiva para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual implica la necesidad de adoptar una postura hermenéutica que propenda por la no penalización de los comportamientos relacionados con el consumo de estupefacientes, toda vez que es necesario mantener concordancia con la normatividad internacional sobre la materia como es la: Convención Única sobre Estupefacientes (ONU 1961), enmendada por el Protocolo de 1972 artículos 36 y 38, así como en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (ONU 1971) artículos 20 y 22;

¹³ Jorge Paladines, “La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en Ecuador”, CEDD, (versión de borrador para uso exclusivo de clases), 2014.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Argentina, sentencia de 25 de agosto de 2009, Caso No. 9080, Arriola y otros.

35.- Que en los casos de porte de estupefacientes, es necesario que se pruebe que su destino es el consumo estrictamente personal a efectos de excluir la responsabilidad penal, es por ello que, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no puede ser el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte;

36.- Que cuando la sustancia está destinada al consumo propio no concurre el presupuesto de la lesividad pues se trata de conductas que no son idóneas para afectar el bien jurídico de la salud pública y por lo tanto no son jurídicamente reprochables mientras no interfieran en la órbita de la libertad y los intereses ajenos, resultando innecesaria la intervención del derecho penal, es por ello que se debe constatar la presencia de elementos especiales de ánimo relativos a una peculiar finalidad de consumo personal del sujeto;

37.- Que la persona procesada, no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, toda vez que la Fiscalía debe demostrar la existencia de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes distintos al consumo personal y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, lo cual puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina el injusto típico de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos, por ejemplo, instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaque o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc., que permitan inferir de manera razonable la finalidad de tráfico distinta al consumo. Es de hacer notar que si bien la estructura de nuestro Código Orgánico Integral Penal, determina que el bien jurídico protegido del tipo tráfico es la salud pública (dentro de los delitos contra el derecho al buen vivir), es de inferir que este injusto penal es pluriofensivo, pues afecta a la seguridad pública, al orden público, social, económico;

38.- Que desde la perspectiva de la lesividad como principio protector del bien jurídico, y de la casuística, puede ocurrir que la dosis es de aprovisionamiento, lo que implica que la sustancia no es destinada a la ingesta inmediata, sino que, se adquiere con la finalidad de aprovisionarse de ella, sin especificar el tiempo, para emplearse para el consumo propio, debe ser justificada por parte de Fiscalía y analizada por parte del juzgador, toda vez que las porciones portadas y empleadas para el propio consumo inmediato y aquellas otras que se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso, tienen en principio la misma finalidad de consumo personal, sin que pueda presumirse en uno o en otro caso un propósito de suministro a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad¹⁵;

39.- Que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo inmediato o con fines de aprovisionamiento para futuras ingestas es una conducta penalmente atípica, mientras que si se desvirtúa ese ingrediente subjetivo o finalidad específica contenida en el tipo penal, la acción corresponde a la ilicitud y debe ser sancionada, es por ello que el juez, la jueza o tribunal, debe analizar la razonabilidad de la cantidad para deducir que aquella conducta está encaminada al tráfico o distribución del estupefaciente y no al consumo;

40.- Que los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico, lo cual conlleva a pensar que no parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización, toda vez que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas;¹⁶



¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de fecha 29 de abril de 2020, No. 51627

¹⁶ CIDH, Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005

41.- Que es necesario que la Corte Nacional de Justicia adopte decisiones conforme a los Tratados y Convenios Internacionales, toda vez que la jerarquización de los tratados internacionales conforme lo establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, permite su utilización siempre y cuando se busque la protección de derechos y garantías que son inherentes a la tutela de bienes jurídicos, tal es así que a nivel internacional se ha consagrado el principio *"pro homine"*, el cual de conformidad con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana, nos dicen que siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido; en este caso la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, la no revictimización, entre otros;

42.- Que el artículo 459 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal determina que: *"1.- Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad. En caso de negativa por parte de la persona procesada, el juzgador podrá autorizar al personal especializado realizar la toma indirecta de muestras en prendas u otros objetos, que se determine que han sido utilizados por esta. La toma de las muestras se realizará con cadena de custodia describiendo la fecha y condiciones en las que fueron obtenidas. [...]"*

43.- Que el artículo 474 del Código Orgánico Integral Penal determina que: *"Las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización aprehendidas se someterán al análisis químico, para cuyo efecto se tomarán muestras, que la Policía Nacional entregará a los peritos designados por la o el fiscal, quienes presentarán su informe en el plazo determinado. En el informe se deberán determinar el peso bruto y neto de las sustancias. Las muestras testigo se quedarán bajo cadena de custodia hasta que sean presentadas en juicio. [...]"*

44.- Que el examen psicosomático es trascendental toda vez que es una pericia que sirve para determinar si una persona es consumidora, ya que consiste en analizar la edad en la que la persona procesada inició a consumir droga, la modalidad, la frecuencia de consumo, antecedentes patológicos familiares y personales, ya que es un examen de tipo neurológico que detalla las funciones sensitivas y psicomotoras. La pericia toxicológica y química, es necesaria por la variedad de sustancias químicas que tienen importancia médico-legal, así como también por los diferentes tipos de muestras a analizar. Por otro lado, la pericia química en toxicología, tiene como finalidad principal analizar los distintos productos, en este caso los estupefacientes, para detectar si se trata de droga y como ha sido el proceso de fabricación, toda vez que permite pesar y analizar la muestra. Finalmente el estudio toxicológico es necesario para determinar el consumo de sustancias para posteriormente disponer el seguimiento del tratamiento debido a la dependencia a las drogas que sufre el procesado para lo cual el médico forense efectúa evaluaciones frecuentes del proceso de rehabilitación que comprenden los estudios clínicos y generalmente la investigación de los estupefacientes sospechados. Todos estos elementos deben servir de herramienta básica y fundamental para que Fiscalía y luego las y los juzgadores, puedan aplicar adecuadamente el sistema de justicia penal contra el tráfico, evitando la sanción del consumo, siendo indispensable que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así lo exponga sin que ello sea una interferencia en la libertad probatoria de la o el fiscal, sino más bien un refuerzo a su actividad con pautas generales;

45.- Que la pericia psicológica es un instrumento fundamental para detectar elementos probatorios de aspectos psicológicos de los individuos, toda vez que determina si una persona es drogodependiente o no, a través del estudio de su comportamiento; debiendo cuidar que esta pericia sea un requisito en casos de flagrancia, puesto que este tipo de exámenes, por su naturaleza, requieren un periodo de sesiones, que podría provocar que, debido a su cumplimiento, un inocente permanezca privado de su libertad por un periodo de tiempo injustificado;

46.- Que independientemente de la cantidad con la que se le encuentre a la persona para diferenciar el consumo del tráfico se tiene que cumplir con la demostración de los siguientes verbos rectores contemplados en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, como son: oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan;

47.- Que el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial determina: “Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente”;

48.- Que el inciso primero y segundo del artículo 444.14 del Código Orgánico Integral Penal determina entre las atribuciones de la o el fiscal: “Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias. Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador [...]”;

49.- Que el artículo 584 del Código Orgánico Integral Penal determina que: “Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten.” Igualmente el artículo 490 del citado cuerpo normativo reconoce que: “La o el juzgador competente, por pedido de la o el fiscal y tomando en consideración los derechos de los participantes en el desarrollo de la investigación, podrá disponer que las técnicas de investigación se mantengan en reserva durante los plazos determinados en este Código”;

50.- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela, ha desarrollado el siguiente argumento: “...45. Es admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia.[...]”;

51.- Que de conformidad con el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal establece que: “Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia: 1. La persona que comete el delito en presencia de una o más personas; 2. La persona que se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos que hagan presumir el cometimiento reciente de un delito; y, 3. La persona en persecución ininterrumpida, de forma física o por medios tecnológicos, desde el momento de la supuesta comisión de un delito hasta la aprehensión, aun cuando durante la persecución se haya despojado de los objetos, documentos o contenido digital relativo a la infracción recientemente cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de cuarenta y ocho horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.”;

52.- Que es necesario que la Policía Nacional realice labores de vigilancia o patrullaje común, a efectos de identificar la posible comisión del delito de microtráfico y tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y coadyuvar con la seguridad ciudadana. En los casos de flagrancia en los presuntos delitos de microtráfico o tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, el personal de la Policía Nacional, debe proporcionar a la Fiscalía grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía que determinen la comisión del delito flagrante, los cuales de conformidad con el artículo 471 del Código Orgánico Integral Penal, **no requieren autorización judicial, toda vez que se encuentran relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución**, ya sea por cámaras de vigilancia o seguridad, o por cualquier medio tecnológico, obtenidos a través de dispositivos de dotación de las servidoras y servidores de las entidades de seguridad ciudadana y orden público o de las Fuerzas Armadas;

53.- Que las grabaciones obtenidas en circunstancias de flagrancia deben ser puestas inmediatamente a órdenes de la o el fiscal en soporte original y servirán para incorporar a la investigación e introducirlas al



proceso y de ser necesario, la o el fiscal dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en la audiencia de juicio;

54.- Que la Fiscalía puede realizar toda técnica de investigación en este tipo de casos no flagrantes, pero cuando se requiera autorización judicial, y con el fin de preservar el interés público y la efectividad de la investigación fiscal, es necesario que estas autorizaciones investigativas, se mantengan en reserva, es decir fuera del conocimiento del sospechoso, para ello la o el fiscal fundamentara esta necesidad a la jueza o el juez, y éste de así estimarlo, motivará la declaratoria de reserva. Con ello se evita que los casos de microtráfico o tráfico de drogas, que necesitan de seguimientos, grabaciones de video, constatación de maniobras de comercialización, etc., resulten ineficaces al hacer conocer al investigado, como ahora viene sucediendo; pero además se preserva que la Fiscalía y la Policía Nacional, en los casos no flagrantes, someta el ejercicio de sus atribuciones al marco jurídico, y así se promueva la seguridad jurídica y se garantiza la constitucionalización del proceso penal;

55.- Que también es necesario aclarar que el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, establece cuatro rangos de sanción, que prevén pena privativa de libertad ante el tráfico de sustancias estupefacentes y psicotrópicas catalogadas en: mínima escala con una pena uno a tres años., mediana escala de tres a cinco años, alta escala de cinco a siete años y gran escala de diez a trece años. A través de la Resolución No. 002 CONSEP-CD-2014 de 9 de julio de 2014, se estableció las tablas de cantidades de sustancias estupefacentes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito, la cual se encuentra vigente toda vez que no ha sido derogada mediante el Decreto Ejecutivo No. 28, de fecha 24 de noviembre de 2023, lo cual implica que la expedición de la tabla de cantidad para distinguir los tipos de tráficos, es aplicable en lo relativo a catalogar las penas descritas en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, en lo que se refiere a mínima escala, mediana escala, alta escala y gran escala; mas por el contrario insistimos, la resolución 001-CONSEP-2013, relativa al consumo si fue derogada;

56.- Que es necesario combatir las actividades vinculadas con el comercio de estupefacentes y otros delitos afines, toda vez que el fenómeno de las drogas paulatinamente ha ido ganando extensión hacia sectores menos protegidos de la sociedad, como la infancia y la adolescencia, su consiguiente utilización en los centros educativos convertidos en lugares de suministro de estupefacentes y su influencia decisiva en la consolidación de una estructura económica de tráfico organizado, que adquiere fuerza suficiente para estar en condiciones de atentar contra los propios sistemas institucionales. En este sentido, es necesaria la lucha contra la difusión del narcotráfico, tal es así que las actividades inherentes al narcotráfico traen consigo la configuración del tipo penal de delincuencia organizada;

57.- Que a nivel regional, ha quedado claro que las redes delictivas organizadas son grupos de personas que tienen una relación continua y obtienen ganancias por medio de una variedad de actividades delictivas y clandestinas con fines de lucro, en donde en muchas veces, la meta principal de estas organizaciones es ganar o mantener control exclusivo sobre un mercado delictivo particular por ejemplo el tráfico de drogas;¹⁷

58.- Que el tráfico de sustancias prohibidas es una actividad delincencial muy lucrativa, razón por la cual estas organizaciones delictivas se encuentran en total disputa por el control total del territorio de venta de alcaloides, sin importar las sanciones que se impongan a quienes se los encuentre culpable de los “delitos por la producción o tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización”;

59.- Que es necesario combatir la delincuencia organizada que crece de manera exponencial a través de las actividades criminales como son el tráfico de sustancias estupefacentes, hecho por lo cual el legislador

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 9 de marzo de 2016, caso 41760.

ha determinado en su artículo 635 del Código Orgánico Integral Penal que el procedimiento abreviado, no se aplica en delitos cometidos como parte del accionar u operatividad de la delincuencia organizada. En este sentido es fundamental que la Fiscalía debe proporcionar a la jueza, juez o tribunal, los elementos necesarios para establecer si la conducta correspondería a aquellos delitos cometidos como parte del accionar u operatividad de la delincuencia organizada o no; con fines de determinar adecuadamente la competencia y el procedimiento, la posibilidad de aplicación del procedimiento abreviado, procedimiento directo, suspensión condicional de la pena, la adecuación típica y la sanción;

60.- Que con estos antecedentes, es necesario expedir una resolución general y obligatoria que aclare las dudas expuestas por los administradores de justicia;

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

RESUELVE:

Artículo 1.- Las normas contenidas en los artículos 220 y 228 del Código Orgánico Integral Penal, que contemplan la no punibilidad de la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que los contengan para uso o consumo personal en los casos de consumo ocasional, habitual o problemático, se encuentran plenamente vigentes.

Artículo 2.- En los procedimientos penales iniciados por los delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, que se refieran a su tenencia o posesión, deberán acreditarse los elementos de convicción de cargo o descargo y las pruebas que correspondan, a fin de que el Juez los valore en la fase o etapa procesal pertinente, para determinar el propósito o no de comercializar o colocar en el mercado las sustancias.

Artículo 3.- Para los efectos determinados en el artículo anterior se deberá considerar entre otros aspectos los siguientes elementos:

- a) Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) o examen pericial de la sustancia encontrada en poder del sospechoso o procesado, donde conste por lo menos peso bruto, peso neto, tipo de sustancia, su composición química, condiciones de la sustancia.
- b) Examen pericial que establezca si la persona sospechosa o procesada, es consumidora ocasional, habitual o problemática, tipo de dependencia, etapa de adicción, tolerancia, antecedentes patológicos familiares y personales, entorno social, y que la sustancia encontrada es admisible para su uso o consumo.

En caso de que se establezca que la persona es consumidora, adicionalmente se debe determinar el tipo de tratamiento o rehabilitación que se recomienda.

- c) Si la persona es detenida en delito flagrante la Fiscalía podría disponer el examen toxicológico con el consentimiento de la o el sospechoso, que permita identificar si en su organismo existe la presencia de alguna sustancia estupefaciente y psicotrópica o de preparados que las contengan, elemento que deberá tener en cuenta el perito que realizará el examen psicosomático.

Esta actividad es necesaria, independientemente si la persona alega o no a ser consumidora.

Artículo 4.- Para los casos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la Policía Nacional, en situaciones de flagrancia, podrá proporcionar a Fiscalía, grabaciones de audio, imágenes de video o fotografías que determinen la comisión del delito en flagrancia, los cuales de conformidad con el artículo 471 del Código Orgánico Integral Penal, no requieren autorización



judicial, toda vez que se encuentran relacionados a un hecho constitutivo de infracción, registrados al momento mismo de su ejecución.

Artículo 5.- En las investigaciones y procedimientos penales por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la Fiscalía podrá utilizar todo acto urgente, actuación o técnica de investigación que crea pertinente, las mismas que podrán ser declaradas reservadas por la o el juez previa fundamentación fiscal.

Artículo 6.- En los procedimientos penales de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la jueza, el juez o tribunal, para resolver el caso concreto puesto en su conocimiento, valorará todos los elementos incorporados al proceso en su integralidad, tomando en cuenta lo establecido en la presente Resolución.

Debiendo considerarse que la mera tenencia o posesión y la cantidad de sustancias estupefacientes y psicotrópicas encontradas o preparados que las contengan, son elementos importantes a valorar, pero no pueden por sí solas albergar la determinación del tipo penal. La conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar.

Artículo 7.- Si se ha acreditado que una persona sospechosa o procesada, es consumidora de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, y que por ende no es admisible la intervención de la justicia penal, la o el fiscal, jueza, juez o tribunal, en consideración a los exámenes periciales correspondientes, podrá ordenar el traslado a un centro de atención público o privado, para fines de tratamiento o rehabilitación, contando siempre con el consentimiento informado de la o el consumidor.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Esta resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, y será aplicable en todos los procedimientos penales iniciados con posterioridad al 24 de noviembre de 2023, fecha de emisión del Decreto Ejecutivo No. 28.

En las investigaciones penales y las instrucciones fiscales que no han sido cerradas y se han iniciado con anterioridad al 24 de noviembre de 2023, se aplicarán los parámetros de esta Resolución.

En los procedimientos iniciados con anterioridad al 24 de noviembre de 2023, en donde haya concluido la instrucción fiscal y se encuentren en las etapas preparatoria de juicio o de juicio, o se haya dictado sentencia y no se encuentre ejecutoriada, se aplicará el marco jurídico vigente previo a la emisión del Decreto Ejecutivo No. 28, incluida la normativa administrativa secundaria.

SEGUNDA.- El Consejo de la Judicatura en coordinación con la Fiscalía General del Estado, deberá acreditar y capacitar al número suficiente de peritos que permitan un adecuado tratamiento judicial de los casos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, e identificación de personas consumidoras, en cumplimiento de la presente Resolución.

TERCERA.- Se exhorta a la Función Ejecutiva, para que, a través de los órganos correspondientes de salud pública, asistencia y educación, asegure que los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos, puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones, y que además se realicen planes efectivos de prevención del consumo de drogas sobre todo dirigida a los grupos más vulnerables; y, adicionalmente dote a la Policía Nacional de los insumos, recursos, medios logísticos necesarios para una eficiente investigación de los casos de tráfico de estupefacientes y psicotrópicos o preparados que los contengan. Debiendo además existir una coordinación entre todas las funciones del Estado, para la acción preventiva y represiva contra el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que la contengan.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- La Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en el término de noventa días a partir de la publicación de esta Resolución, presentará al Pleno de este máximo órgano un proyecto de ley reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, que permita dotar de mejores herramientas al sistema de justicia, para la investigación, judicialización y sanción del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que lo contengan, y por otro lado, permita identificar y dar tratamiento judicial adecuado a los casos de personas consumidoras de drogas, inmersas en investigaciones o procedimientos penales, garantizando por parte del Estado, su tratamiento y rehabilitación.

Para ello, se contará con los órganos de las Funciones del Estado, de la sociedad civil, la academia y la cooperación internacional que se crea pertinentes.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de la vigencia de esta Resolución corresponde al Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses que dirige la Fiscalía General del Estado, en coordinación con las autoridades de Salud Pública y del Consejo de la Judicatura, elaborar a la brevedad posible un instructivo sobre pericias y parámetros generales que deben contener en casos de tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan y se alegue consumo.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua (voto en contra), Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patriocio Secaira Durango, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 18803-2017-00309
Fecha: 29 de mayo de 2023, las 10h48

TEMA: Diferencias y conceptualización de fuerza mayor o caso fortuito La ineludible obligación del ente administrativo de notificar el informe motivado para la destitución o sanción de un servidor judicial.

SÍNTESIS

La Sala de casación, estimó que: la sanción disciplinaria, opera cuando el empleado público incurre en aquellas conductas que tipifica la Ley, como contrarias al orden y a la moral, que debe observar todo servidor de las entidades estatales a las que rige el cuerpo legal pertinente para ese propósito; que en el caso es el Código Orgánico de la Función Judicial, mismo que no define el alcance de la fuerza mayor o caso fortuito. Cualquiera sea el hecho que tenga esas características, se entiende proviene de causas imprevistas e inevitables, de orden natural o humano; y, sus consecuencias jurídicas son las mismas, ya que eximen de responsabilidad al sujeto que las sufre. Que el artículo 110 del COFJ, no ha sido aplicado por la administración en la resolución interpelada por vía de control jurisdiccional de la legalidad, refiere que, para efectos de calificar una sanción disciplinaria de suspensión o destitución, en la que puede incurrir un servidor judicial, han de tomarse en cuenta las circunstancias constitutivas que trae la norma. La Sala resalta que; de la revisión del expediente administrativo, remitido por la demandada, se ha verificado que el informe motivado, que fuera conocido por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura, sobre cuya base fue sancionado el recurrente, no le ha sido notificado como correspondía, para que ejerza su derecho de contradicción, conforme dispone la sentencia 23418SEPCC, del 27 de junio de 2018 expedida por la Corte Constitucional. La falta de notificación u ocultamiento del informe en mención, privó al sumariado, de la posibilidad de conocer el contenido del mismo y lesionó su derecho a la defensa.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 18803-2017-00309

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

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

Quito, lunes 29 de mayo del 2023, las 10h48.

VISTOS: **1) AVOCO:** Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional

de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y,

por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. 18803-2017-00309, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

2.- ANTECEDENTES:

2.1 El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, expidió sentencia dentro de esta causa signada con el **No. 18803-2017-00309**, el jueves 25 de octubre del 2018, las 11h47, promovido por el ciudadano LENIN GIOVANNY NARANJO LOPEZ en contra del CONSEJO DE LA JUDICATURA y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la cual se niega la demanda.

2.2 RECURSO: La parte actora del juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de dicha decisión judicial, sustentado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por los casos **primero, segundo y quinto**.

2.3 ADMISIÓN: La Conjueza de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de viernes 29 de julio del 2022, las 10h42, admitió a trámite el recurso interpuesto en base al artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por los casos: **primero**, por **falta de aplicación** de los artículos 181 de la Constitución de la República, 264 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 7 de la Resolución del Consejo de la Judicatura No. 029-2015 y del 107 numeral 2 del COGEP; y, **aplicación indebida** del artículo 114 del COFJ; **segundo**, por falta de motivación; y, por el **quinto**, por **falta de aplicación** de los artículos 110 del Código Orgánico de la Función Judicial y 30 del Código Civil.

3.- COMPETENCIA: 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, 270 del COGEP. Es de señalar que la audiencia de sustentación de recurso de casación se realizó el lunes 27 de marzo de 2023, a partir de las 11h00, conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; diligencia en la cual intervinieron las partes procesales

sustentando sus respectivos recursos y ejerciendo su derecho de contradicción y réplica; habiéndose generado el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, así como por las Salas de las Cortes Provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de Tribunales Distritales y Cortes Provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó, principalmente que:

“... 5.1.1).- SOBRE EL DEBIDO PROCESO: Mientras la entidad demandada sostiene en resumen que se ha respetado el debido proceso, el actor en su acto de proposición señala que: 5.1.1.1).- En el literal 1.a, (ffs. 383 vuelta) asegura que en menos de dos días el Pleno del Consejo de la Judicatura resuelve el expediente de forma apresurada con una sanción drástica, lo cual asevera lo dejó en indefensión ya que no se le dio el tiempo ni los medios necesarios para ejercer su defensa. Al respecto, el tribunal no aprecia cual ha sido la normativa procesal infringida, ni existe prueba actuada que sustente la



supuesta vulneración al debido proceso o derecho a la defensa; es decir, las expresiones de que la actuación de la demandada ha sido apresurada, injusta, falta de lealtad procesal, premeditada, sanción drástica y desproporcionada, son apreciaciones subjetivas que debe precisar el accionante tanto en la subsunción de cuál fue la norma supuestamente ha sido infringida, así como la demostración de la especificidad y trascendencia que afecte su derecho a la defensa lo cual no acontece en la especie. 5.1.1.2).- En el mismo literal 1.a (ffs. 383 vuelta), el actor indica que pese haber efectuado prueba de descargo de una manera extensiva, sin motivación en derecho se aplica indebidamente la causal prevista en el numeral 17 del artículo 109 del COFJ, y que en dicha resolución no se precisa que ejerció el cargo de Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza. Al respecto el tribunal señala: A).- Sobre la motivación y prueba descargo, se acude al acto impugnado (ffs. 342 a 346) de cuya lectura se verifica que en el numeral 6.2 se precisan los argumentos vertidos por el actor en ejercicio de su derecho a la defensa, los cuales son analizados en el numeral 8 de la resolución impugnada (pág 7,8 y 9) (ffs. 345 y 346), por tanto, el hecho de que la entidad demandada, valore los argumentos de descargo de un modo distinto a los intereses del sumariado, no puede ser concebido jurídicamente como un acto sin motivación, siendo que en la resolución impugnada se expone y analizan (ffs. 347 a 351): Identificación de los sujetos del procedimiento administrativo, antecedentes, análisis de forma (competencia, validez legitimación), tipificación de la presunta falta disciplinaria, oportunidad en el ejercicio de la acción, análisis de fondo, hechos probados, argumentación jurídica, análisis de reincidencia, parte resolutive, elementos estos que permiten a este tribunal concluir - sin que esto implique un pronunciamiento sobre los argumentos de fondo -, que el acto cumple con la enunciación de los fundamentos de hecho, de derecho y la explicación de su pertinencia y por tanto contiene los requisitos previstos en el literal l), del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. B).- Respecto de la incidencia de la calidad de Presidente de Corte Provincial de Pastaza que ostentaba, EL ACTOR no explica en la demanda cómo influye en la decisión tomada por el Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de ello, es de reflexionar por control de legalidad que, si bien el artículo 261 del COFJ establece que las funciones de las Direcciones Provinciales serán ejercidas por el Presidente de la Corte Provincial, conjuntamente con los

Delegados que el Consejo de la Judicatura determine, de conformidad con la regulación de la materia; el tribunal considera que sería un contrasentido, ilógico e improcedente sostener que siendo cuestionado la conducta del Presidente de la Corte Provincial de Pastaza, éste deba actuar de forma conjunta con el Consejo de la Judicatura para analizar su propia conducta como juez, cuando el régimen de control disciplinario y sancionador desde su inicio es privativo del Consejo de la Judicatura conforme se infiere del artículo 114 del COFJ que expresamente señala: “Art. 114.- INICIACION DE SUMARIOS DISCIPLINARIOS.- Los sumarios disciplinarios se iniciarán de oficio por la Directora o el Director Provincial, o por la unidad que el Consejo de la Judicatura establezca de manera general, cuando llegare a su conocimiento información confiable de que el servidor de la Función Judicial ha incurrido en una presunta infracción disciplinaria sancionada por este Código. También podrá iniciarse por denuncia presentada por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad. En caso de denuncias en contra de Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, del Director General, de los directores regionales o provinciales y de los directores de las comisiones o unidades, será el Pleno del Consejo de la Judicatura quien tramite los sumarios e imponga las sanciones correspondientes...” Conforme queda expuesto en ningún momento la norma que regula el inicio del procedimiento sumarial disciplinario, refiere participación alguna al Presidente de la Corte Provincial. 5.1.1.3).- Finalmente, el actor señala que frente a la resolución impugnada propuso la revisión de dicha decisión a través de la autotutela que le fue negada y que este accionar lo considera que atenta contra el espíritu de la Constitución de la República que le garantiza el derecho a recurrir. Al respecto el tribunal manifiesta que el ordenamiento jurídico contempla la seguridad jurídica, la cual involucra la aplicación de las normas jurídicas previas, claras y entre ellas, la señalada en el artículo 119 del Código Orgánico de la Función Judicial (léase también COFJ) que manda “RECURSOS.- Las decisiones del Pleno del Consejo de la Judicatura en los sumarios disciplinarios no serán susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa...” Es menester también señalar que el derecho constitucional a recurrir no es absoluto, de ahí que estos juzgadores hacen suyo, el análisis expuesto por los señores jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la SENTENCIA No. 097-18-CC (CASO N. 1269-15-EP) del 14 de marzo de 2018 en la cual

han manifestado: “Sin embargo, aun cuando el derecho a un doble pronunciamiento es un derecho constitucional, esto no significa que el legislador deba establecer recursos en todo proceso, incluso en aquellos que por su naturaleza sean innecesarios, pues el derecho a recurrir de un fallo no es absoluto, Al respecto, el Pleno del Organismo en la sentencia N.º 043-14-SEP-CC, dictada el 19 de marzo de 2014, dentro del caso N.º 1405-10-EP, fue enfático en resaltar que el derecho a recurrir de la resolución o el fallo no es un derecho absoluto; es decir, no es posible recurrir o impugnar todas las resoluciones judiciales en cualquier caso, sino solo en aquellos casos en que el legislador hubiere previsto la posibilidad de ampliación de la deliberación del litigio a través de la impugnación de la resolución, y en casos excepcionales cuando de la gravedad de la vulneración de derechos constitucionales derive la necesidad irresistible de una doble valoración judicial...”. A mayor abundamiento sobre el tema también se han pronunciado en: sentencia N.º 008-14-SCN-CC, casos N.º 0027-10-CN, 0008-11-CN, 0009-11-CN, 0013-11-CN, 0041-11-CN, 0062-13-CN y 0178-13-CN acumulados. De lo expuesto se tiene que no siendo absoluto el derecho a recurrir sino conforme así lo ha previsto el órgano legislativo del Estado, corresponde a toda autoridad administrativa como parte del debido proceso, el cumplimiento de las normas entre ellas el precitado artículo 119 del COFJ, por así disponerlo el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. 5.1.1.4).- Con relación a los literales a y b del numeral 2 de la demanda “DE LOS ANTECEDENTES PREVIOS A LA RESOLUCION IMPUGNADA”, el tribunal aprecia que el actor en literal a), expone su trayectoria desde su ingreso a la Función Judicial y su última evaluación obtenida, lo cual no es parte de la traba de la litis, ni el actor ha precisado cómo estos hechos constituyen medios probatorios para desvirtuar los cargos que se le imputan o como inciden o debieron incidir respecto de la resolución tomada por el Consejo de la Judicatura. Lo mismo ocurre con las aseveraciones señaladas en el literal b) del numeral 2 del acto de proposición, relacionadas a “un ambiente laboral con discriminación regionalista” y las discrepancias o persecuciones que indica haber sido objeto con la que en su momento señala fue Jueza Provincial y Directora del Consejo de la Judicatura de Pastaza, siendo necesario precisar que, los conflictos producto de las relaciones interpersonales no son materia del controvertido, ni se aprecia que dicha funcionaria (Dra. Tannia Masson

Fiallos) haya intervenido decidiendo o resolviendo respecto de la infracción que se le imputa, al menos no existe evidencia probatoria del actor al respecto. 5.1.1.5).- En lo que respecta al numeral 3 de la demanda “NARRACIÓN DE LOS HECHOS, DETALLADOS Y PORMENORIZADOS”, indica que no se cumple el debido proceso, que en el proceso investigativo se afecta el principio de legalidad ya que se incumplieron los plazos previstos en la Resolución No. 029-2015, al haberse mantenido abierto la investigación por más de 43 días cuando el tiempo máximo es de 15 días conforme lo estatuye el inciso segundo del artículo 28, por lo que considera que caducó el ejercicio de la acción disciplinaria. Además aduce que se ha afectado la validez procesal porque el sistema procesal ecuatoriano contenido en el reglamento escrito y caduco se contrapone a la oralidad en todo procedimiento lo cual no ha sido reformado lo cual considera un vicio. Al respecto el tribunal manifiesta: 1.5.1).- Sobre la caducidad del ejercicio de la acción disciplinaria es menester señalar que nuestra legislación no recoge dicha figura sino más bien, la prescripción de la acción disciplinaria en su artículo 106 del COFJ, más sin embargo el artículo 116 ibídem establece: “De oficio o admitida a trámite la queja o denuncia se le dará el procedimiento previsto en el Reglamento que se expedirá para el efecto. En los sumarios disciplinarios se observarán las garantías del derecho de defensa y las demás del debido proceso consagradas en la Constitución...” El tribunal advierte que, la inobservancia del término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Resolución 029- 2015, esto es de la Codificación del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, no acarrea vicio de nulidad de lo actuado visto que, no existe especificidad normativa que así lo prevea, ni trascendencia ya que el actor no ha demostrado, como dicha inobservancia influyó en la decisión, siendo que la fase investigativa, es una actuación previa y precedente al inicio del sumario disciplinario. A una mejor comprensión, el tribunal hace suyo el pronunciamiento vertido en la Resolución No. 275-2009 de por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de fecha 3 de septiembre de 2009 dentro de la causa No. 243-2006, que en lo pertinente señala: “[...] Así, el artículo 192 de la Constitución Política de 1998 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la Justicia, y que ésta no se sacrificará por la sola omisión de formalidades. Con esta base, de origen constitucional. Las reglas generales de proceso, según



lo establecido en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, prevén que la nulidad por la omisión de cualquier solemnidad distinta a aquellas reguladas en los artículos que preceden a la norma invocada, sólo debe ser declarada si concurren los siguientes requisitos: “1 Que la omisión pueda influir en la decisión de la causa; y, 2 Que se haya alegado la nulidad, en la respectiva instancia, por alguna de las partes” si esto es así de manera general, en lo que respecta al recurso de casación las exigencias son aún más rigurosas. Como queda señalado, el artículo 3, numeral 2, de la Ley de Casación, exige que la infracción de una norma procesal, como la contenida en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, de la que se desprende una causal de nulidad, sólo es admisible a los efectos del recurso de casación, cuando dicha nulidad sea “insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”. De lo expuesto y revisado el expediente administrativo se tiene que la actuación de la entidad demandada desde el inicio hasta su resolución, ha sido apegada dentro de los términos legales de prescripción, sin que exista especificidad o vulneración al derecho a la defensa, que acarree nulidad de lo actuado. Por otra parte obra del proceso, la prueba documental de fojas 430, esto es la providencia de fecha 14 de marzo de 2017 con la cual se tiene por probado, la apertura de oficio a la investigación disciplinaria; en ella se identifica la imputación al hoy actor de la presunta infracción tipificada en el numeral 17 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir el accionante LENIN GIOVANNY NARANJO LOPEZ, fue notificado desde el inicio (ffs. 437), con los hechos y cargos plenamente singularizados en legal y debida forma. Esta providencia tiene como fundamento legal el literal a) del artículo 13 (COMPETENCIA) y artículo 28 (INVESTIGACIÓN), ambos del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura. Asimismo revisado el expediente como parte del control de legalidad se tiene como actuaciones previas que forman parte del proceso de investigación (SECCION I, ACTUACIONES PREVIAS, Artículo 28 de la Resolución 029-2015 de 25 de febrero de 2015) las siguientes: Providencia de fecha 14 de marzo de 2017 (ffs. 448), Providencia de 17 de marzo de 2017 a las 15h15 (ffs. 452); Providencia de 17 de marzo de 2017 a las 16h45 (ffs. 455); Acta de Posesión de Perito de 20 de marzo de 2017 (ffs. 468); Acta de Entrega Recepción de 20 de

marzo de 2017 (ffs. 469); Providencia de 22 de marzo de 2017 (ffs. 474); Providencia de 23 de marzo de 2017 (ffs. 484); Providencia del 24 de marzo de 2017 (ffs. 489); Providencia del 27 de marzo de 2017 (ffs. 494); Actuación del 28 de marzo de 2017 (ffs. 504); Providencia del 28 de marzo de 2017 (ffs. 507); Providencia del 28 de marzo de 2017, 16h35 (ffs. 513); Providencia del 28 de marzo de 2017, 17h44 (ffs. 521); Actuación del 29 de marzo de 2017 (ffs. 530); Actuación del 29 de marzo de 2017 (ffs. 534); Actuación del 29 de marzo de 2017 (ffs. 530); Providencia del 29 de marzo de 2017, 11h26 (ffs. 536); Actuación del 29 de marzo de 2017 (ffs. 593); Actuación del 29 de marzo de 2017 (ffs. 546); Providencia del 29 de marzo de 2017, 16h08 (ffs. 547); Actuación del 30 de marzo de 2017, 11h00 (ffs. 563); Providencia del 30 de marzo de 2017, las 13h59 (ffs. 568); Providencia del 31 de marzo de 2017, las 16h28 (ffs. 575); Providencia de 05 de abril de 2017, las 17h10 (ffs. 609); Providencia de 07 de abril de 2017 (ffs. 631); Informe motivado de 27 de abril de 2017 (ffs. 634 a 639). De lo señalado y siendo esta la verdad procesal, a efectos de establecer el tiempo de apertura de la fase investigativa (15 días) al que se refiere el artículo 28 de la Codificación del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura, se tiene que, el expediente de investigación se abrió el 14 de marzo de 2017, y dicho término feneció el 04 de abril de 2017, siendo a entender de este tribunal, que la última actuación investigativa data del 31 de marzo de 2017 (ffs. 575) en el cual de oficio se dispuso se oficie al responsable de la unidad de talento humano para que certifique si el hoy actor, ha solicitado permiso personal para ausentarse los días 29 y 30 de marzo de 2017, siendo de destacar que en las providencias de: 05 de abril de 2017, las 17h10 (ffs. 609) y de 07 de abril de 2017 (ffs. 631) (que serían extemporáneas), no se disponen ninguna actividad indagatoria por parte de la entidad pública, al contrario las mismas responden a pedidos del propio actor, o disponen se agregue la información que con anterioridad y dentro del término de los 15 días que prevé el reglamento, fueron solicitadas, por tanto estas providencias del 05 y 07 de abril de 2017, no disponen ningún tipo de actuación de investigación y por tanto no afecta el debido proceso. Finalmente, corresponde verificar si el informe motivado fue expedido en apego al precitado artículo 28 del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura el cual señala: “ La investigación no podrá

mantenerse abierta por más de quince días. Una vez transcurrido este término se expedirá informe motivado para conocimiento de la autoridad competente, recomendando que proceda a la instrucción del sumario disciplinario o al archivo definitivo del expediente investigativo...” En la especie el informe motivado es emitido el 27 de abril de 2017 (ffs. 634 a 639), es decir vencido el término de los 15 días (04 de abril de 2017), por tanto se ajusta a derecho el accionar de la demandada. 5.1.2).- Sobre la afectación a la validez procesal porque a decir del actor, el reglamento es escrito y caduco y se contrapone a la oralidad en todo procedimiento, el tribunal rechaza dicha aseveración ya que su inconformidad no es en sí contra la actuación propiamente del Consejo de la Judicatura sino contra el reglamento, el cual forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y como tal es de cumplimiento obligatorio no solo para las entidades públicas como lo es el Consejo de la Judicatura sino que también es un deber de todo ecuatoriano conforme lo estatuye el numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente...”, hasta que la autoridad competente en un juicio en que se discuta dicho particular, se pronuncie al respecto, siendo por tanto improcedente lo manifestado por el actor. 5.1.3).- En lo referente al literal b) del numeral 3 de la demanda “SOBRE EL SUMARIO PREVIO A LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA”, el actor indica que sin haber justificado el hecho de tener juicio sometido a decisión judicial, la Dra. Tania Masson Fiallos ha presentado su excusa y que en la petición dirigida al Director del Consejo de la Judicatura se señala que la presunta infracción es la prevista en el numeral 5 del artículo 107 del COFJ, esto es “Incurrir en negativa o retardo injustificado leve en la prestación de servicio que está obligado...” lo cual advierte resulta inmotivada dicha investigación y contradictoria al proceso, y a continuación expone que se aceptó su excusa sin razón suficiente y se designó a otra funcionaria administrativa deslindándose la referida Directora, lo cual a su entender evidencia que la autoridad que debió sustanciar el expediente administrativo, se excusó sin razón ni motivo lo cual afirma vicia el procedimiento, atenta el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Frente a estas acusaciones el tribunal acude nuevamente al expediente administrativo de lo cual se tiene lo

siguiente: A).- De fojas 242 y 243 se tiene la excusa presentada por la Dra. Tania Masson Fiallos, Directora Provincial del Consejo de la Judicatura (E), en la cual precisa la existencia de una investigación previa en la Fiscalía de Pastaza, signada con el número 160101816040166 (059-2016) en su contra y del Ab. Julio Mendoza, Ab. Mónica Ulloa, Asesora Jurídica, y de fojas 244 existe el pronunciamiento de 03 de mayo de 2017 por parte del Director General del Consejo de la Judicatura mediante el cual acepta la excusa, con fundamento en el literal d) del artículo 14 del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura. De lo expuesto es menester señalar que la competencia al Director/a Provincial para iniciar los sumarios administrativos se encuentra estipulada en el artículo 114 del COFJ que señala “INICIACION DE SUMARIOS DISCIPLINARIOS.- Los sumarios disciplinarios se iniciarán de oficio por la Directora o el Director Provincial...” y a continuación el artículo 116 *ibidem* señala: “De oficio o admitida a trámite la queja o denuncia se le dará el procedimiento previsto en el Reglamento que se expedirá para el efecto...” Es decir existe una delegación legal conferida por el legislador al reglamento a fin de establecer la autoridad competente para conocer y sustanciar las actividades relacionadas al control disciplinario, así tenemos que en su artículo 11 se dispone: “Art.11.- Atribuciones de las Directoras o de los Directores Provinciales.- En lo relativo al control disciplinario, corresponde a las Directoras o a los Directores Provinciales: a).- Conocer y sustanciar los sumarios disciplinarios que se inicien en contra de las servidoras y de los servidores de la Función Judicial de su circunscripción territorial...” El tribunal advierte que respecto al control disciplinario en ninguna parte se hace referencia a una competencia conjunta con el Presidente de la Corte Provincial, al contrario es una competencia privativa del Director o Directora, salvo el caso de la existencia de una excusa como el que acontece en el presente caso. Ahora bien, en el numeral 4.4 del pronunciamiento vertido por el Director General del Consejo de la Judicatura (ffs. 245) se indica que “de fojas 224 a 227 consta el acto urgente presentado por el doctor Lenin Giovanny Naranjo López a la Fiscalía General del Estado...” lo cual permite a este tribunal advertir la base sobre la cual el referido Director General adoptó la decisión de aceptar la excusa, en aras de apartar del conocimiento y sustanciación a la Directora encargada. Resulta contradictorio sobre este tema, la posición del actor en su demanda, ya que



inicialmente acusa la persecución y conflictividad que indica ha tenido con la Directora Provincial encargada y por otro lado, acusa que dicha funcionaria ha presentado la excusa en el procedimiento sumarial de forma inmotivada y que no debió darse paso a la misma. Al contrario este tribunal aprecia que el separarse del conocimiento y sustanciación del proceso investigativo, ha garantizado la imparcialidad de la actuación administrativa. B).- Cabe señalar que la imputación de la infracción puede variar hasta el momento de imputar la responsabilidad o desvanecer la presunta comisión de la infracción, sin que ello implique una vulneración a los derechos del administrado, ya que los elementos e indicios originarios, constituyen HECHOS que solo al final del proceso de investigación permiten formar el criterio al funcionario a cargo de conocer y sustanciar los sumarios disciplinarios, e inclusive dicho pronunciamiento puede o no ser acogido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, lo cual revela la naturaleza no vinculante, ya que justamente la fase investigativa permite indagar y establecer la realidad de los hechos, la subsunción al tipo de infracción que corresponda y determinar la responsabilidad del administrado. Sobre el régimen administrativo sancionatorio, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, ha tenido varios pronunciamientos, dos de los cuales este tribunal pasa a citarlos como parte de la motivación del presente caso para un mejor entendimiento de cómo opera el mismo, así tenemos la Resolución No. 582-2017 (Juicio No. 11804-2016-00187) que en lo pertinente ha señalado: c) 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): d) En la especie, el juez sumariado, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, ejerció su defensa respecto a las actuaciones irregulares constantes en las providencias de 16 de noviembre de 2009 y la de 18 de febrero de 2010, mediante las cuales dispuso y adjudicó indebidamente el remate de un bien inmueble en detrimento de los derechos que le correspondía a uno de los propietarios, hecho grave e injustificable jurídicamente, que causó efectos irreparables respecto a la señora Melva Fernández Arias, quien ni siquiera fue parte procesal en el juicio ordinario de tercera instancia excluyente, En consecuencia, desde el inicio del sumario disciplinario la incorrección imputada al sumariado estuvo claramente definida y entendida por el actor, respecto de la cual ejerció su línea de defensa, imputación que nunca varió en la sustanciación y hasta la conclusión del procedimiento administrativo sancionador...”. De su parte en la Resolución No. 836-2017 (Juicio No. 17811-2016-001541) los jueces del referido órgano jurisdiccional han reflexionado así: “[...]4.3. De lo señalado, es evidente que en la sentencia del Tribunal A quo por un lado existe una deficiente motivación, cuando en sus considerandos, se abstiene de referirse a la conducta del sumariado tal como lo sostiene el recurrente, la cual provocó se instaure el procedimiento administrativo en su contra, y que consiste en el hecho de: “...haber actuado en contra de norma expresa, permitiéndose tramitar por más de dos años un expediente judicial que por falta de competencia en la materia no le correspondía; y violando a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes al no haberse inhibido y remitido de manera inmediata el juicio No. 10311-2013-1011, a fin de que sea sorteado entre uno de los señores Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Otavalo. ”, conducta antijurídica que efectivamente se enmarca dentro de la infracción disciplinaria tipificada y sancionada en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial como efectivamente concluye el Pleno del Consejo de la Judicatura al expedir la resolución impugnada; y, que a su vez deviene ciertamente en la falta de aplicación del artículo 264 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece:

“Funciones.- Al Pleno le corresponde: (...) 14. Imponer las sanciones disciplinarias de destitución a las servidoras o los servidores judiciales, con el voto conforme de la mayoría de sus Miembros, o absolverles si fuere conducente. Si estimaré, que la infracción fuere susceptible solo de suspensión, sanción pecuniaria o de amonestación, las impondrá; y,” norma que efectivamente es de determinante aplicación en el presente caso y que no ha sido observada por el Tribunal A quo al emitir su sentencia impugnada; además, tomando en consideración por otro lado que, el juez sumariado, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, ejerció su defensa respecto a las actuaciones irregulares al haber actuado como Juez de la Unidad Civil y Mercantil del cantón Otavalo por más de dos años en el expediente judicial No. 10311-2013-1011 sin tener competencia en razón de la materia conforme a las resoluciones del Consejo de la Judicatura Nos. 19-2013 y 58-2013 de 11 de abril y 13 de junio de 2013 respectivamente; y, no haberse inhibido y remitido de manera inmediata dicho proceso judicial, a fin de que sea sorteado entre uno de los señores Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Otavalo, es decir el sumariado siempre supo de que debía defenderse ya que dicha imputación estaba claramente definida y entendida y así lo hizo, sin que nunca se haya variado tal hecho durante la sustanciación y hasta la conclusión del procedimiento administrativo sancionador...” (lo resaltado le pertenece al tribunal). En el caso concreto, se tiene conforme quedó advertido en el numeral 1.5.1 precedente que, conforme la prueba documental que obra de fojas 430, existe la providencia de fecha 14 de marzo de 2017 con la cual se apertura de oficio a la investigación disciplinaria; en ella de forma expresa se imputa al hoy actor, la presunta infracción tipificada en el numeral 17 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, siendo por tanto esta prueba documental, la que lleva a la convicción de estos juzgadores de que el accionante LENIN GIOVANNY NARANJO LOPEZ, fue notificado desde el inicio (ffs. 437), con los hechos y cargos plenamente singularizados, y ha sido respecto de estos que ha venido ejerciendo su derecho a la defensa. LAS IMPUTACIONES DEBEN HACERSE AL INICO DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO Y NO ÑPUEDEN VARIAR En conclusión, desde lo procedimental y debido proceso, el tribunal estima que el actor no ha desvirtuado las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad del accionar de la entidad demandada.

5.1.4).- SOBRE LA FUERZA MAYOR ALEGADA: Se tiene como hecho cierto y no controvertido por las partes, la inasistencia del actor a la audiencia fijada por el tribunal del cual forma parte, por tanto en principio está configurada y cumplidos los presupuestos fácticos de la existencia de la infracción gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 109 del COFJ la cual acarrea la destitución, más sin embargo la misma norma establece dos excepciones que liberan la responsabilidad del infractor, esto es el caso fortuito y la fuerza mayor, por tanto, la carga de la prueba se traslada de forma inversa a quien alega la excepción. En el caso en estudio, el actor expresamente ha señalado que le es aplicable la FUERZA MAYOR por haber acaecido el resquebrajamiento de la salud de su esposa el día 27 de febrero de 2017 lo cual impidió cumpla con sus obligaciones jurisdiccionales previamente adquiridas. El tribunal sobre la base de las pruebas aportadas por el actor, considera que para que prospere la fuerza mayor alegada, ha de demostrarse no solo la ocurrencia de un hecho ajeno a la voluntad, sino que la misma sea de carácter irresistible, excepcional y sorpresiva lo cual no acontece con la prueba practicada y aportada por el actor, ya que del testimonio de su cónyuge y la certificación de atención médica constante en la historia clínica (ffs. 603 a 606) , constituyen los mismos elementos de convicción para estos juzgadores de que, la enfermedad que aquejaba a la señora Paulina Asucena Tamayo Rodríguez, era PREEXISTENTE y se encontraba en tratamiento (Ver HISTORIA CLÍNICA ffs. 604/ “ENFERMEDAD ACTUAL Y REVISIÓN DE SISTEMAS”), así también , de la prueba documental consistente en la misma historia clínica en concordancia con el testimonio de los médicos vertidos en la audiencia de juicio, se establece el carácter de “urgente” (no estuvo en riesgo la vida) mas no “emergente” del cuadro clínico con el cual llegó al centro de salud pública. Resulta incompleto e impropio sostener que la calificación del diagnóstico de TIÑA PEDIS o PSORIASIS sea determinante para sostener el carácter de “fuerza mayor”, toda vez que lo que el tribunal también valora en su conjunto con los otros medios probatorios es si, las circunstancias en las que se acudió a la atención médica, se encuadran en una situación de carácter irresistible para el actor, que le haya imposibilitado el cumplimiento de su obligación jurisdiccional, siendo que la verdad procesal refleja como hechos ciertos, que la atención médica conforme la prueba documental tuvo lugar según el área médica de triage hospitalario (IRE.P QUINATO) a las



17h44 del 27 de febrero de 2017 (ffs. 603) y el “INICIO DE ATENCIÓN Y MOTIVO” reflejado en la historia clínica 1802918545 (ffs. 609) responde a las 18: 30 del mismo día, mientras que la hora fijada para la realización de la audiencia fue a las 16h00, es decir de los recaudos procesales se tiene como hechos ciertos y probados que la atención médica recibida en el Hospital General Puyo fue con más de una hora cuarenta minutos con posterioridad a la hora fijada para la realización de la audiencia. Sin perjuicio del aporte de los galenos en audiencia de juicio, el tribunal acude a varias páginas web, para comprender el alcance de la significación de la palabra TRIAGE, y así tenemos: “Triage es una palabra francesa que significa clasificar, seleccionar o elegir. Así se ha denominado también al proceso con el que se selecciona a las personas a partir de su necesidad de recibir tratamiento médico inmediato cuando los recursos disponibles son limitados. Originalmente se utilizó para la clasificación de pacientes ante situaciones de catástrofe. Sin embargo, el uso rutinario de los servicios de urgencia de clínicas y hospitales por parte de personas que enfrentan situaciones de salud que no constituyen en sí mismas una emergencia ha llevado a que este sistema también sea usado para designar prioridades en este tipo de atención. En esencia, Triage representa la evaluación rápida de los pacientes y su ubicación en la lista de espera para la atención médica. Por desgracia, muchas personas insisten en ser atendidas de inmediato por orden de llegada y no de gravedad de sus síntomas. El sistema de Triage divide los estados de gravedad en varias categorías incluyendo desde estados críticos a situaciones menos urgentes...”(http://redsalud.uc.cl/ucchristus/servicio-de-urgencia/triage_que_es_para_que_sirve.act) “El triaje es un proceso que permite una gestión del riesgo clínico para poder manejar adecuadamente y con seguridad los flujos de pacientes cuando la demanda y las necesidades clínicas superan a los recursos. Actualmente se utilizan sistemas de triaje estructurado con cinco niveles de prioridad que se asignan asumiendo el concepto de que lo urgente no siempre es grave y lo grave no es siempre urgente y hacen posible clasificar a los pacientes a partir del «grado de urgencia», de tal modo que los pacientes más urgentes serán asistidos primero y el resto serán reevaluados hasta ser vistos por el médico. El sistema español de triaje (SET) y el sistema de triaje Manchester (MTS) son los dos sistemas normalizados de mayor implantación en nuestro país, pero analizamos también el sistema de triaje elaborado en Navarra que se integra en la

historia clínica informatizada (HCI) y que se utiliza en toda la red pública hospitalaria de Navarra. Todos son sistemas multidisciplinarios basados en motivos y en la urgencia de la consulta pero no en diagnósticos y son llevados a cabo por enfermería con apoyo médico puntual. También todos incorporan elementos de monitorización de la calidad del propio servicio de urgencias y cuentan con proyección para poder ser aplicados en el ámbito extrahospitalario. (http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272010000200008). En el “PROTOCOLO DE ADMISIÓN Y EGRESO DEL PACIENTE” del Ministerio de Salud Pública (ffs. 294) se define al triage como: “Es el lugar físico en el que el profesional de enfermería y el personal médico acogen, clasifican y ubican a los enfermos. En los hospitales este término está empezando a no usarse, sustituyéndolo por R.A.C (Recepción Acogida y Clasificación)...” (lo resaltado le pertenece a estos juzgadores). De lo expuesto en correlación a la prueba documental actuada, el tribunal aprecia del documento denominado “MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, HOSPITAL GENERAL PUYO/ SERVICIO DE EMERGENCIAS AREA DE TRIAGE” (ffs. 603), que las circunstancias en las que recibió atención la señora Paulina Asucena Tamayo Rodríguez el día 27 de Febrero del 2017, tuvo una prioridad consignada en el grado “IV” en la escala de “I a V” (siendo, que la I es la de mayor prioridad), y así también la escala de dolor del 1 al 10 la paciente se encontraba en grado 2, y también se precisa en dicho documento que no ha sido rebatido por el actor, que no existía patología previa relevante. Se suma a esto, otros hechos adicionales que permiten verificar que no se subsume el alegato de fuerza mayor, así tenemos que la cónyuge del actor es dada de alta el mismo día, aproximadamente a las 21h30 de la noche conforme lo reconoce el propio actor en la prueba documental que obra de fojas 681, es decir no requirió hospitalización, así tampoco existe prueba alguna que advierta que, la descompensación de la salud en ese momento fue crítica o que haya estado en riesgo la vida del paciente, tan es así que, la valoración médica en la historia clínica (ffs. 606) indica que el médico general se permite efectuar consultas vía telefónica con el Dr. Pedro Cueva, a quien se le remite fotografías del caso para luego obtener los resultados de exámenes y posible diagnóstico y tratamiento (ffs. 606), lo que en apreciación de este tribunal permite concluir que en ese momento no fue una afectación repentina que requería una atención médica inmediata apremiante,

todo lo cual constituyen elementos de convicción para sostener que no fue un acontecimiento extraordinario o de irresistibilidad tal, que suponga una renuncia a sus obligaciones jurisdiccionales por sus obligaciones maritales, las cuales siendo loables, no justifican en el presente caso la calidad de fuerza mayor. El hecho de que la audiencia haya sido señalada en día festivo, y la falta de comparecencia de uno de los abogados a la audiencia penal (hecho que no consta en la demanda pero referidos en audiencia de juicio), no son hechos trascendentes que incidan en lo que el Consejo de la Judicatura resolvió ya que, la fijación de la audiencia fue dada por los propios operadores de justicia, y lo que está en cuestionamiento es la actuación del juez y no de quienes no hayan asistido a la audiencia penal. En mérito de las consideraciones que han sido expuestas, este Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, integrado por: Dr. Walter Garnica Bustamante (juez), Dr. Hernán Salinas Cabrera (juez) y Dr. Diego Gordillo Cevallos (juez ponente), ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, niega la demanda y pretensiones deducidas por LENIN NARANJO LOPEZ por sus propios y personales derechos, en función del análisis y motivación que han sido expuesta. Sin costas ni honorarios que regular. Cúmplase y notifíquese.”

7) DEL RECURSO INTERPUESTO:

El recurso interpuesto por el actor del juicio de instancia, se admitió por los casos **primero, segundo y quinto** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7.1 SOBRE LA CAUSAL PRIMERA del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos

7.1.1 Fundamentación del caso primero:

El Conjuez Nacional, respecto de esta causal admitida hace referencia a los siguientes modos de infracción:

Falta de aplicación de los artículos 181 CRE y 264.14 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que determinan las funciones del Consejo de la Judicatura, indicando que en dichas normas se faculta al Consejo de la Judicatura a imponer sanciones; sin embargo, no se le atribuye el conocer y resolver actuaciones disciplinarias de los jueces indica que el Consejo de la Judicatura ejerce sus funciones a través de las Direcciones Provinciales, que son realizadas por el Presidente de la Corte Provincial estimando que, no se ha

considerado el artículo 7 de la **Resolución del Consejo de la Judicatura No. 029-2015**, que contenía la Codificación del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura, la cual establecía que son sujetos activos dentro del sumario disciplinario e) Los Directores Provinciales; menciona que tampoco se consideró el Art. 11 de la misma Resolución, el cual establece las atribuciones de los Directores Provinciales, entre las que está: a) Conocer y sustanciar lo sumarios disciplinarios que se inicien en contra de los servidores de la Función Judicial de su circunscripción territorial, excepto aquellos que se encuentren comprendidos en el inciso final del Art. 114 del COFJ, **norma que ha sido indebidamente aplicada**, artículo que contempla que en caso de denuncias en contra de los directores provinciales, será el Pleno del Consejo de la Judicatura quien tramite los sumarios e imponga las sanciones correspondientes. Por lo indicado, arguye que no se tomó en cuenta que la autoridad competente para tramitar su sumario disciplinario, era el Pleno del Consejo de la Judicatura y no la Coordinadora de Unidades Judiciales de Pastaza del Consejo de la Judicatura, quien habría decretado de oficio la apertura del proceso disciplinario; **incurriendo en la omisión de solemnidad sustancial prevista en el artículo 107.2 del COGEP que ocasiona la nulidad procesal la cual no ha sido convalidada legalmente**, alegando que con ello, se le dejó en indefensión pues el Tribunal no otorgó las condiciones para asegurar la adecuada defensa de sus derechos.

7.1.2 Sobre el caso primero del artículo 268 del COGEP:

El caso primero del artículo 268 del COGEP, se refiere al vicio del auto o sentencia recurrida que se genera:

“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no hay sido subsanada en forma legal”.

La doctrina y los fallos expedidos por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia y por las que pertenecen a la actual Corte Nacional de Justicia, coinciden en señalar que:

“Por medio de esta causal se impugna la inobservancia de las formas legales que garantizan la válida constitución y desenvolvimiento de la relación procesal a través de la denuncia de errores in

procedendo que impidan el pronunciamiento de la sentencia de mérito o de fondo. En consecuencia, cuando una de las partes estima que existe motivo de nulidad que debe ser declarada, puede acceder a la casación a través de la causal...” (R.O. No.109 de 20 de junio de 2000 p.27. Citado por Manuel Tama “El recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional”. Edilex. 2011. Guayaquil. Pág.190).

Humberto Murcia Ballén, enseña (“Recurso de Casación Civil”, 4ta. edición, Edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, pág. 275) que:

“Por cuanto las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes, tienen individualidad propia y en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas un mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas...”

7.1.3 La norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen trae varios elementos que deben ser enunciados:

a) Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas; es por ello que, respecto de una misma norma no puede alegarse sino uno de esos yerros (aplicación, indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); por consiguiente, si se escogen dos modos o tres, para denunciar la infracción de una misma norma, el recurso es absolutamente improcedente, por una evidente incongruencia y contradicción. Es indispensable por tanto que el recurso exprese con claridad y precisión cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

b) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; cabe entonces preguntar, en qué circunstancias pueden estar presentes estos dos institutos jurídicos que trae la causa; al respecto, se puede apreciar, sobre la nulidad que al caso es aplicable el principio jurídico de que sin texto no hay nulidad (*pas de nullité sans texte*); el cual está recogido en el Art. 107 del COGEP. Del mismo modo, en el caso de la denuncia de indefensión, definida como el hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho a defenderse dentro de un proceso judicial. Se impide la defensa cuando se imposibilita, se prohíbe, o se priva que la persona pueda exponer su posición en el juicio o presentar y actuar pruebas

para justificar su derecho. Se restringe la defensa en cambio, cuando se dificulta, se veda, se coarta o se obstaculiza ese derecho; a través de distintos medios, sean físicos, de autoridad o jurídico-procesales; imposibilitando el uso de los medios o haciendo que estos sean realmente insuficientes, para la finalidad perseguida por la persona que sufre esa acción o esa omisión.

Varias son las normas jurídicas que trae la Constitución ecuatoriana, orientadas a garantizar los derechos de defensa de las personas; así: artículo 75 relativo al acceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, artículo 76 que contiene varias garantías al debido proceso; artículo 77; entre otros; varios de los cuales están desarrollados en varios cuerpos legales. Consecuentemente, cuando se denuncian los vicios relativos a esta causal, en la modalidad de indefensión, es indispensable que se establezca cuáles son los hechos o las omisiones que justificarían esa denuncia, remitiéndose igualmente a las normas jurídicas nacionales o convencionales que determinen ese vicio.

c) Que evidenciándose la causa de nulidad o los elementos que justifiquen la existencia de la indefensión hayan influido, por la gravedad de la transgresión, en la decisión tomada por el Juzgador de instancia; la cual opera condicionada a que esa nulidad no haya sido objeto de subsanación legal en el proceso.

La **falta de aplicación** es un yerro que implica que el juzgador omitió escoger, para dar solución al problema jurídico identificado en el proceso judicial, la norma pertinente para ese efecto; es por ello que la exigencia de que la fundamentación del recurso de casación debe ser clara y precisa, determina una obligación jurídica a quien interpone el recurso extraordinario de casación, para explicar, con razonamiento lógico y jurídico, el por qué la norma infringida debía ser la llamada a ser aplicada a los hechos resultantes de las pruebas procesales y, obviamente, las razones por las que el juzgador dejó de usar esa disposición. Desde luego que este vicio determina una situación de hermanamiento, con la indebida aplicación, ya que el Juez para tomar la decisión cuestionada, debe haber aplicado una norma que no es la que corresponde al caso, de ahí que, el vicio denunciado que debe estar unido o hermanado a la indebida aplicación, debe ser determinante para la toma de la resolución judicial; lo cual acontece también a la inversa; es decir, cuando se acusa la indebida aplicación de una norma, la implicancia lógica e inmediata es que se haya dejado de aplicar la norma correspondiente a los hechos procesales.

La **indebida aplicación** es un yerro que se presenta en el caso de que el juzgador de instancia aplica, a la verdad material que surge del proceso judicial, una norma que no está llamada a solucionar la controversia, pese a que la disposición jurídica ha sido entendida adecuadamente en su real dimensión; sin embargo, se la utiliza en un caso para el cual no está destinada.

Se estima, como en otros casos propios de los casos de casación que contempla la Ley que la fundamentación de este yerro debe contener una proposición jurídica completa; debiendo por ello hacer la debida determinación del hermanamiento que la indebida aplicación trae con el yerro de falta de aplicación, toda vez que si la norma aplicada erradamente por el juzgador, debe explicarse cuál o cuáles son las disposiciones jurídicas que debían ser aplicadas debidamente y que no fueron usadas por el juzgador para la resolución del caso.

7.1.4 Análisis y motivación:

7.1.4.1 Este Tribunal de Casación observa que la normativa cuestionada ordena:

Por falta de aplicación:

Constitución de la República del Ecuador

Art. 181. *Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley:*

1. *Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.*
2. *Conocer y aprobar la pro forma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.*
3. *Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.*
4. *Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.*
5. *Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.*

Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán por mayoría simple.

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 264.- *(Sustituido por el Art. 10 de la Ley s/n, R.O. 490-2S, 13-VII-2011).- Al Pleno le corresponde(...)*14. *Imponer las sanciones disciplinarias de destitución a las servidoras o los servidores judiciales, con el voto conforme de la mayoría de sus Miembros, o absolverles si fuere conducente. Si estimare, que la infracción fuere susceptible solo de suspensión, sanción pecuniaria o de amonestación, las impondrá”.*

Código Orgánico General de Procesos

Art. 107.- Solemnidades sustanciales. *Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: (...)*

2. *Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.*

Por aplicación indebida

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 114.- Iniciación de sumarios disciplinarios.- *Los sumarios disciplinarios se iniciarán de oficio por la Directora o el Director Provincial, o por la unidad que el Consejo de la Judicatura establezca de manera general, cuando llegare a su conocimiento información confiable de que el servidor de la Función Judicial ha incurrido en una presunta infracción disciplinaria sancionada por este Código.*

También podrá iniciarse por denuncia presentada por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad.

En caso de denuncias en contra de Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, del Director General, de los directores regionales o provinciales y de los directores de las comisiones o unidades, será el Pleno del Consejo de la Judicatura quien tramite los sumarios e imponga las sanciones correspondientes.

7.1.4.2 La causal invocada refiere con claridad los modos de infracción relacionados con normas jurídicas de orden procesal; que son aquellas que se encargan de instrumentar el procedimiento que debe observarse para efectos del ejercicio de los derechos u obligaciones que están prevenidos por las normas sustantivas. Por consiguiente, esta clase de normas jurídicas tienen como propósito crear, reformar o derogar aspectos que dicen relación con el proceso judicial.

Al respecto el artículo 164 de la Constitución establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, ordenando que las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal; teniendo el sistema procesal la finalidad sustancial de hacer efectivas las garantías del debido proceso; sin que pueda sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades. Ahora bien, la disposición constitucional denunciada como infringida, contiene una norma en la que se fija la competencia asignada al Consejo de la Judicatura, compuesta por cinco habilitaciones jurídicas; ninguna de las cuales ha sido mencionada de modo expreso por la casacionista; sin que el Juez de casación esté habilitado, por el principio dispositivo, para suplir las deficiencias del recurso de casación interpuesto. En efecto el principio

dispositivo asigna a las partes procesales la legitimación suficiente para fijar el ámbito dentro del cual el Juzgador debe actuar; esto es, la iniciativa para el ejercicio de sus derechos en el proceso; determinando el objeto de la controversia, proponiendo y actuando las pruebas; como también ejerciendo su derecho de recurrir de aquellas decisiones judiciales que le causen agravio.

En el caso del recurso de casación, el recurrente refiere la infracción al artículo 181 de la CRE; sin embargo, no precisa cuál de los cinco numerales que trae la norma es el que incurrido en el yerro denunciado, situación que no puede ser suplida por esta Sala Especializada; razón por la cual no cabe pronunciamiento en torno a este vicio.

7.1.4.3 Respecto de la falta de aplicación del artículo 264.14 del Código Orgánico de la Función Judicial que habría conducido a la indebida aplicación del artículo 114 del mismo cuerpo legal habrían viciado el proceso de nulidad insubsanable y por la gravedad hayan influido en la decisión de la causa.

Las normas que se denuncian como infringidas por falta de aplicación establecen (Art. 264.14 COFJ) que, es de competencia del Consejo de la Judicatura el ejercicio de la potestad sancionadora de orden disciplinario a los servidores judiciales que incurran en las respectivas causales; decisión para la que se requiere del voto mayoritario de sus integrantes; en tanto que el artículo 114 (COFJ) que se expresa, ha sido aplicado indebidamente en la sentencia atacada, establece el procedimiento para el inicio del sumario administrativo; norma que refiere que en caso de denuncias en contra de los directores regionales o provinciales del Consejo de la Judicatura, la competencia para el trámite de estos procedimientos y para la imposición de las peticiones a que hubiere lugar será el Pleno del Consejo de la Judicatura.

Esta Sala Especializada aprecia al respecto que las dos disposiciones citadas, en realidad son disposiciones complementarias de carácter procesal; la primera que se dice omitida por el juzgador de instancia que fija la competencia para sancionar y la segunda hermanada con aquella, acusada de indebidamente aplicada, refiere también la competencia sancionadora que corresponde al Consejo de la Judicatura en el caso en que, la consecuencia de la infracción cometida fuere calificada como gravísima, como es el caso de la destitución. Competencia que desde luego en el caso no se discute, ya que la acusación del casacionista refiere más bien que el procedimiento sumario administrativo debió tra-

mitarse en el Pleno del Consejo de la Judicatura; lo cual, de acuerdo al artículo 114 en cita, solo acontece en el evento de que se haya formulado denuncia en contra de los servidores judiciales que refiere la norma; mas en el caso, ese trámite ha sido iniciado de oficio; es decir por causal de inicio del movimiento administrativo disciplinario, distinto a la denuncia.

Sin que por tanto ese trámite haya estado viciado por violaciones al debido proceso ya que el recurrente ejerció de modo libre su derecho a la defensa; por consecuencia de ello, es evidente que no se ha justificado tampoco la trascendencia de los vicios acusados; puesto que en adición a lo expuesto no se encuentra en la especie, que la sentencia recurrida haya incurrido en el vicio de nulidad prevenido como causal de aquello en el numeral 2 del artículo 107 del COGEP; ya que el acto administrativo impugnado fue expedido por autoridad competente; esto es, por el Pleno del Consejo de la Judicatura; por lo que, el recurso por este extremo es improcedente.

7.2 SOBRE EL CASO SEGUNDO del artículo 268 del COGEP

7.2.1 Fundamentación del caso segundo:

El recurrente indica que la sentencia impugnada no cumple con los requisitos de motivación, obligación pública establecida como garantía del debido proceso, en los artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, y, artículos 89, 95.6 y 95.7 del COGEP, al considerar que los hechos probados en el proceso judicial, no fueron en realidad cotejados con la fuerza mayor que fuera justificada respecto de los hechos que motivaron la sanción impuesta por la Administración demandada y recurrida judicialmente ante el Tribunal Distrital de instancia; que el fallo no cumple con los nuevos estándares de motivación determinados por la Corte Constitucional, en su sentencia No. 1158-17-EP/21 aplicables al caso.

Señala asimismo que los justificativos que obran del proceso de instancia, determinaban la necesidad de establecer los hechos efectivos que motivaron la sanción y la de valorar la fuerza mayor como eximente de su responsabilidad como la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción. Que la determinación de los hechos y del derecho evidenciados en el fallo que ataca, son arbitrarios y rompen la garantía de motivación.

Afirma igualmente que los hechos expuestos en la audiencia de juicio por las declaraciones de los galenos que estuvieron al momento del quebranto grave de una paciente y de la propia afectada en su

salud, se estableció la fuerza mayor del accionante, asistir, como Juez integrante de un Tribunal a una audiencia judicial.

7.2.2 Sobre el caso segundo del artículo 268 del COGEP:

El caso segundo del artículo 268 del COGEP invocado, establece:

“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...”.

La motivación es una obligación que tiene todo órgano público, y los órganos judiciales dentro de ellos, a fin de que sus decisiones contengan las explicaciones necesarias que permitan a las partes, principalmente, comprender el alcance de la resolución adoptada por el juzgador.

La motivación no es el elemento de forma; al contrario, es un requisito esencial para el valor mismo de la decisión pública, pues permite proscribir la arbitrariedad judicial, obligando a quien juzga a sustentar las razones por las cuales se decanta de tal manera, para dirimir la controversia puesta a su conocimiento y decisión. Adicionalmente, la adecuada motivación, permite a quien va dirigida la decisión, conocer el por qué sus derechos o intereses han sido negados, desconocidos o no reconocidos; lo cual le habilita el ejercicio de otros derechos, como es el de impugnar las resoluciones contradiciendo los argumentos en los que se sustenta el fallo. Asimismo la garantía de la motivación genera una forma de legitimación de la propia decisión pública, por efecto de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, por parte de una autoridad competente que trae como resultado el sometimiento a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva.

Las normas jurídicas, que señala el actor, cuya inobservancia lesiona su garantía de motivación se contienen en los artículos:

Constitución de la República:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos

administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Código Orgánico General de Procesos:

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.*

Art. 95.- *Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá: (...) 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. 7. La motivación.*

7.2.3 Análisis y motivación sobre la causal.- Las normas transcritas, como se ha dicho, refieren a la motivación constituye un elemento sustancial de las decisiones públicas, por ello se trata de una garantía del derecho al debido proceso que tienen los administrados y, por ello mismo es obligación de toda autoridad pública expresar las razones fácticas y jurídicas, que le conducen a la toma de una decisión, respecto de los asuntos que corresponden a sus competencias fijadas en el ordenamiento jurídico.

La sentencia de la Corte Constitucional No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, pertinente ha señalado que: *“...una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente...”* (Párrafo 61).

A juicio de la Corte Constitucional, los vicios en la motivación no determinan o no se orientan a pretender, por quien los alega, a lograr la corrección de lo decidido en la decisión judicial recurrida. Establece, en el fallo referido, (párr. 66) un estándar de motivación nuevo determina la existencia de “tres tipos básicos de deficiencia motivacional”; siendo estos:

- a) la inexistencia**, que se presenta cuando *“...la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica”* (párr. 67);
- b) la insuficiencia**, que se produce cuando “...



la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia” (párr. 69);

c) la apariencia de motivación en la decisión pública sujeta al control, vicio que se presenta: “... cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional”. (párr. 71) Apariencia que vicia la motivación con relación a la argumentación (párr. 72).

Respecto de la apariencia de motivación la Corte Constitucional, en la misma sentencia y párrafo identifica como vicios motivacionales relacionados con la apariencia; respecto de los cuales deja expreso su criterio de que esta clasificación no es “estricta ni cerrada”; es decir pueden existir otras que expliquen la apariencia motivacional; vicios entre los que está el de **inatinerencia**, cuya característica se presenta cuando la argumentación jurídica puede aparentar la suficiencia, pero puede viciarse “por contener razones inatinentes a la decisión que se busca motivar y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues la razones inatinentes no sirven para fundamentar una decisión” (párr.79); reitera la Corte Constitucional que (párr.80): “Hay inatinerencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate Dicho de otro modo, una inatinerencia se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial”.

7.2.4 Análisis y motivación sobre la causal: La sentencia recurrida, en lo relacionado a la fuerza mayor alegada por el accionante, afirma que se tiene como hecho cierto la inasistencia del actor a la audiencia fijada por el tribunal del cual formaba parte “por tanto en principio está configurada y cumplidos los presupuestos fácticos de la existencia de la infracción gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 109 del COFJ la cual acarrea la destitución”; no obstante, señalan, la misma norma contiene dos excepciones liberatorias de responsabilidad, como son el caso fortuito y la fuerza mayor, por lo que la carga de la prueba “se traslada de forma inversa a quien alega la excepción”; que el actor señala que a él le corresponde la fuerza mayor, por el requebrajamiento de la salud de su esposa el 27 de febrero

de 2017, impidiéndole que cumpla su obligación jurisdiccional.

Que, sobre la base de las pruebas aportadas por el actor, considera que la fuerza mayor, ha de demostrarse no solo con la ocurrencia del

“hecho ajeno a la voluntad, sino que la misma sea de carácter irresistible, excepcional y sorpresiva lo cual no acontece con la prueba practicada y aportada por el actor, ya que del testimonio de su cónyuge y la certificación de atención médica constante en la historia clínica (ffs. 603 a 606), constituyen los mismos elementos de convicción para estos juzgadores de que, la enfermedad que aquejaba a la señora Paulina Asucena Tamayo Rodriguez, era PREEXISTENTE y se encontraba en tratamiento (Ver HISTORIA CLÍNICA ffs. 604/ “ENFERMEDAD ACTUAL Y REVISIÓN DE SISTEMAS”), así también, de la prueba documental consistente en la misma historia clínica en concordancia con el testimonio de los médicos vertidos en la audiencia de juicio, se establece el carácter de “urgente” (no estuvo en riesgo la vida) mas no “emergente” del cuadro clínico con el cual llegó al centro de salud pública. Resulta incompleto e impropio sostener que la calificación del diagnóstico de TINA PEDIS o PSORIASIS sea determinante para sostener el carácter de “fuerza mayor”, toda vez que lo que el tribunal también valora en su conjunto con los otros medios probatorios es si, las circunstancias en las que se acudió a la atención médica, se encuadran en una situación de carácter irresistible para el actor, que le haya imposibilitado el cumplimiento de su obligación jurisdiccional, siendo que la verdad procesal refleja como hechos ciertos, que la atención médica conforme la prueba documental tuvo lugar según el área médica de triage hospitalario (IRE.P QUINATO A) a las 17h44 del 27 de febrero de 2017 (ffs. 603) y el “INICIO DE ATENCIÓN Y MOTIVO” reflejado en la historia clínica 1802918545 (ffs. 609) responde a las 18:30 del mismo día, mientras que la hora fijada para la realización de la audiencia fue a las 16h00, es decir de los recaudos procesales se tiene como hechos ciertos y probados que la atención médica recibida en el Hospital General Puyo fue con más de una hora cuarenta minutos con posterioridad a la hora fijada para la realización de la audiencia”.

Recurren los juzgadores, a páginas web para entender el alcance del término triage, para una atención rápida y su ubicación para la prioridad en la atención requerida; recurriendo luego al documento del servicio de emergencias y área de Triage del Ministerio de Salud, relacionadas con la atención

médica a la señora Paulina Asucena Tamayo Rodríguez(sic), el 27 de febrero del 2017, de la que refieren que tuvo una prioridad IV de V, y dolor en escala de 2 de 10; lo que permite concluir que el caso no se subsume en la fuerza mayor alegada; siendo que la paciente fue dada de alta a las 21h30 sin requerir hospitalización. Sin que se haya demostrado que la vida de dicha paciente haya estado en riesgo, sosteniendo que el caso no es *“un acontecimiento extraordinario o de irresistibilidad tal, que suponga una renuncia a sus obligaciones jurisdiccionales por sus obligaciones maritales, las cuales siendo loables, no justifican en el presente caso la calidad de fuerza mayor”*.

El hecho de que la audiencia haya sido señalada en día festivo, y la falta de comparecencia de uno de los abogados a la audiencia penal (hecho que no consta en la demanda pero referidos en audiencia de juicio), no son hechos trascendentes que incidan en lo que el Consejo de la Judicatura resolvió ya que, la fijación de la audiencia fue dada por los propios operadores de justicia, y lo que está en cuestionamiento es la actuación del juez y no de quienes no hayan asistido a la audiencia penal.

Como se aprecia de la sentencia atacada el objeto de la controversia *“está vinculado con determinar la legitimidad y legalidad de la actuación del Consejo de la Judicatura respecto de la resolución impugnada, mediante la cual se resolvió imponer la sanción de destitución a la parte actora, en función de los argumentos y pretensiones expuestas en la demanda y que han sido negados por la entidad demandada”*. Se ha dejado establecido igualmente que el accionante del juicio de instancia ejercía funciones de Juez Provincial de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza.

En consecuencias de lo anterior es claro que entre el accionante y el Consejo de la Judicatura, como órgano de gobierno y administración de la Función Judicial, por efecto de la prestación de servicio civil, propia de ésta, se había generado una relación administrativa de orden disciplinario, atribución que también le ha sido asignada a dicho Consejo, por la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Suay Rincón, define a la potestad sancionadora como *“el poder que atribuye el ordenamiento jurídico a la Administración para –reprimir–, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de la relación de servicio que une a estos con aquellas”*

(citado por Manuel Gómez T. y Iñigo Sanz R *“Derecho Administrativo Sancionador, Thomson Reuter, 4ta Edición, p.245”*). Es claro entonces que la relación disciplinaria constituye a la Administración como sujeto activo de ella y, al servidor público como sujeto pasivo de ella.

Por consiguiente, cuando el agente público, en ejercicio de la función que ejerce de acuerdo a su nombramiento, incurre en incumplimiento de sus deberes disciplinarios, por acción o por omisión, de acuerdo al respectivo ordenamiento jurídico al que se rige, tendrá como consecuencia la imposición de la sanción disciplinaria a que hubiere lugar; de modo que, cuando la Administración ejerce esta potestad, está obligada a romper la presunción de inocencia, esto es, a probar el cometimiento de la infracción, así como la responsabilidad del empleado que la hubiere cometido, a fin de imponer la sanción pertinente, para lo cual debe establecer la potencialidad de eximentes de responsabilidad y la proporcionalidad de la sanción; por manera que, es la conducta del empleado la que está sujeta al procedimiento sancionador disciplinario.

Ahora bien, la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en Ambato, materia del presente recurso, al referirse al cometimiento de la infracción disciplinaria por parte de Lenin Giovanni Naranjo López se limita a señalar únicamente que siendo un hecho cierto la inasistencia del servidor a cumplir su obligación jurisdiccional se ha configurado y cumplidos los presupuesto fácticos de la existencia infracción gravísima que trae el numeral 17 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, que acarrea la destitución. Señalando además que esa norma libera de esa responsabilidad al caso fortuito y fuerza mayor, siendo esta última a la que se refiere el actor, por el resquebrajamiento de la salud de su cónyuge producido el 27 de febrero de 2017, que le impidió asistir a una audiencia convocada en un proceso penal.

Ahora bien, como se ha detallado no solo en la transcripción del fallo recurrido, sino también en el relato hecho por la Sala en este considerando, se tiene establecido con absoluta claridad que los juzgadores hacen un estudio pormenorizado de la situación de salud de la cónyuge del servidor judicial, determinando cómo ha sido la atención recibida, la dolencia sufrida y la gravedad de la misma, sobre cuya base, que la estiman determinante para establecer que no se ha justificado la fuerza mayor. Son estos elementos precisamente que llevan



a esta Sala Especializada a establecer que el fallo interpelado incurre en el vicio de apariencia motivacional; puesto que, es de toda evidencia que la fundamentación fáctica del caso se relacionaba con el cometimiento de la falta disciplinaria por parte del empleado; es decir respecto de la legalidad de la sanción impuesta al ahora casacionista por parte del Consejo de la Judicatura; siendo que la esencia del análisis que se efectúa en la sentencia se relaciona con la gravedad de la enfermedad de la esposa del servidor, quien no fue la persona que había sido sumariada y no tenía relación administrativa con la entidad accionada; de modo que, la argumentación contenida en esa motivación carece de la sustentación fáctica que trae el proceso judicial; esto es incurre en el vicio de apariencia en su modalidad de inatención por cuanto, aparentando suficiencia, contiene razones que no corresponden al caso objeto de la Litis; no tienen que ver con el punto controvertido; en efecto en el procedimiento sancionador en sede administrativa no estaba sometida a decisión la salud de la esposa del accionante, sino la responsabilidad disciplinaria de éste; equivocando con ello el punto de la controversia judicial. Hecho que se agrava por cuanto la “enferma”, no era parte tampoco del proceso judicial.

Todo lo cual conduce a esta Sala Especializada a estimar, por este extremo, el recurso de casación interpuesto; por consecuencia, corresponderá, en función de lo que dispone el artículo 273.3 del COGEP, expedir la sentencia de mérito que corresponda.

7.3 SOBRE EL CASO QUINTO del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

7.3.1 Fundamentación del caso quinto: Sobre la esta causal, el casacionista alega la falta de aplicación de los artículos 110 del Código Orgánico de la Función Judicial y 30 del Código Civil; afirmando que en la sentencia recurrida se omite aplicar el artículo 30 del Código Civil ya que el Tribunal no considera el acontecimiento por el que se le destituye, que a pesar de haberse previsto no pudo resistirse ya que la enfermedad se agravó, por lo que señala tuvo que acudir a la emergencia al Hospital General Puyo para la atención de su esposa, con lo que justifica su inasistencia. Indica que el caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo con el artículo 109 numeral 7 del COFJ y 337 del Código Orgánico Administrativo, son eximentes de responsabilidad disciplinaria, es una expresión de los derechos y garantías a favor de los funcionarios sumariados ya que al presentarse estos eventos se impide la configuración de responsabilidad. Considera que de haber aplicado el Tribunal el artículo

30 cuestionado hubiera concluido que la inasistencia se debió a una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor a la que no podía resistirse, debido a que se encontraba en juego la salud de su esposa. Respecto de la falta de aplicación del artículo 110 del Código Orgánico de la Función Judicial considera que la calificación de la infracción disciplinaria como susceptible de suspensión o destitución requiere de la satisfacción de los 6 criterios establecidos en dicha norma, siendo una norma imperativa que no puede ser desatendida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, ni por el Tribunal Distrital. Razona que al realizar el control de legalidad el Tribunal estaba en obligación de verificar que la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura por la cual se le destituye contiene el juicio valorativo contenido en el artículo 110 del COFJ.

7.3.2 Sobre el caso quinto del artículo 268 del COGEP:

La causal invocada, a la letra establece como causal de casación, la siguiente:

“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”.

Mediante esta causal es factible la imputación de violación directa de norma jurídica sustantiva que se produce cuando las disposiciones infringidas incurren en alguno de los modos de infracción de: falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, que debían aplicarse o que se han aplicado en la decisión judicial de la que se recurre, a efectos de que, subsumidas al precedente fáctico resultante del proceso, pueda darse la solución al conflicto puesto a resolución judicial. Lo dicho permite establecer que en esta causal, el recurrente, no tiene objeción alguna que realizar sobre tales precedentes fácticos, puesto que los vicios solo están relacionados con las normas jurídicas sustantivas pertinentes para la solución de la controversia. Humberto Murcia Ballén enseña que, *“el error desde el punto de vista jurídico, es la falsa declaración de la voluntad de la ley, relativa a la cuestión controvertida, los vicios in judicando, también llamados “vicios de juzgamiento”, son los yerros en que incurre el juez al dirimir el conflicto, ya sea porque elige mal la norma sustancial, lo que lo conduce a aplicar un texto impertinente, dejando de aplicar el que corresponde, o a aplicar éste, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene”.* (La Casación en Colombia, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, Colombia, 2005, p.268).

Afirma el autor citado que, “Como lo ha anotado la doctrina el error in iudicando se produce en la inobservancia del deber que le asiste al juez al sentenciar secundum jus; de ahí que en tal supuesto de hable de error de juicio, o de yerro en la actividad intelectual realizada por el juez para la decisión del conflicto” (p.268).

La falta de aplicación, alegada por el recurrente, es un yerro que implica que el juzgador omitió escoger, para dar solución al problema jurídico identificado en el proceso judicial, la norma pertinente para ese efecto; es por ello que la exigencia de que la fundamentación del recurso de casación debe ser clara y precisa, determina una obligación jurídica a quien interpone el recurso extraordinario de casación, para explicar, con razonamiento lógico y jurídico, el por qué la norma infringida debía ser la llamada a ser aplicada a los hechos resultantes de las pruebas procesales y, obviamente, las razones por las que el juzgador dejó de usar esa disposición. Desde luego que este vicio, determina una situación de hermanamiento, con la indebida aplicación, ya que el Juez para tomar la decisión cuestionada, debe haber aplicado una norma que no es la que corresponde al caso, de ahí que, el vicio denunciado que debe estar unido o hermanado a la indebida aplicación, debe ser determinante para la toma de la resolución judicial; lo cual acontece también a la inversa; es decir, cuando se acusa la indebida aplicación de una norma, la implicancia lógica e inmediata es que se haya dejado de aplicar la norma correspondiente a los hechos procesales.

7.3.3 Análisis y motivación:

La normativa cuestionada, vigente a la fecha de la expedición de la Resolución impugnada establecía:

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 110.- Circunstancias constitutivas.-

La calificación de una infracción disciplinaria como susceptible de suspensión o destitución, en los casos que se utilizan estas expresiones en los artículos precedentes, se hará de acuerdo con las siguientes circunstancias constitutivas:

1. Naturaleza de la falta;
2. Grado de participación de la servidora o servidor;
3. Haberse cometido el hecho por primera vez o en forma reiterada;
4. Tratarse de hechos que constituyan una sola falta o una acumulación de faltas;
5. Los resultados dañosos que hubieran producido la acción u omisión; y,
6. Otros elementos atenuantes o agravantes

que consten del sumario disciplinario.

Se exceptúan los casos en que la ley ya realiza la calificación o dispone que se apliquen sanciones determinadas por la comisión de dichas infracciones.

Código Civil

Art. 30.- *Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*

Si bien las normas legales cuya falta de aplicación ha sido denunciada, pertenecen al orden sustantivo y cuya pertinencia en la causa ha sido evidenciada; no es menos verdad que la fundamentación del recurso para la justificación de este yerro, determina la necesidad de que la Sala debe recurrir a los hechos, relacionados con la actuación administrativa y con la actuación procesal en instancia judicial; lo cual desnaturaliza la causal y yerro invocado, ya que ninguno permite, en la denuncia de vicios in iudicando, asistirse para la decisión en casación, a los precedentes fácticos del proceso de instancia, los que, se reitera, no son objeto de análisis en la causal quinta; a lo cual ha de agregarse que, tampoco la fundamentación de fondo sobre la falta de aplicación denunciada contiene una proposición jurídica completa, ya que ese yerro se vincula inseparablemente, de la potencial aplicación indebida, en la sentencia o auto, de normas jurídicas que no eran las llamadas a dar solución judicial al conflicto y que han sido aplicadas por el juzgador que profiriera la decisión interpelada; elementos, los descritos, que conducen a establecer la improcedencia del recurso por la causal y el yerro analizado.

8. SENTENCIA DE MÉRITO:

8.1 Esta Sala Especializada es competente para el conocimiento y resolución de la causa, y de expedir sentencia de mérito en virtud de lo que ordena el artículo 273.3 del COGEP.

8.2 De la demanda: El ciudadano LENIN GIOVANNY NARANJO LÓPEZ, formula acción de plena jurisdicción o subjetiva en contra de la Resolución de 20 de julio de 2017 expedida por el PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA, por la cual le destituyeron del cargo de Juez Provincial de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, solicitando se declare su nulidad, y en consecuencia, se disponga el reintegro a sus funciones, así como el pago de remuneraciones dejadas de percibir, desde la fecha de destitución hasta la fecha de la efectiva reincorporación al cargo; subsidiariamente, pretende que en sentencia



se declare ilegal y nula la resolución y acción de personal.

Arguye el actor que el 11 de julio de 2017 fue notificado por el Consejo de la Judicatura con la recepción del expediente disciplinario y el 13 de ese mes y año se toma la decisión sancionatoria de destitución, que le es notificada el 20 de julio de 2017; en contra de la cual pidió su revisión, petición que le ha sido negada el 26 de julio de 2017, al señalarse que las decisiones del Consejo de la Judicatura no son objeto de recurso alguno; para luego notificarle con la respectiva acción de personal el 23 de agosto de 2017.

Que, para el sábado 27 de febrero de 2017 a las 16h00 (feriado d carnaval), se había convocado una audiencia de fundamentación el recurso de apelación correspondiente al proceso penal 16281-2016-00403 (1), cuyo Juez Ponente de la Sala, era el juez Bolívar Torres y el secretario el Ab. Roberto Benavides; que, cuando se trasladaba a la Corte Provincial para asistir a esa diligencia; a eso de las 15h40 su cónyuge PATR (cuya identidad esta Sala la protege por no ser parte procesal, usando solo sus iniciales), ha sufrido un quebranto en su salud, manifestando comezón en todo su cuerpo, malestar intenso con reacciones alérgicas que eran visibles, debido a una herida que padecía en la planta de su pie izquierdo, impidiéndole caminar; razón por la que, como esposo tenía la obligación de asistirle, buscando la atención cerca del domicilio ubicado en la parroquia Shell, sin encontrar médico por el feriado; lo cual determinó que se traslade al Hospital General del Puyo. Que por el estado de salud de su esposa, llamó al Juez ponente, quien no contestó el teléfono, por lo que se comunicó con el secretario de la Sala a quien informó de la situación, antes del inicio de la audiencia fijada; con quien horas antes se comunicó y se informó que estaba viajando desde la ciudad de Ambato; de modo que, los dos servidores conocían de la situación descrita y de la preocupación por asistir a la diligencia; son que haya existido actuación negligente de su parte. Que, a eso de las 16h10, llevándole en brazos a su cónyuge, ingresó en el Hospital, en el cual había gran concurrencia de personas esperando atención médica; que luego de más de una hora, logró la atención médica requerida, por parte del DR. Santiago Pacheco, profesional que a primera vista se sorprendió de la herida en el pie, procediendo a realizarle una limpieza, a medicarle y hacerle exámenes de laboratorio, manteniéndole en observación, y que, ante la buena reacción de la paciente, a las 21h30, fue dada de alta. Que, frente a esos hechos el mismo médico le extendió certificación

estableciendo el diagnóstico de “TIÑA PEDIS CIE 10 N35.3, PROCEDIMIENTO VALORACIÓN+TRATAMIENTO...OBSERVACIONES COMPLEMENTAR-TRATAMIENTO+VALORACIÓN ESPECIALISTA”; esto es la necesidad de valoración de un dermatólogo; y no como se señala en la decisión administrativa que impugna, en el sentido de ue no ha concurrido a una audiencia porque su cónyuge padeció de “Tiña Pedis” o pie de atleta, la cual la estiman como una afectación leve; aplicando indebidamente la norma sancionatoria, en razón de que no se habría justificado la fuerza mayor o caso fortuito por la inasistencia a la audiencia.

Que la mencionada causa penal fue resuelta en audiencia de 8 de marzo de 2017, demostrando la diligencia en ese despacho, aspecto que tampoco fue considerado para du destitución; ya que su deber como esposo era ayudar a su cónyuge que es la madre de sus hijos.

Que, pese a que presentó certificado médico avalado por un centro de salud pública, la Directora del Consejo de la Judicatura de Pastaza no procedió a justificar su inasistencia, pese a que no fue día laborable en el que justificó su permiso, dudando de la veracidad del documento uy ordenando la investigación disciplinaria en su contra en la oficina de esa unidad provincial, en la que se requirió la declaración de su cónyuge y del médico tratante quien certificó lo ocurrido conforme el relato que obra de la demanda; declaraciones que no fueron acogidas, violando el artículo 110 el COFJ que establece las circunstancias a ser consideradas para la determinación de la infracción; pues, nunca ha cometido infracción disciplinaria alguna, no ha sido reincidente, ni se han producido resultados dañosos a la Administración; ya que sus actuaciones se generaron por imprevistos por el quebranto de salud de su esposa; lo cual afecta el principio de legalidad en la decisión.

Que, conforme la resolución del Consejo de la Judicatura No.029-2015, en su artículo 28 se establece que una investigación no podrá mantenerse abierta por más de quince días y que en el caso duró 43 días, generándose la caducidad. Que pese a ello se inicia el sumario administrativo el 18 de mayo de 2017, en el cual justificó las razones de su inasistencia, con el certificado médico respectivo y la versión del médico tratante que atendió a su cónyuge y que da cuenta de que se encontró junto a ella en esa actividad; y, con las versiones de los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, Dres. Bolívar Torres y Carlos Medina, así como del Secretario de la misma Roberto Benavides. Que

igualmente consta la certificación del Dr. Pedro Cueva, Médico del Hospital del Puyo, quien informa que el diagnóstico de la enfermedad de su cónyuge no fue de Tiña Pedis, sino de Psoriasis, cuyo tratamiento duró un mes para su curación; pese a lo cual con análisis parcializado se concluye que esa enfermedad “pudo ser prevenida” y que la atención hospitalaria fue posterior a la audiencia, determinando una falta inexistente a la que se refiere el informe remitido al Consejo de la Judicatura; órgano que en trámite inmediato expide la resolución sancionatoria de destitución en su contra, sin tomar en consideración ninguna de las pruebas aportadas, ni la evidente existencia de la eximencia de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor; resolución que fue recurrida ante el mismo órgano el cual decidió su improcedencia por considerar que sus resoluciones son inimpugnables. Pide que en sentencia: a) Se declare la nulidad de la resolución de 13 de julio de 2017 que le fuera notificada el 20 de ese mes y año, expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, ratificada el 26 de julio de 2017, por la cual fue destituido, disponiendo su reintegro a las funciones de las que fue cesado, el pago de remuneraciones dejadas de percibir por el periodo cesante; valores que serán repetidos en contra de los servidores públicos que causaron el agravio; y, el pago de daños y perjuicios, reservándose la acción de daño moral; b) Subsidiariamente pide se declaren ilegales la resolución impugnada y la respectiva acción de personal y su reintegro al cargo del que fue separado.

8.3 De las contestaciones a la demanda: El Consejo de la Judicatura, en su escrito de contestación a la demanda (fojas 825 a 832 del cuaderno de instancia), afirma que, el Secretario de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, mediante oficio 0147-SMCPJP de 7 de marzo de 20127, puso en conocimiento de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pastaza, que la audiencia convocada, dentro del juicio penal que menciona, para el día lunes 27 de febrero de 2017, las 16h00, fue declarada fallida por la inasistencia del Juez Lenin Naranjo López, “quien había manifestado que por situaciones a su salud no se encuentra presente en esta audiencia”; que la Directora de esa unidad administrativa presentó formal excusa para tramitar ese procedimiento, la cual fue aceptada debidamente, designando a la Coordinadora de Unidades Judiciales de esa Dirección, para que sustancie el sumario administrativo; el cual se instauró por presumir que el sumariado había incurrido en la causal prevenida

en el artículo 109.17 del COFJ; procedimiento que se instauró el 18 de mayo de 2017.

Que el actor, con oficio de 6 de marzo de 2017, ha comunicado a la Directora Provincial, que el lunes 27 de febrero de 2017, cuando se disponía a acudir a la audiencia convocada en el juicio penal que describe, su cónyuge sufrió un quebranto en su salud, narrando lo ocurrido y las razones que le impidieron acudir a la diligencia judicial.

Que, el 3 de julio de 2017, la encargada del sumario administrativo pudo en conocimiento del Pleno del Consejo de la Judicatura el informe motivado, conforme lo disponen “los artículos 117 inciso segundo y 40 literal b)” del COFJ y del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, quien es el que ha ocasionado que la audiencia convocada sea fallida; relatando los hechos acontecidos y las razones que determinaron el establecimiento de la responsabilidad disciplinaria en la que ha incurrido el accionante; resoluciones, las impugnadas que son legales.

El Consejo de la Judicatura no formuló excepciones previas, pero si, las siguientes excepciones de fondo:

“1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

2. Legalidad y legitimidad del acto administrativo emanado por el Pleno del Consejo de la Judicatura, toda vez que conforme lo establecen los artículos 172 segundo inciso 178 inciso segundo, 181 numerales 3 y 5 de la Constitución de la República; así como los artículos 264 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial y por tanto el organismo colegiado facultado para imponer sanciones administrativas.

3. Alego improcedencia de la acción, en el fondo y en la forma por cuanto dentro del expediente administrativo instaurado en contra del actor, se observaron todas las garantías constitucionales y normas del debido proceso; toda vez que, el Pleno del Consejo de la Judicatura es la autoridad competente para imponer sanciones disciplinarias de destitución conforme lo establece el artículo 264 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por cuanto el hoy actor no pudo desvanecer su responsabilidad administrativa dentro del sumario disciplinario instaurado en su contra.



4. *Falta de derecho de la parte actora para proponer esta demanda, en virtud de su responsabilidad absoluta en el cometimiento de la falta administrativa sancionada.*”.

La Procuraduría General del Estado, en su escrito de 23 de marzo de 2018, señala domicilio judicial para notificaciones que le correspondan en el proceso, sin emitir pronunciamiento alguno respecto del contenido de la demanda.

8.4 De la audiencia preliminar y de las excepciones previas: Como ha quedado evidenciado en el considerando precedente, por cuanto las entidades demandadas no formularon excepciones previas, en la audiencia preliminar no se emitió pronunciamiento alguno al respecto, habiéndose, en todo caso, saneado el proceso judicial.

8.5 Sobre las excepciones de fondo: Es pertinente dejar establecido que en la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, que ha sido casada y que ocasiona la emisión del fallo de mérito por parte de esta Sala Especializada, no se hace pronunciamiento alguno sobre las excepciones de fondo formuladas por el Consejo de la Judicatura.

8.5.1 El Consejo de la Judicatura, formula como excepción la *“Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda”*; la cual, en realidad no constituye una excepción en el real sentido procesal; sino la determinación del traslado de la prueba a la parte actora; obligación de probar que es propia del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo, que tiene el propósito de impugnar la legalidad de las actuaciones administrativas expresadas en el acto o resolución que se impugna; por manera que, la responsabilidad de destruir la presunción de legalidad, que caracteriza a las decisiones públicas, está a cargo de quienes las alegan.

8.5.2 Alega asimismo, la entidad demandada, la excepción de: *“Legalidad y legitimidad del acto administrativo emanado por el Pleno del Consejo de la Judicatura, toda vez que conforme lo establecen los artículos 172 segundo inciso 178 inciso segundo, 181 numerales 3 y 5 de la Constitución de la República; así como los artículos 264 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial y por tanto el organismo colegiado facultado para imponer sanciones administrativas”*.

Al respecto y, a tono con lo señalado en el ordinal anterior, todo acto administrativo, está dotado

de las presunciones de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad.

La primera es una presunción legal que favorece a la decisión administrativa, la cual queda dispensada de probar la legalidad de lo que ha expresado en el acto administrativo; es, sin embargo una presunción relativa; de ahí su característica de *ius tantum*, que implica que ella puede tener rigor hasta que autoridad competente declare que el acto es contrario a derecho; esa es la razón que determina la obligación procesal de quien impugna jurisdiccionalmente un acto administrativo, de destruir la presunción; en otras palabras, de probar que el acto que impugna es ilegal; de ahí que, cuando la Administración demandada se exceptiona alegando la legalidad o la legitimidad del acto impugnado, está rompiendo esa presunción y adquiriendo la obligación de probar que su decisión no es ilegal; por consecuencia, es evidente la improcedencia de la excepción, que contraría la esencia misma de los actos impugnados en sede judicial.

8.5.3 Sobre la excepción de *“...improcedencia de la acción, en el fondo y en la forma por cuanto dentro del expediente administrativo instaurado en contra del actor, se observaron todas las garantías constitucionales y normas del debido proceso; toda vez que, el Pleno del Consejo de la Judicatura es la autoridad competente para imponer sanciones disciplinarias de destitución conforme lo establece el artículo 264 numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, por cuanto el hoy actor no pudo desvanecer su responsabilidad administrativa dentro del sumario disciplinario instaurado en su contra”*; debe destacarse que la determinación de la existencia de los argumentos ligeros de esa excepción propuesta, solo podrán ser evidenciados con el análisis de fondo de la controversia que le corresponde resolver a la Sala.

8.5.4 Respecto de la excepción de: *“Falta de derecho de la parte actora para proponer esta demanda, en virtud de su responsabilidad absoluta en el cometimiento de la falta administrativa sancionada”*; esta Sala Especializada, debe señalar que el derecho a impugnar judicialmente los actos administrativos, está consagrado en el artículo 173 de la Constitución de la República y desarrollado en a partir del artículo 299 del COGEP; así como en el artículo 217 del COFJ; razón por la que se desestima esta excepción.

8.6 De las pruebas: Las partes han formulado anuncio de pruebas de orden documental, pericial y testimonial; siendo las pertinentes para la resolución de la causa, las siguientes:

8.6.1 De la parte actora:

Copias certificadas de los siguientes documentos: Copia certificada de la acción de personal de 15 de Mayo del 2014, con la que fue nombrado como Juez de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza; requiriendo que la entidad demandada remita el expediente administrativo del sumario administrativo No 00215-2017; así como del expediente No MOT-0664- SNCD-2017-DV (00215-2017) respecto al cuaderno formado en esta instancia.

Pidió prueba testimonial de los médicos Dres: Dr. Santiago Pacheco López, Dr. Pedro Cueva Estrada, para que declaren sobre la atención médica proporcionada a Paulina Asucena Tamayo Rodríguez el día 27 de Febrero del 2017; pidiendo que testifique también esta última persona.

Pidió asimismo la designación de perito para que informe respecto a las certificaciones médicas otorgada a Paulina Tamayo Rodríguez el día 27 de febrero del 2017 y posterior, concedida por el Dr. Pedro Cueva Estrada determinando el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, atención efectuada en el Hospital Puyo en la referida fecha. En la audiencia preliminar, el Tribunal de instancia, calificó como admisibles todas las pruebas anunciadas por el actor, con excepción de la prueba documental que refiere en literal e, del numeral 4.1.1 de ese fallo, por ser manifestamente inadmisibles; y, la pericial que refiere en el punto 4.1.3 de ese mismo documento. Respecto de la prueba anunciada por el Consejo de la Judicatura, refiere a documentación que obra del expediente administrativo; consistente en: el Informe de Audiencia Fallida suscrita por el secretario relator de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza- Puyo; la versión rendida por el Dr. Luis Santiago Pacheco López el 30 de marzo de 2017 a las 11h00; y los documentos siguientes: oficio No. 0205-UE- DPCJP-2017 de 27 de abril de 2017, relativo a la excusa presentada por la Directora Provincial de Pastaza del Consejo de la Judicatura (E), doctora Tania Massón Fiallos; la resolución de 3 de mayo de 2017 por la que el Director General del Consejo de la Judicatura la acepta; decreto de 18 de mayo de 2017 por el cual se instaura el sumario administrativo No. 0021S- 2017 (P.I. 0015-2017) en contra del doctor Lenin Giovanni Naranjo López, Juez Provincial de la Corte de Justicia de Pastaza, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 37 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura; oficio No, 001-CPJP-LNL-17, de

6 de marzo de 2017 suscrito por el doctor Lenin Naranjo López, Juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, mediante el cual informó a la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura lo siguiente:

“...Cúmplame en informarle que dentro de la causa penal por delito de abuso sexual No. 16281-2016-00403, fue fijada por parte del Juez ponente Dr. Bolívar Torres Ortiz para el día lunes 27 de febrero del 2017 a las 16H00 la continuación de la Audiencia de fundamentación del recurso de apelación. Pero encontrándome listo para acudir a la diligencia antes indicada (15H40 aproximadamente) de manera repentina e imprevista mi cónyuge PAULINA ASUCENA TAMAYO RODRÍGUEZ con cédula de ciudadanía No 1802918548 sufre un quebranto de su salud, debido a la falta de curación de un edema en su pie izquierdo (Tiña Pedis), por lo que de inmediato tuve que trasladarle acompañándole de emergencia a un centro de atención de la localidad como lo es el Hospital General Puyo, pues era feriado de carnaval y no existía otros lugares de atención inmediata, allí recibió atención por parte el galeno de turno que emitió el certificado que adjunto a donde concurrí y luego de que se realizó la valoración y tratamiento necesario fue dada de alta a eso de las 21H30 de la noche, circunstancia de fuerza mayor que impidió que mi persona concurra a la mencionada diligencia judicial. (...);”; resolución de 13 de julio de 2017 a las 13h22 emitida por el pleno del Consejo de la Judicatura,

9.- Análisis y motivación sobre el caso:

9.1 En la especie, no está en duda la competencia que tiene el Consejo de la Judicatura para ejercer su competencia disciplinaria, de cuyo control puede derivar el ejercicio de la potestad sancionadora de carácter administrativo-disciplinaria; sino la legalidad de la resolución administrativa por la cual se impone al accionante la sanción de destitución del cargo de Juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza.

9.2 En cuanto al procedimiento administrativo sancionador que culminara con la sanción impuesta al accionante, la Sala no encuentra elemento alguno que haga relación a que su trámite, de modo general, haya violado las garantías al debido proceso; sobre todo las relativas a la temporalidad de su evacuación; como tampoco en lo relativo a la condición del accionante al ejercer el cargo de Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, ya que, fundamentalmente, la conducta materia del procedimiento administrativo fue iniciada



por una omisión de carácter jurisdiccional y no de orden administrativo, de la cual podría desprenderse el cometimiento de una infracción disciplinaria.

9.3 Respecto de la alegación del actor sobre el recurso que, en sede administrativa propusiera en contra de la resolución sancionadora, la cual le fuera negada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, al considerar que en aplicación del artículo 119 del COFJ, las resoluciones en los sumarios administrativos que emanen de ese órgano administrativo no son susceptibles de recurso alguno; estima esta Sala que el artículo 173 de la Constitución de la República establece que los actos administrativos emanados de cualquier autoridad pública podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial; norma que, por superior jerárquica a dicho Código Orgánico debía ser aplicada por la Administración demandada, conforme dispone el artículo 425 de la CRE, dando curso a dicha petición que no debió ser inadmitida sino que requirió un pronunciamiento de fondo. No obstante, es claro que al impugnarse judicialmente el acto administrativo sancionatorio, la demanda ha sido presentada oportunamente ya que la inadmisión del recurso administrativo se vincula con la fecha desde la cual debe contarse el término de 90 días hábiles, establecido en el artículo 306.1 del COGEP, para formular la demanda que contiene una acción subjetiva o de plena jurisdicción. Del mismo modo, no se encuentra que los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico para el trámite del sumario administrativo o de su previa investigación hayan sido inobservados; pues, sustancialmente la competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria se la ejerció con sujeción a lo que dispone el artículo 106.3 del COFJ.

9.4 Respecto del ataque que el accionante realiza sobre su estimación de que el Reglamento de Control Disciplinario expedido por el Consejo de la Judicatura y aplicado por la Administración demandada, en el procedimiento administrativo que culminó con su destitución, es caduco y escrito, cuando deben ser orales, debe señalarse que la impugnación a la legalidad de las normas jurídicas de rango inferior a la Ley, está prevista en el ordenamiento jurídico nacional, sea por vía de acción contencioso administrativa de anulación objetiva o por exceso de poder, o por vía de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, por lo que, esa no es materia que debe ser analizada en este fallo.

9.5 Del mismo modo, carece de trascendencia el tema relacionado con la excusa presentada por la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura en Pastaza y su aceptación por parte del Presidente del

Consejo de la Judicatura, ya que no tiene incidencia en el sumario administrativo ni en este proceso judicial, que pueda viciar esas actividades, ya que la excusa es un medio que garantiza la imparcialidad de la persona que ejerce competencias de orden administrativo para retirarse de la sustanciación de procedimientos cuando estima la potencialidad de que éstos puedan afectarse en su validez. No obstante la Sala hará un pronunciamiento sobre la actuación de la Directora Provincial ejecutada con anterioridad a su excusa.

9.6 Debe igualmente dejarse determinado que la fase administrativa de investigación que realiza el Consejo de la Judicatura por medio de las unidades de control disciplinario, es en realidad un mecanismo idóneo para establecer la procedibilidad de la instauración de un sumario administrativo, sea de oficio o, como consecuencia de la presentación de una denuncia sobre hechos generados como efecto de las acciones u omisiones disciplinarias en las que pueden haber incurrido los servidores judiciales. No es por ello, un procedimiento indispensable, aunque si recomendable para el ejercicio de la potestad disciplinaria; pues de la investigación pueden obtenerse elementos importantes para establecer la inexistencia de conductas que requieran el inicio de un sumario administrativo; aunque también permiten estructurar la existencia de claros cargos que requieren la tramitación de ese procedimiento administrativo disciplinario, para determinar la pertinencia de la aplicación de la sanción correspondiente a la conducta.

Ahora bien, bajo esa óptica, es evidente que la investigación previa no es el procedimiento sancionatorio, ya que este se verifica con la tramitación del respectivo sumario administrativo; el cual debe tener el rigor que la normativa jurídica que lo regula exige.

En efecto, se debe entender que en el proceso de determinación del ejercicio de las potestades públicas se estimó la existencia del denominado principio de autotutela administrativa, por medio del cual se genera la actividad administrativa directa, sin necesidad de requerir la participación de la Función Judicial, para la expedición y ejecución de sus decisiones; situación que determina entre otras, el perfeccionamiento de los procedimientos sancionatorios directos o unilaterales; en los cuales se incorporan con mayor rigor el cumplimiento de las garantías del debido proceso, por cuanto el Estado actúa con la pretérita idea de que “juzgar también es administrar”; para dar forma a la potestad sancionatoria que debe ejercer la Administración; puesto

que las sanciones que puede imponer, involucran actividades de orden pecuniario, patrimonial, de suspensión o pérdida del empleo, de clausura de establecimientos, entre otros aspectos que ciertamente ya no pertenecen a la órbita del Derecho Penal, sino del Derecho Sancionatorio Administrativo y de su rama correspondiente al Derecho Disciplinario.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana (Sala Plena, Sentencia C827 8 de agosto 2001), ha dicho:

“Así se ha expresado, en forma reiterada, que: i) la potestad sancionadora como potestad propia de la Administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la retaliación de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”.

De modo que, si se estima la actividad sancionatoria directa que ejerce la Administración, en materia disciplinaria, es obvio que las garantías al debido proceso, deben ser de mayor rigor, puesto que, la CRE en su artículo 76 establece que aquellas son aplicables tanto a las actividades administrativas como judiciales, cuando dispone:

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; (énfasis es de la Sala).

En ese contexto, es evidente que es garantía del debido proceso, no solo conocer con claridad los cargos que la Administración le imputa, los que deben ser expresados con claridad en el decreto mediante el cual se instaura el sumario administrativo, en función de los hechos que allí mismo han de describirse; a fin de posibilitar de modo efectivo el derecho a la defensa (Art.76.7.a)); como también conforme el numeral 6 de la misma norma, cuando se impone la sanción disciplinaria debe observar la garantía de debida proporcionalidad entre las in-

fracciones y las sanciones administrativas. Por consecuencia, la imputación (pliego de cargos), que se determina en el inicio del sumario administrativo es firme y no puede ser variada por la Administración, ya que en caso contrario se estaría vulnerando las garantías señaladas y la seguridad jurídica prevenida en el artículo 82 de la CRE:

9.7 La resolución impugnada, emanada del Pleno del Consejo de la Judicatura con fecha 13 de julio de 2017, dentro del expediente disciplinario No. MOT-664-SNCD.2017-DV, por la cual se sanciona al accionante con la destitución del cargo de Juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza; en su parte considerativa sustenta su decisión en los siguientes argumentos sustanciales:

Que el inicio del sumario administrativo se sustenta en las actuaciones del servidor judicial sumariado en su calidad de Juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, por no concurrir a la audiencia convocada para el 27 de febrero de 2017; hecho que determinaría que ha incurrido en la falta disciplinaria prevenida en el artículo 109.17 del COFJ. Que la acción disciplinaria ha sido tramitada con la oportunidad debida. Que, en el informe motivado emitido el 3 de julio de 2017 por la Coordinadora de Unidades Judiciales de la Dirección Provincial de Pastaza del Consejo de la Judicatura, se ha señalado que: el servidor sumariado no asistió a la audiencia convocada para el lunes 27 de febrero de 2017, dentro del proceso penal 16281-2016-00403, siendo integrante del Tribunal, habiéndose declarado audiencia fallida. Que, de la documentación presentada por el sumariado se ha determinado que no obedece al caso fortuito o fuera mayor, ya que su esposa presentó patología de “Tiña Pedis”, conforme el certificado médico. Que en el servicio de emergencia de “triaje” se le dio calificación IV y que sus signos vitales y “Glasgow” eran normales y que se hallaba en escala de 2, en el rango de 1 a 10 de dolor.

“Que, de la actuación del servidor sumariado se comprueba una manifiesta negligencia”, habiendo incurrido en falta disciplinaria gravísima que amerita su destitución.

Se refiere a que el servidor judicial sumariado ha manifestado que el día lunes 27 de febrero de 2017, feriado de carnaval, debía efectuarse la reanudación de la audiencia de apelación suspendida, dentro de la causa penal descrita, a la cual no pudo asistir por motivos de fuerza mayor o caso fortuito consistente en la enfermedad de su cónyuge quien

recibiera atención médica en el Hospital del Puyo, conforme el certificado que obra del proceso; que no ha merecido la atención por parte de la oficina de control disciplinario que señala que la prueba es contradictoria y que se pretende sancionarle arbitrariamente.

Señala como hechos probados en el sumario administrativo: la inasistencia del sumariado a la audiencia ya mencionada; que el Secretario Relator de la Sala Multicompetente emite informe de audiencia fallida por tal inasistencia; se refiere a las afirmaciones del sumariado sobre la atención médica que recibió su cónyuge el día en que debió practicarse la audiencia de apelación; así como a la versión del Dr. Enrique Torres (Juez Ponente de la Sala Multicompetente), que se declaró fallida la audiencia de apelación “por no existir Norma dentro del Código orgánico Penal para declarar otra suspensión”, afirmando que, cuando iba a declararse fallida la audiencia, el Secretario recibió una llamada del Dr. Lenin Naranjo López, quien le pasó esa llamada, en la cual dicho Juez le comunicó que estaba viajando y que estaba cerca de llegar porque tenía una calamidad doméstica y que talvez le impedía llegar a la diligencia, lo cual consta en el audio de la audiencia.

Que el Secretario Relator Ab. Roberto Benavidez, en su versión señaló que: a medio día del 27 de febrero de 2017, llamó a los jueces a recordarles la convocatoria a la audiencia, que el Dr. Naranjo López le comunicó que estaba en Ambato y que salía para asistir a la audiencia; que momentos antes “de declararse la audiencia el Dr. Lenin Naranjo López” le hizo una llamada telefónica la cual la pasó al Dr. Bolívar Torres, “a lo cual luego de haber conversado (...) manifestó que el Dr. Lenin Naranjo se encontraba convaleciente de salud y que no podía asistir a la audiencia que se encontraba por Río Negro...”. Que consta igualmente la razón sentada por el Secretario Relator en la que se deja constancia de esos hechos.

Asimismo, refiere la versión del Juez Dr. Enrique Torres, quien afirma que no era posible declarar otra suspensión por la inasistencia del Juez Dr. Naranjo por inexistencia de norma legal, por lo que se declaró la audiencia fallida, que habló telefónicamente con el señalado juez, quien le comentó que estaba cerca de llegar pero que tenía una calamidad doméstica.

Refiere la existencia del oficio de 15 de marzo de 2017, suscrito por el sumariado en el que se refiere a los hechos ocurridos el 27 de febrero de 2017 que le impidieron asistir a la audiencia de apelación.

Copia certificada del memorando 0119-UTH-DP-

CJP-17 de 15 de marzo de 2017, dirigido al sumariado, por parte de la Responsable de la Unidad Provincial de Talento Humano, en la que le comunica: “Al no contar con el formulario respectivo legalizado por parte de la señora directora informo a su persona que el permiso que anexa a su trámite no se puede dar por justificado, tomando en cuenta el REGLAMENTO DE LA LOSEP, CAPÍTULO III.- LICENCIAS y COMISIONES DE SERVICIOS Y PERMISOS”.

Hace relación asimismo, a la versión rendida por el sumariado quien reitera los hechos que le impidieron asistir a la audiencia de apelación referida, por el quebranto de salud de su cónyuge, la atención médica en el Hospital del Puyo, al que llegaron a las 16h10, en el que fue tratada hasta aproximadamente las 21h30 en que fue dada de alta y transferida para atención especializada.

Que, de la versión del Dr. Luis Santiago Pacheco López, médico que brindó la atención médica a la cónyuge del sumariado, se desprende que la paciente se encontraba estable al momento, “pero con un cuadro que aparentaba gravedad de un posible daño sistémico y bajo las indicaciones de dermatología se le da el alta bajos signos de alarma pero que acuda de forma obligatoria a dermatología, entonces la señora ya salió a altas horas de la noche pero ya era tarde”. Al contestar las preguntas 5 y 7 formuladas por la Administración, responde que la paciente fue atendida por “Una urgencia, pero se indica que fue a su domicilio bajo signos de alarma”; señalando que en la urgencia no está en riesgo la vida del paciente pero no hay compromiso de órganos vitales y que, en la emergencia corre riesgo la vida y hay alteración de órganos vitales.

Refiere la existencia del certificado médico de 27 de febrero de 2017, emitido por el médico tratante que diagnostica la enfermedad de “Tiña Pedis” o pie de atleta; copia de la Historia clínica de la paciente.

Sobre cuya base, la resolución impugnada hace un relato de los hechos que a su juicio son el resultado de las pruebas actuadas se desprende que la cónyuge del sumariado fue atendida en el Hospital del Puyo por dolencia de “Tiña Pedis” o pie de atleta; atención que se generó a las 18h30, del 27 de febrero de 2017, habiendo permanecido en esa casa de salud hasta las 21h00; y que conforme la versión del Dr. Luis Pacheco, quien dio la asistencia médica, la afectación de la paciente “correspondía a una urgencia y no una emergencia”, con dolor en la escala 2 de 10.

Que el sumariado ha señalado que ese episodio se había presentado una semana antes de la

declaratoria de audiencia fallida; circunstancia que determina que la inasistencia a la audiencia no se cataloga como presupuesto de fuerza mayor o caso fortuito, el cual de acuerdo al Código Civil, es el imprevisto que no se puede predecir, que se suscita inesperadamente, el cual en el caso no ocurrió; sin que se configuren las excepciones a la infracción gravísima tipificada en el art. 109. 7 del COFJ.

Los servidores están obligados a aplicar el principio de debida diligencia, conforme los arts. 172 del CRE y 21 del COFJ, inobservadas por el sumariado, ya que tenía conocimiento el artículo 568 del COIP prohibía suspender la audiencia por segunda ocasión.

Que la justificación sobre la falta de comparecencia a la audiencia “no fue aceptada por la Unidad Provincial de Talento Humano conforme el Memorando No. 0119-ITH-DBCJP-17 de 15 de marzo de 2017”.

Desestima las “excepciones planteadas por el sumariado” respecto de incompetencia, error en la forma de adecuación del procedimiento disciplinario, caducidad de la acción disciplinaria, nulidad por falta de motivación, determinando que la inasistencia a la audiencia de la reanudación de la fundamentación del recurso de apelación no ha sido justificada. Señala también que el sumariado no registra sanciones disciplinarias anteriores que le hayan sido impuestas

9.8 De todo lo relatado, este Juzgador puede apreciar que son de toda evidencia los hechos que se los tiene por ciertos y no controvertidos, relacionados a:

Que, el actor del proceso judicial de instancia, Lenin Giovanni Naranjo López, era un servidor judicial que ejercía el cargo de Juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza.

Que, dicha Sala había convocado a la reanudación de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, dentro de un proceso judicial penal, a efectuarse el día lunes 27 de febrero de 2017 (feriado de carnaval), a las 16h00.

Que, dicho servidor judicial no asistió a dicha diligencia, en razón de que su cónyuge sufrió un quebranto de su salud, determinando que deba trasladarla para la atención médica respectiva al Hospital del Puyo, en la cual recibió la atención correspondiente en horas de la tarde y noche de ese día, contando con la compañía de su esposo.

Que, respecto de esa situación, comunicó al Secretario Relator de la Sala como también al Juez Ponente del mencionado juicio penal.

Que, los dos jueces de dicho órgano judicial que estaban presentes para llevar adelante la audiencia, ante la ausencia del Juez Lenin Naranjo López, y, al estimar que no existe norma legal que permita suspender por segunda ocasión esa clase de diligencias, decidieron declararla fallida, de lo cual quedó constancia en autos; y que, como consecuencia de lo cual se emitió el pertinente informe a la Dirección Provincial de Pastaza del Consejo de la Judicatura, la cual inició una fase de investigación previa, para luego instaurarse el sumario administrativo correspondiente.

Procedimiento que trajo como resultado la destitución del servidor, por haber incurrido en la infracción prevenida en el artículo 109, numeral 17 del COFJ, por las razones ya referidas.

9.9 Es claro entonces que la conflictividad indispensable a ser resuelta en este proceso judicial, se relaciona con la necesidad de determinar si en el caso existió o no, justificativos suficientes para que haya operado la sanción de destitución al accionante; deber que corresponde a la competencia jurisdiccional derivada de las acciones contencioso administrativas, que otorgan a esta jurisdicción la potestad de tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de la legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al Derecho Administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa, incluso la desviación de poder, conforme dispone el artículo 300 del COGEP, en concordancia con su artículo 313, que dispone que en los fallos de esta jurisdicción los jugadores han de pronunciarse sobre aquellos aspectos que en relación directa de los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnado; para ese efecto se aprecia que:

Constan del expediente administrativo, los siguientes documentos:

La acción de personal No. 145-UTH-DP16-2017 de 3 de marzo de 2017 que señala:

“ En atención al correo electrónico de fecha 01/03/2017 emitido por la Dra. Tania Masson Fiallos, Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Pastaza (E) que por necesidad y requerimiento institucional se AUTORIZA que el Dr. NARANJO LOPEZ LENIN GIOVANNY, JUEZ PROVINCIAL DE LA SALA-MULTICOMPETENTE de la Corte Provincial de Pastaza se reintegre a sus labores a partir del día viernes 03 de marzo del 2017 hasta nueva disposición quedando suspendidas sus



vacaciones del mencionado Juez haciendo uso solamente un dos días (1 y 2 de marzo 2017).

Oficio No. 001-CPJP-LNL-17 de 6 de marzo de 2017, por el cual Lenin Naranjo comunica a la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura que una vez que se ha reintegrado a sus funciones, según la acción de personal No. 145-UTH-DP16-2017 de 3 de marzo de 2017, informa que, debido al quebranto de salud sufrido por su esposa el 27 de febrero de 2017, debió trasladarla a emergencia del Hospital General del Puyo, lo cual impidió que concurra a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación dentro del proceso judicial No. 16281-2016-00403, por lo que adjunta el formulario de justificación a fin de que su pedido sea atendido. El formulario de justificación determina que es por una hora desde las 16h00 hasta las 17h00 de la fecha indicada; ausencia que se ha producido fuerza mayor debido a enfermedad de su cónyuge “Paulina Asucena Tamayo Rodríguez, conforme certificado médico adjunto.”

Memorando No. 322-DPCJP-2017, la Directora Provincial (E) comunica al Dr. Lenin Naranjo en lo principal que:

“Dando contestación a su pedido de justificación debo indicar que la Unidad Provincial de Gestión Procesal, así como la Coordinación de Unidades Judiciales ha remitido los informes referentes a la audiencia fallida de fecha 27 de febrero de 2017 en la causa No. 16281-2016-00403, situación que conlleva cumplir con los protocolos establecidos por el Consejo de la Judicatura en lo que a Audiencias Fallidas se refiere, en tal virtud, el trámite completo ha sido derivado a la Oficina de Control Disciplinario de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pastaza”.

Oficio No. 002-CPJP-LNL-17 de 15 de marzo de 2017, que remite Lenin Naranjo a la Analista de Talento Humano de la mencionada Dirección Provincial, agregando el formulario de justificación de la ausencia temporal producida el 27 de febrero de 2017 que le ha impedido asistir a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación dentro del proceso judicial No. 16281-2016-00403, anexando copia certificada del certificado médico de la enfermedad de su cónyuge; indicando que se reintegra a sus funciones como Juez Provincial y Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, acorde con la acción de personal No. 145-UTH-DP16-2017 de 3 de marzo de 2017.

Memorando 0119-UTH-DPCJP-17 de 15 de marzo de 2017, suscrito por el Responsable de la Unidad

Provincial de Talento Humano comunicando al Dr. Lenin Naranjo que al no contar con el formulario legalizado por la Directora, el permiso que anexo no se puede dar por justificado tomando en cuenta el art. 34 del Reglamento de la LOSEP.

De lo expresado se desprende que pese a que el servidor público presentó con la oportunidad debida el formulario de permiso ya enunciado, la Directora no dio a éste, el trámite correspondiente, aceptándolo o negándolo con la fundamentación suficiente; ello se desprende que claramente se establece de la lectura del oficio No. 0119-UTH-DPCJP-17 de 15 de marzo de 2017, cuando la funcionaria que lo suscribe detalla que el formulario de permiso no está avalado por la Directora Provincial y que se ha dado inicio a la investigación disciplinaria, la cual dio paso luego a la instauración del sumario administrativo.

Por manera que es evidente que la Administración desde que tuvo conocimiento de los hechos descritos omitió pronunciarse sobre el permiso requerido, dando paso a la investigación y al procedimiento sancionatorio; lo cual determinaría que en el caso habría ocurrido una aceptación de ese pedido por silencio administrativo positivo, considerando además que el numeral 23 del artículo 66 de la CRE, consagra como derecho el de: “Dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas”; respuesta que en realidad nunca fue emitida, ya que el oficio que se menciona antes, solo refiere que no ha sido respondido por la mencionada Directora.

Ahora bien, respecto de las versiones de Carlos Alfredo Medina Riofrío, Bolívar Enrique Torres Ortiz, Jueces integrantes de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza del Consejo de la Judicatura y Roberto Carlos Benavidez, quien actuó como Secretario Relator de la Sala, se las estima impertinentes para el caso en razón de que sus relatos refieren exclusivamente a la inasistencia del sumariado a la audiencia de reanudación del recurso de apelación del juicio penal al que hemos hecho referencia y a la declaratoria de audiencia fallida; sin que ellas tengan valor para determinar si las razones que generaron esa inasistencia son causa de eximencia de responsabilidad disciplinaria; tanto más que el propio sumariado señaló en sus comunicaciones y en la demanda que no asistió a esa diligencia.

En cuanto a la versión rendida en el procedimiento disciplinario por el Médico Dr. Santiago Pacheco López y referida en la resolución administrativa impugnada, profesional que atendió a la paciente

PAPR, cónyuge del servidor sumariado, quien refiere lo siguiente:

“Recuerdo muy bien que ese día había una gran cantidad de pacientes y que me llamaron a decir que le atienda a una señora que ya estaba mucho tiempo en emergencia, Salí a ver de qué paciente se trataba y le llam[é] al consultorio y se le pidió mil disculpas por la demora de la atención, lo que me llam[ó] la atención era que la señora estaba en una silla de ruedas empujada por el señor por el esposo. Empezó a contarme el cuadro clínico con una presencia de lesiones descamativas que producen picazón dolor e inclusive producen una secreción de mal olor, se le valor[ó] a la paciente y la verdad era un cuadro incierto no se tenía la certeza de un diagn[ó]stico entonces se le tomo las fotografías y se envió al médico tratante de dermatología del hospital para que nos ayude con el diagnostico. La verdad no recuerdo si se le mand[ó] hacer exámenes y la señora se quedó y el esposo se fue a dejar la muestra en el laboratorio y hasta que responda el Dr. yo seguía atendiendo a otros pacientes, e incluso yo recuerdo que ese día lleg[ó] un paciente bien crítico y la señora Tamayo tuvo que esperarme varias horas hasta atender al paciente crítico, la intención en un principio era si no respondía el dermatólogo era dejarle en observación por el tipo de lesiones que no era tan frecuente, luego de eso ya tuvimos una respuesta del dermatólogo donde indica a pesar que no es un cuadro claro se le diagnostique como una tiña pedis y que necesita valorarla en su consultorio e incluso me indica el manejo e indicaciones para el cuadro como el Dr. se encontraba de vacaciones en ese tiempo en el Hospital solicit[ó] que se le vea en el consultorio del vicariato y como la paciente se encontraba al momento estable pero con un cuadro que aparentaba gravedad de un posible daño sistémico y bajo las indicaciones de dermatología se le da el alta bajos signos de alarma pero que acuda de forma obligatoria a dermatología, entonces la señora ya salió a altas horas de la noche pero ya era tarde. A continuación, el Dr. Lenin [N]aranjo solicita realizar las siguientes preguntas pero a través de su Abogada. La misma que da paso la señora Supervisora. A la 1- Señor Santiago Pacheco me puede indicar Usted cuantos médicos

estuvieron atendiendo por emergencia el día 27 de febrero del 2017 en el Hospital Puyo- Responde.-Exactamente no puedo decir dos o tres. A la 2.- Doctor Santiago Pacheco usted me podía indicar si la señora Tamayo fue suministrada medicación por el c que presentaba el día 27 de febrero del 2017 cuando llego al Hospital. Responde.- Si se le dio medicación bajo la indicación del Drdermatomo Trasmizona A la 3.- Dr. Santiago Pacheco usted conoce el nombre del esposo de la señora Tamayo y puede indicarnos s encuentra presente en este momento- Responde- Sé que está presente por que lleg[ó] se ese momento con la señora pero me entere después que es de apellido Naranjo. A la 4. Doctor Santiago Pacheco usted recuerda si el día 27 de febrero del 2017 fue día festivo o feriado. Responde: Si fue el día lunes 27 de febrero del 2017 de carnaval A la 5- Usted me podría indicar si en los días feriados existe mayor número de personas requiriendo atención medica por emergencia que en los días normales. Responde: Por lo general en todos los feriados existe una gran afluencia de pacientes debido que los centro de salud no abren o se demoran en atenderlos. A la 6- Dr. Santiago Pacheco me puede indicar cuanto tiempo aproximadamente se encontraron la señora Tamayo junto a su cónyuge Dr. Lenin Naranjo en esperar atención médica, ser atendidos y salir de esa casa de salud. Responde. Exactamente no se a qué hora llegaron pero como dije en la versión la enfermera que me entrego la hoja de treaje ya habían esperado mucho tiempo la paciente de ahí en el transcurso de la valoración esperar que responda el dermatólogo y ese momento llego un paciente critico ya que el mismo falleció y los señores se fueron a altas horas de la noche. A la 7.- Usted Dr. Pacheco recuerda a qué hora aproximadamente tomo contacto por primera vez con la señora Paulina Tamayo el día 27 de febrero del 2017. Responde.- entre las 16h30 a 17h30 no soy exacto aproximadamente. A continuación le hace las siguientes preguntas la señora Supervisora de la Oficina provincial de control Disciplinario. A la 1- Indique el compareciente si un ciudadano o ciudadana que se acerca por atención medica por emergencia en el Hospital Puyo, quien es la primera persona que le atiende- Responde.- En el Hospital en



la sala emergencia hay una sala llamada de triage o de toma de signos por lo general está a cargo de una enfermera y es la que tiene el primer contacto con el paciente A la 2. Indique el compareciente en que consiste el triage. Responde.- La sala de triage es una sala donde la enfermera o el medico a cargo ellos evalúan la prioridad de la emergencia siendo la categoría 1 la más grave y la cinco la más leve pero hay casos y existen casos A la 3.- Indique el compareciente con que triage se le valoro a la paciente Paulina Tamayo Responde.- No recuerdo.- A la 4- Indique el compareciente cual fue su jornada de trabajo el 27 de febrero del 2017 en el Hospital Puyo.- Responde.- Veinticuatro horas continuas tres días de descanso. A la 5.- Indique el compareciente como médico de turno que atendió a la señora Paulina Tamayo si la atención fue por emergencia o por urgencia. Responde.- Una urgencia, pero se indica que se fue a su domicilio bajo signos de alarma A la 6.- Indique el compareciente que se entiende por signos de alarma. RESPONDE Todo lo que se puede presentar para la complicación de un cuadro sea taquicardia, respiración agitada, sudoración, fiebre, aumento del dolor, secreciones purulentas y que debe acudir de forma inmediata. A la 7.- Indique el compareciente entre una emergencia y una urgencia- Responde. Urgencia en este caso no corre en riesgo la vida el paciente pero no hay compromiso de órganos principales. Emergencia. Corre el riesgo la vida el paciente pero también hay alteración de órganos principales” A la 8- Indique el compareciente si usted genero la hoja 008 al momento de la atención a la señora Paulina Tamayo Responde. Si como todo paciente que llega para observación. A la 9- Indique el compareciente si la señora Paulina Tamayo Rodríguez se le mantuvo en observación y de haberlo hecho por cuanto tiempo- Responde.- se decidió mantenerla en observación hasta tener una respuesta del médico tratante el mismo que se encontraba de vacaciones, la consulta se la hizo vía telefónica, de estar presente el medico de turno la paciente hubiese permanecido en observación hasta el siguiente día. Con lo que termina la presente diligencia a las 12h25 Firmando conjuntamente el compareciente con la abogada Defensora Publica, con la señora”. (énfasis de la Sala)

El acto administrativo recurrido en instancia, toma para su decisión sustancialmente, parte de la versión rendida por el Médico Dr. Santiago Pacheco y quien además emitió el certificado correspondiente a la atención brindada el 27 de febrero de 2017, en horas de la tarde, a la cónyuge del servidor judicial sumariado y luego destituido, para cotejar esa información con las causas eximentes de la responsabilidad disciplinaria, relativas al caso fortuito o fuerza mayor, estableciendo que la dolencia que padecía dicha señora no tenía la categoría de gravedad para poner en riesgo su vida y con ello determinar que esa enfermedad no constituía eximente de responsabilidad; sobre cuya base se impone la sanción de destitución al servidor.

El artículo 109.17 del COFJ, a la letra ordena:

Art. 109.- INFRACCIONES GRAVÍSIMAS.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinaria (...) 17. No comparecer a una audiencia, excepto por caso fortuito o fuerza mayor.

Norma que claramente establece como causal de destitución de los servidores judiciales, por constituir falta gravísima, la inasistencia a una audiencia, estableciendo la excepción de que esa inasistencia constituya falta disciplinaria, cuando es producto de caso fortuito o fuerza mayor.

Kelsen (*Teoría Pura del derecho*, p.55), sostenía que toda sanción, es un mecanismo reactivo establecido en la norma jurídica, que opera como consecuencia de los actos cometidos u omitidos por las personas, que tengan la característica de ilícitos o contrarios a derecho.

Diremos entonces que la sanción disciplinaria, opera cuando el empleado público incurre en aquellas conductas que tipifica la Ley, como contrarias al orden y a la moral que debe observar todo servidor de las entidades estatales a las que rige el cuerpo legal pertinente para ese propósito; que en el caso es precisamente el Código Orgánico de la Función Judicial, que no define el alcance de la fuerza mayor o caso fortuito.

La doctrina y la legislación general, entre ellas el Código Civil (Art. 30), han determinado que la fuerza mayor o caso fortuito, tienen una definición única, cuando dispone: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. De modo que dentro de tal definición se encuentran otros hechos de orden humano o natural, que impida de alguna manera,

cumplir una obligación derivada de un deber jurídico, legal o contractual.

Es por esta razón que la imposibilidad de cumplir un deber, derivada de la fuerza mayor o caso fortuito, exime de responsabilidad a quien debía ejecutar o realizar un acto, o de abstenerse de hacerlo. La definición legal referida no puede ser interpretada de manera restrictiva, ya que de su propio tenor, al ejemplificar casos y utilizar la palabra etcétera, determina esencialmente una concepción más bien amplia que incorpora otros hechos innecesarios de continuar detallándolos, precisamente, por la amplitud de su espectro.

Sin embargo, debe señalarse también que más allá de que la doctrina relativa a este aspecto ha señalado que existen diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, estableciendo que el primero se relaciona siempre con hechos generados por la naturaleza que tienen características de impredecibles; y la segunda, se relaciona a hechos o actividades humanas que por su propias características no pueden ser evitadas.

Cualquiera sea el hecho que tenga esas características, provienen de causas imprevistas e inevitables, de orden natural o humano; y, sus consecuencias jurídicas son las mismas, ya que eximen de responsabilidad al sujeto que las sufre, elimina la posibilidad de que se le puedan imputar las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber jurídico.

A modo de ejemplo, puede decirse que la construcción de muro de hormigón destinado a proteger a una población de los potenciales embates de la crecida de un río, tiene un destino de prevenir un desastre, para lo cual se han realizado previamente estudios de hechos dañosos anteriores, de lo cual resulta una construcción técnica estructurada; no obstante, esa prevención, se produce una crecida inusitada, imprevista que destruye el muro y genera daños a la infraestructura de la población. Allí se está frente a un hecho de la naturaleza que por lo imprevisto exime de responsabilidad al constructor que ejecutó la obra con base en los adecuados estudios previos a su ejecución.

Habría igualmente fuerza mayor cuando se produce el derrumbe de parte de una montaña como efecto de la construcción de la ampliación de un camino, que impidió el paso de vehículos, cuyos pasajeros no pudieron llegar a su destino, incumpliendo su deber jurídico. El hecho proviene de una acción humana e involucra deberes de terceros.

De modo que esas causas eximentes, por su amplitud, incorporan diversas circunstancias que son imprevistas, insuperables o irresistibles; sin que el

grado de estas circunstancias limite su ocurrencia; ya que la fuerza mayor o caso fortuito por su propia naturaleza jurídica es trascendencia, porque supera la propia limitación natural de la acción humana.

Cuando se revisa la versión del mencionado médico, se pueden encontrar varios elementos: a) Que la paciente fue atendida en el hospital luego de un importante tiempo de espera, ya que incluso debió atender a un paciente en estado crítico b) Que la señora estaba en una silla de ruedas empujada por su esposo, quien luego debió llevar muestras al laboratorio, c) que el cuadro de salud referido era la presencia de lesiones dolorosas, que pican y producen secreciones malolientes (lesiones que pueden apreciarse de las fotografías que obran del expediente), d) Que el cuadro clínico era incierto que impedía un diagnóstico certero, por lo que hubo necesidad de recurrir al dermatólogo, quien luego de exámenes, que al no ser un cuadro claro se le diagnostique como tiña pedis, e) Que si bien a ese momento la paciente estaba estable “pero que el cuadro aparentaba gravedad de un posible daño sistémico” y que bajo indicaciones del dermatólogo se le dio el alta bajo “signos de alarma”; por lo que la paciente salió del hospital a altas horas de la noche, f) Que el día de la atención fue feriado, en los cuales existe una gran afluencia de pacientes para atención médica; g) Que la paciente estuvo acompañada de su esposo y que permanecieron un buen tiempo en el hospital y que la atención se dio aproximadamente entre las 16h30 a las 17h30. Varios de estos hechos descritos, están asimismo corroborados por el certificado médico que fuera presentado como justificativo de la inasistencia a la audiencia.

De lo anotado se puede encontrar que el servidor judicial sumariado, tuvo como pliego de cargo de ese procedimiento sancionador, la inasistencia a una audiencia convocada dentro de un proceso penal, la que fue calificada de fallida por el Tribunal; en función además de la disposición legal del artículo 109.17 del COFJ; no obstante, la alegación del sujeto pasivo de ese procedimiento debió ser considerada, partiendo de la existencia de sus factores humanos, que son aquellos acontecimientos propios de la vida de cada persona, relacionados con la actividad, laboral, profesional, familiar, etc.; es desde esa perspectiva, desde esa óptica que debió valorarse la potencial existencia de una causa eximente de su responsabilidad disciplinaria, que es ciertamente distinta al hecho procesal en que se ha declarado la audiencia fallida como consecuencia de la inasistencia de uno de los integrantes de la Sala



Multicompetente; ya que el asunto disciplinario, su eximencia de responsabilidad, proporcionalidad y hechos constitutivos, son propios de la actividad disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

Dentro de todo este marco argumentativo, esta Sala aprecia que, el certificado médico y la versión de quien atendió a la paciente, son elementos sustanciales para determinar que en el caso, se produjo un hecho imprevisto, de orden humano, propio de la circunstancia familiar del servidor judicial, con el cual justificó que el incumplimiento de su deber jurídico, como Juez Provincial, le impidió asistir a la mencionada audiencia, puesto que su obligación familiar le obligó a prestar la ayuda y el acompañamiento para la atención médica de su cónyuge que, al decir del médico (profesional de la salud), estuvo con un cuadro que aparentaba gravedad de un posible daño sistémico. Apreciaciones que bajo el principio de buena fe, debieron ser consideradas, más allá de que el sumariado había dado aviso de su situación al juez ponente de la causa que debía presidir y dirigir la audiencia y al secretario relator; a quienes informó que para cumplir su deber en el Puyo, estaba viajando desde la ciudad de Ambato; es decir había tomado previsiones para asistir a esa diligencia y cumplir su responsabilidad judicial; evento en el cual se produce el quebranto de salud de su cónyuge.

No es aceptable que en el caso, se haya decidido la sanción disciplinaria, sustentándose en la calificación administrativa sobre la salud de una paciente que no era el sujeto pasivo del procedimiento; pues en cuanto a la salud, son los galenos los que tienen la responsabilidad de la atención, diagnóstico, tratamiento y de otros aspectos propios de esa actividad profesional.

El artículo 110 del COFJ, que no ha sido aplicado por la administración en la resolución interpelada por vía de control jurisdiccional de la legalidad, refiere que, para efectos de calificar una sanción disciplinaria de suspensión o destitución, en la que puede incurrir un servidor judicial, han de tomarse en cuenta las circunstancias constitutivas que trae la norma que son:

“1. Naturaleza de la falta; 2. Grado de participación de la servidora o servidor; 3. Haberse cometido el hecho por primera vez o en forma reiterada; 4. Tratar de hechos que constituyan una sola falta o una acumulación de faltas; 5. Los resultados dañosos que hubieran producido la acción u omisión; y, 6. Otros elementos atenuantes o agravantes que consten del sumario disciplinario. Se exceptúan los casos en que la

ley ya realiza la calificación o dispone que se apliquen sanciones determinadas por la comisión de dichas infracciones”.

Del estudio del caso, la Sala estima que en el caso, es evidente que, así refiere la resolución recurrida y el informe motivada en el que se sustenta esa decisión, el sumariado incurrió en la falta por primera vez y se trata de una sola falta, no existen resultados dañosos, ya que la audiencia pudo realizarse nuevamente pocos días después, con la presencia del servidor judicial, que la inasistencia no generó nulidad alguna; y que, fundamentalmente, como ha quedado establecido, en el caso se generó la circunstancia eximente de responsabilidad disciplinaria relativa al caso fortuito o fuerza mayor, por las razones que se han expuesto en párrafos anteriores. Adicionalmente debe resaltarse que, de la revisión del expediente administrativo, remitido por la Administración demandada, se ha verificado el informe motivado de 27 de abril de 2017, que fuera conocido por la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura de Pastaza, que fuera remitido al Pleno del Consejo de la Judicatura, sobre cuya base fue sancionado el recurrente, no le ha sido notificado como correspondía para que ejerza su derecho de contradicción, conforme dispone la sentencia 234-18-SEP-CC, del 27 de junio de 2018, expedida por la Corte Constitucional que dice:

“En este contexto, conviene reiterar lo expuesto en párrafos superiores, respecto que la notificación del informe motivado en los sumarios administrativos o procedimientos disciplinarios es obliga[to]ría, en tanto constituye el acto material de comunicación por medio del cual se pone en conocimiento de las partes, los actos o las decisiones proferidas por la autoridad pública en esta etapa, lo cual permitirá garantizar los principios de publicidad, de contradicción, impugnación, y, en especial, que se prevenga que la persona sumariada pueda ser sancionado sin ser oído. Partiendo de dicha reflexión, es importante recordar que en la demanda de acción de protección, la accionante aseveró que la falta de notificación del Informe Motivado N.º 199/035/2016, de 03 de mayo de 2016, trajo consigo su destitución, en razón que no pudo impugnar el mismo, que a su criterio, habría servido de base para que el Pleno del Consejo de la Judicatura la destituya del cargo de jueza provincial, por considerarla “... responsable de manifiesta negligencia y manipular gravemente el sistema informático de la Función Judicial, infracciones disciplinarias

tipificadas y sancionadas en los numerales 7 y 12, respectivamente, del artículo 109 del Código Orgánico de la Función judicial...". Como se puede apreciar, la falta de notificación u ocultamiento del informe en mención, al privar a la sumariada de la posibilidad de conocer el contenido del mismo, conforme a lo expuesto en párrafos superiores, lesionó su derecho a la defensa, pues del contenido integral de dicho informe se aprecia que si bien, en teoría, únicamente concluyó con una "recomendación", en la práctica tuvo fuerza probatoria ante el Pleno del Consejo de la Judicatura, puesto que el mismo fue considerado para dictar la resolución final en la que se ordenó la destitución de la funcionaria en mención. En consecuencia, esta Corte Constitucional concluye que la sustanciación del proceso disciplinario instaurado en contra de la accionante, tuvo lugar en los términos antes señalados, una vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, prevista en el artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución de la República".

Todo lo dicho permite colegir a esta Sala, que la resolución administrativa disciplinaria por la cual se destituyó al ciudadano Lenin Giovanni Naranjo López, como Juez de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza, es contraria a derecho, habiéndose destruido la presunción de legalidad que recubría esa decisión administrativa

10.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta 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, se acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Lenin Giovanni Naranjo López, consecuentemente, **CASA** la sentencia expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, expedida el jueves 25 de octubre del 2018, las 11h47, por la causal segunda del artículo 268 del COGEP.

Como decisión de la sentencia de mérito; y, con sustento en los fundamentos expuestos en los numerales 8 y 9 de este fallo, dentro del proceso contencioso administrativo No. 18803-2017-00309, planteado por el ciudadano Lenin Giovanni Naranjo López en contra del Consejo de la Judicatura, acepta parcialmente la demanda presentada por el mencionado actor; consecuentemente, se declara la ilegalidad del acto administrativo contenido en la Resolución de 20 de julio de 2017, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del sumario administrativo No. 00215-2017, así como de la Acción de personal No 3781-DNTH-2014 de 15 de mayo del 2014, con la que se notificó la destitución del cargo al servidor; en consecuencia, se ordena el reintegro del actor al cargo del que fue separado, para lo cual se concede el término de cinco días. No ha lugar a las demás pretensiones del accionante. Sin costas. Actúe la Dra. Ivonne Marlene Guamaní León en calidad de Secretaria Relatora, según Acción de Personal No. 1040-DNTH-2021-OQ.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) DR. PATRICIO SECAIRA DURANGO CONJUEZ NACIONAL PONENTE. DR. FABIÁN RACINES GARRIDO JUEZ NACIONAL. DR. IVÁN LARCO ORTUÑO CONJUEZ NACIONAL (E)
Certifico.-

II

Juicio Nro. 17811-2018-00565
Fecha: 5 de julio de 2023, las 16h37

TEMA: A los servidores de libre nombramiento y remoción no les es aplicable el derecho a mantener el puesto de trabajo consagrado en el artículo 23, literal o, de la LOSEP, pues su aplicación desnaturalizaría el objeto y finalidad del nombramiento inclusive cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento.

SÍNTESIS

El actor laboró bajo la modalidad de contratos ocasionales y de libre nombramiento y remoción en el cargo de Director Nacional de Investigación de Prácticas Desleales. Fue diagnosticado con la enfermedad de Parkinson, la misma que es calificada de "catastrófica y ultra rara". Posteriormente es removido de su cargo, por lo que inicia la acción contenciosa. El tribunal de instancia, resolvió rechazar la demanda. El actor interpone recurso de casación por las causales segunda y quinta del artículo 268 del COGEP. La Sala de casación analiza si existe el vicio de errónea interpretación del artículo 228 de la Constitución, al haberse dado significado diferente; que un servidor público goce de un derecho irrenunciable; al no haber reconocido el derecho del recurrente a mantener el puesto de trabajo después de ser diagnosticado con una enfermedad catastrófica. Concluye la Sala que los servidores de libre nombramiento y remoción cesan en sus funciones cuando la autoridad nominadora, pierde la confianza en ese servidor. En consecuencia, dicho nombramiento no generó ningún tipo de estabilidad laboral al funcionario. La Sala rechaza el recurso incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2018-00565

Juez Ponente: Dr. Milton Velásquez Díaz

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Quito, 5 de julio de 2023, las 16h37

VISTOS: El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Iván Larco Ortuño y Fabián Racines Garrido, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17811-2018-00565:

1. Antecedentes procesales

1.1 El señor Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso laboró para la Superintendencia de Control de Poder del Mercado ("SCPM"), desde el 1 de mayo de 2014 hasta el 31 de julio de 2017, bajo la modalidad de contratos ocasionales, y desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 18 de diciembre de 2017, bajo la modalidad de libre nombramiento

y remoción, en el cargo de Director Nacional de Investigación de Prácticas Desleales.

1.2 Desde el año 2015 fue diagnosticado con la enfermedad de Parkinson, la misma que es calificada de "catastrófica y ultra rara". El 2 de septiembre de 2015, el CONADIS lo incluyó en el Registro Nacional de Discapacidades con una discapacidad del 40%.

1.3 A través de Acción de Personal No. SCPM-CGAF-DATH-430 de 18 de diciembre de 2017, emitida por el Coordinador General Administrativo y Financiero de la SCPM, se removió de las funciones a Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso.

1.4 El 2 de mayo de 2018, Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso presentó una acción contenciosa administrativa en contra de la SCPM y de la Procuraduría General del Estado ("PGE") para que se declare la ilegalidad de la remoción. Como pretensión, solicitó que se paguen las

remuneraciones que correspondan y que se ordene la restitución al cargo que venía desempeñando, más los intereses legales.

1.5 Adicionalmente, y de forma subsidiaria a lo solicitado, requirió que, en caso de que no fuere restituido al cargo que venía desempeñando, se disponga el pago de las remuneraciones desde el momento de la remoción, más beneficios legales y una indemnización compensatoria equivalente al lucro cesante por la no restitución por todo el tiempo de su vida laboral útil posterior. Del mismo modo, solicitó el pago de un valor equivalente a 18 meses de la mejor remuneración, y, finalmente, el pago de costas procesales.

1.6 Mediante sentencia de 1 de julio de 2021, las 19h20, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, con voto de mayoría, resolvió rechazar la demanda propuesta; en contra de esta decisión, Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso interpuso recurso de casación por las causales segunda y quinta del artículo 268 del COGEP.

1.7 Una vez elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 12 de septiembre de 2022, las 13h15, la Conjuez Nacional Hipatia Ortiz Vargas admitió el recurso.

1.8 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP, el 11 de mayo de 2023, a las 15h00, de forma presencial, se celebró audiencia de fundamentación del recurso de casación, no obstante, por la complejidad del caso la diligencia fue suspendida. El 14 de junio de 2023, a las 14h30, se reanudó la audiencia, en la que por unanimidad se resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por el señor Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso. En virtud de lo dispuesto en el artículo 93 *ibídem*, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación:

2. Competencia

2.1 Esta Sala está integrada por los jueces Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. Su conformación resultó de tres sucesos:

1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
2. La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante Resolución No. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,

3. Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

2.2 Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los artículos 184.1 de la Constitución y 269 del Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”).

2.3 En este caso, el sorteo electrónico de 22 de noviembre de 2022 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Iván Larco Ortuño y Fabián Racines Garrido.

3. Validez procesal

3.1 No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

4. Fundamentación del recurso de casación

a) Recurso de casación

4.1 Causal segunda del artículo 268 del COGEP, por falta de motivación

4.1.1 El señor Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso alega que la sentencia dictada el 1 de julio de 2021, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (“Tribunal Distrital” o “TDCA”) no se encuentra motivada por las razones que se sintetizan a continuación:

4.1.1.1 No se analiza el argumento de que el derecho a mantener el puesto de trabajo tiene origen en el diagnóstico de enfermedad catastrófica.

4.1.1.2 Se analizó únicamente el origen de la estabilidad laboral de los servidores públicos en general y no el derecho a mantener el puesto de trabajo cuando se disminuyen las capacidades como consecuencia de una enfermedad catastrófica.

4.1.1.3 Se arriba a una conclusión sin identificar la aplicación del artículo 23, literal o, de la LOSEP al caso.



4.1.1.4 No se analizaron los argumentos principales expuestos en la demanda.

4.2 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 228 de la Constitución (“CRE”)

4.2.1 El recurrente señala que, a criterio del TDCA, el artículo 228 de la Constitución prohibiría que se reconozca su derecho a mantener el puesto de trabajo, luego de haber sido diagnosticado con una enfermedad catastrófica mientras era servidor público. En ese sentido, menciona que el TDCA le da al artículo 228 de la CRE un significado que no tiene, esto es, impedir que un servidor público ejerza un derecho irrenunciable.

4.2.2 En cuanto al alcance del artículo 228 de la CRE, el recurrente manifiesta que el artículo 427 de la CRE manda que las normas constitucionales se interpretarán al tenor literal que más se ajuste a la CRE en su integralidad. De ahí, menciona que el artículo 229 de la CRE, en concordancia con el artículo 4 de la LOSEP, determina quiénes son servidores públicos.

4.2.3 En este orden, indica que el artículo no puede interpretarse de forma que impida que un servidor público goce de un derecho irrenunciable. Por esta razón, afirma que la correcta interpretación es que se reconoce como servidores públicos a quienes hayan ganado un concurso de méritos y oposición, hayan ganado una elección popular o sean de libre nombramiento y remoción. Este artículo en ningún momento prohíbe que a un servidor público se le reconozca un derecho reconocido por la LOSEP.

4.3 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación de los artículos 23, literal o, de la LOSEP y 11, numerales 2 y 8, de la Constitución

4.3.1 El recurrente señala que el error se configura cuando la sentencia impugnada se limitó a validar la existencia del artículo 23 de la LOSEP, sin pronunciarse respecto de su aplicabilidad al caso concreto, como derecho irrenunciable de todos los servidores públicos. Peor aún, nada dice respecto del literal o) del artículo en mención, lo que evidencia la falta de aplicación de la disposición jurídica.

4.3.2 De ahí, menciona que la decisión dejó de aplicar el literal o) del artículo 23 de la LOSEP, que reconoce derechos irrenunciables de todos los servidores públicos, independientemente, de si son de carrera o de libre nombramiento y remoción, lo cual tiene conexión con el artículo 11, numerales 2 y 8 de la CRE.

4.3.3 En este sentido, indica que el fallo ignoró el daño ocasionado por la SPCM a una persona en estado de desigualdad por su doble vulnerabilidad al verse afectada por una enfermedad catastrófica y ultra rara. De tal forma, alega que la sentencia se tradujo en una interpretación regresiva del derecho irrenunciable del servidor público accionante.

4.3.4 En esa línea, manifiesta que el literal o) del artículo 23 de la LOSEP reconoce que todos los servidores públicos tienen el derecho irrenunciable a mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo pasar a desempeñar otro sin que le pueda ser disminuida su remuneración.

b) Contestación al recurso

4.4 Respecto del cargo de falta de motivación, la SPCM señala que “[e]l supuesto defecto de la resolución judicial alegado por el demandante tiende a suponer que, los derechos de los servidores públicos no exigen requisitos programados para su ejecución, por cuanto su condición de salud le permite estabilidad en el sector público, situación jurídica que se norma hacia los servidores pertenecientes a la carrera administrativa”.

4.5 A continuación, transcribe partes de la sentencia emitida por el Tribunal Distrital, y señala que, de esa forma, se evidencia que se analizó el derecho del actor a mantener su puesto de trabajo, definiendo la inexistencia del mismo, por cuanto la Constitución y la ley establecen requisitos para gozar de la protección de estabilidad, cuyo origen es el concurso de méritos y oposición, descartando la posibilidad de estabilidad en mérito de la condición de salud en una situación normativa no prevista.

4.6 De esa forma, afirma que se verifica que “la misma posee un estándar de suficiencia, con abundante y suficiente fundamentación fáctica y normativa, con vínculos congruentes, es decir, una explicación sobre los hechos reclamados, los hechos probados y su subsunción con la norma aplicable, con una conclusión de vencimiento a la altura de los elementos solemnes del pronunciamiento judicial”.

4.7 Sobre la errónea interpretación del artículo 228 de la Constitución, la SPCM indica que “el texto de la sentencia es absolutamente claro, la única forma de gozar de estabilidad en el sector público, establecida legalmente para el ascenso y la promoción en la carrera administrativa es mediante concurso de méritos y oposición, lo que conlleva derechos y obligaciones que les son exclusivas a los servidores

públicos de carrera, [por tanto,] no se puede alegar como yerro interpretativo cuando los fundamentos de hecho de la norma no cubren a un hecho fáctico que no le es propia”.

4.8 En consecuencia, afirma que “*el tribunal juzgador aplicó con toda literalidad el artículo 228 de la CRE, otorgándole el sentido previsto en el cuerpo normativo, es decir, los casos de ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa*”.

4.9 Con relación a la falta de aplicación de los artículos 23, literal o, de la LOSEP y 11, numerales 2 y 8, de la Constitución, la SCPM indica que “[f]rente a este argumento casacional, se debe considerar que la interpretación sistémica no se refiere al alejamiento que pretende realizar el señor Leonardo Bermeo, llevando a la letra o) del artículo 23 de la LOSEP, lejos de los acápites que desarrollan el ingreso al servicio público y su estabilidad. En el supuesto no consentido, de aplicarse la norma invocada de forma unitaria, la interpretación judicial de los hechos aceptados de Leonardo Bermeo, como su nombramiento de libre remoción, no encontrarían respuesta alguna por tener fundamento fáctico distinto...”.

4.10 En consecuencia, solicita que “...se niegue el recurso de casación interpuesto y se ratifique la decisión de 01 de julio de 2021...”.

5. Problemas jurídicos

5.1 Determinar si la sentencia dictada el 1 de julio de 2021 ha incurrido en el vicio de falta de motivación, debido a que, el Tribunal Distrital no habría dado respuesta a los argumentos principales expuestos en la demanda.

5.2 Establecer si la sentencia impugnada ha incurrido en el vicio de errónea interpretación del artículo 228 de la Constitución, al haberse dado significado diferente, por no permitir que un servidor público goce de un derecho irrenunciable.

5.3 Analizar si la sentencia emitida por el Tribunal Distrital ha incurrido en el vicio de falta de aplicación de los artículos 23, literal o, de la LOSEP y 11, numerales 2 y 8, de la Constitución, al no haber reconocido el derecho del recurrente a mantener el puesto de trabajo después de ser diagnosticado con una enfermedad catastrófica.

6. Análisis del Tribunal de Casación

6.1 Causal segunda del artículo 268 del CO-GER, por falta de motivación

6.1.1 Sobre el deber de motivación, la Constitución del Ecuador, en el artículo 76, núm. 7, letra l), dispone lo siguiente:

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.

6.1.2 Esta disposición se refiere al deber de razonar y se cumple cuando se “*verifican dos circunstancias básicas: enunciar las normas o principios en que funda la decisión; y, explicar la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios a los hechos del caso*” [Rafael Oyarte, Derecho Constitucional (Quito: Ediciones Legales, 2019) 935].

6.1.3 De criterio similar ha sido nuestra jurisprudencia constitucional, al entender que la estructura de la motivación se compone de: i. enunciar las normas y/o principios jurídicos en que se fundamenta la decisión; ii. enunciar los hechos del caso; y, iii. explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho [CCE, sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 59].

6.1.4 De esta forma, una argumentación jurídica mínimamente completa está compuesta por suficientes fundamentos fácticos, sobre los antecedentes de hecho y su prueba; y suficientes fundamentos jurídicos, en el sentido de enunciar las normas y principios jurídicos y la aplicación de estos a los antecedentes de hecho -pertinencia- [CCE, sentencia No. 497-17-EP/20 de 9 de septiembre de 2020, párr. 17]. La motivación, en este sentido, deberá indicar sobradamente que la decisión adoptada responde a una manera específica de entender qué hechos resultan probados y cómo se interpreta la norma aplicable [Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 242].

6.1.5 La motivación suficiente exige únicamente conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento expresado [Juan Montero Aroca, La Sentencia. En Derecho Jurisdiccional II (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 384]. Así también “...no incluye un derecho al acierto o la corrección jurídica de las resoluciones judiciales” [CCE, sentencia No. 274-13-EP/19, de 18 de octubre de 2019, párr. 47]; como tampoco, habilita una revisión de los méritos de la decisión, ni permite entrar a analizar la corrección de la aplicación del Derecho



y tampoco de la valoración probatoria (motivación incorrecta) [CCE, sentencia No. 1906-13-EP/20 de 5 de agosto de 2020].

6.1.6 En general, el incumplimiento del criterio previamente establecido provoca que la argumentación jurídica adolezca de deficiencia motivacional. Esta deficiencia, se clasifica en tres tipos: inexistencia, insuficiencia y apariencia. Dicho esto, y en función de la alegación planteada por el recurrente, le corresponde a este Tribunal de casación delimitar y desarrollar la motivación aparente.

6.1.7 En esta línea, la argumentación aparente es aquella que, superficialmente, es suficiente, empero en realidad es ‘inexistente’ o ‘insuficiente’ por encontrarse afectada por algún vicio motivacional. La Corte Constitucional enumera ciertos tipos de deficiencia motivacional aparente los cuales son: incoherencia, inatención, incongruencia e incomprensibilidad. No obstante, es importante destacar que, la misma Corte ha dicho que “*esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada*” [CCE, sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 71]. En el caso sub judice, dados los argumentos del recurrente, nos enfocaremos en el vicio de incongruencia.

6.1.8 La incongruencia, puede ser de dos tipos: 1. Incongruencia frente a las partes; y, 2. Incongruencia frente al Derecho. La primera, ocurre cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales. La segunda, se configura cuando no se ha contestado en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones [CCE, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párrs. 85-86]. En este caso, habría ocurrido la incongruencia frente a las partes.

6.1.9 En lo principal, se identifica que el recurrente alega que el TDCA no analizó que su derecho a la estabilidad laboral tiene origen en el diagnóstico de la enfermedad catastrófica y no en la estabilidad laboral de los servidores públicos en general. En consecuencia, afirma que se arriba a una conclusión sin identificar la aplicación del artículo 23, literal o, de la LOSEP, respecto del derecho mantener el puesto de trabajo cuando se disminuyen las capacidades como consecuencia de una enfermedad catastrófica.

6.1.10 De ahí que, previo a realizar el análisis co-

rrespondiente, es necesario señalar que con relación al argumento de que se arriba a una conclusión sin identificar la aplicación del artículo 23, literal o, de la LOSEP al caso (párr. 4.1.1.3 *ut supra*), conviene recordar que mediante la causal segunda del artículo 268 del COGEP, este Tribunal se encuentra impedido de examinar la correcta o incorrecta interpretación y/o aplicación del Derecho por parte de los jueces de instancia, pues lo único que corresponde revisar es si la decisión cuenta con los elementos que componen la estructura mínima de una argumentación jurídica –motivación suficiente–.

6.1.11 Con fundamento en lo anterior, esta Sala examinará si se ha configurado el vicio casacional de incongruencia frente a las partes.

6.1.12 Sobre la incongruencia frente a las partes, la Corte Constitucional ha determinado que “[n]o surge cuando se deja de contestar cualquier argumento de las partes, sino solo los relevantes, es decir, aquellos argumentos que inciden significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. Para evaluar si la incidencia es o no significativa, es preciso atender al contexto del debate judicial y al estándar de suficiencia aplicable al caso concreto. Los argumentos de las partes son especialmente relevantes cuando apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador” [CCE, sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 87].

6.1.13 En ese sentido, corresponde, en primer lugar, determinar cuál fue el problema jurídico, y posteriormente, los argumentos que han sido expuestos por el recurrente como no analizados, para establecer si eran relevantes para resolver el problema jurídico.

6.1.14 Al respecto, de la revisión de la sentencia recurrida, se observa que el recurrente impugna la acción de personal No. SCPM-CGAF-DATH-430 de 18 de diciembre de 2017, mediante la cual se le removió de su cargo de Director Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, bajo la modalidad de libre nombramiento, para que se declare su ilegalidad, ya que no se habría considerado que fue diagnosticado con la patología denominada “*enfermedad de parkinson*”, la misma que le habría dado estabilidad en su puesto de trabajo. Así se identifica que, en el considerando cuarto de la sentencia, el Tribunal establece como objeto de la controversia “[d]eterminar la legalidad y validez de la acción de personal...”.

6.1.15 Mientras que, el recurrente alega que el TDCA no tomó en cuenta que el derecho

a mantener su puesto de trabajo tiene origen en el diagnóstico de la enfermedad catastrófica y no en la estabilidad laboral de los servidores públicos en general.

6.1.16 Por consiguiente, se verifica que la determinación de la legalidad o la ilegalidad de la acción de personal está relacionada con el argumento del accionante de que su remoción no se debió efectuar debido a la enfermedad que le fue diagnosticada, por tanto, es un argumento relevante que incidía significativamente en la resolución del problema jurídico.

6.1.17 En consecuencia, se procederá a revisar si el TDCA analizó el argumento del recurrente.

6.1.18 De la revisión de la sentencia, se observa que, en primer lugar, el TDCA señala que la acción de personal fue emitida por autoridad competente, cumple con los requisitos establecidos en la ley para un acto administrativo válido y produce el efecto establecido en el artículo 47, literal e) de la LOSEP, es decir, la cesación por remoción al tratarse de un servidor de libre nombramiento y remoción.

6.1.19 A continuación, cita el artículo 23 de la LOSEP (derechos de los servidores públicos); el artículo 4 de la LOSEP (quiénes se consideran servidores públicos); el artículo 5, literal h), de la LOSEP (el requisito para ingresar al sector público de ser triunfador en el concurso de méritos y oposición); el artículo 83, literales a.5) y h) de la LOSEP (la exclusión de la carrera del servicio público a los directores, gerentes, subdirectores y subgerentes, y a los servidores de libre nombramiento y remoción); el artículo 85 de la LOSEP (los servidores de libre nombramiento y remoción).

6.1.20 Por lo que de acuerdo con la normativa legal citada, el TDCA indica que el actor tenía un nombramiento de Director Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, que fue emitido el 1 de agosto de 2017 y culminó el 18 de diciembre de 2017, teniendo una duración de cuatro meses, 18 días; cargo que no está cubierto por la estabilidad laboral que brinda un nombramiento luego de haber ganado un concurso de méritos. En esa línea, cita la Sentencia No. 059-14-SEP-CC, mediante la cual, la Corte Constitucional determinó que “[l]a estabilidad es un derecho propio de los funcionarios públicos que están incluidos en la carrera administrativa...”.

6.1.21 Por otro lado, respecto al diagnóstico de la patología denominada “enfermedad de parkinson”, el TDCA señala que “no se ha probado judicialmente que la separación del car-

go se haya realizado por la patología que padece el actor, para lo cual el Estado Ecuatoriano prevé otro tipo de protección social, lo cual no es materia de discusión en el presente caso. Ya que la estabilidad laboral en caso de personas con enfermedades degenerativas, catastróficas no está dada por el tipo de enfermedad, la estabilidad que garantiza la LOSEP, deviene de ser un servidor público con nombramiento, [como] consecuencia de haber ganado un concurso de mérito y oposición, tal como lo dispone el artículo 5, numeral h, lo cual no se ha cumplido en el presente caso”.

6.1.22 Además, menciona que “...el actor no tenía un nombramiento regular, ni era ganador de concurso, por lo que al amparo del art. 47, letra e) de la [LOSEP] ostentaba una estabilidad precaria sujeta a la decisión de la autoridad...decisión que está enmarcada dentro de sus atribuciones legales, pues se reitera que quien ostenta un nombramiento provisional o de libre remoción, se halla sujeto a un régimen excepcional que no está sujeto a la garantía de estabilidad que si confieren los nombramientos regulares a los servidores que cuentan con el nombramiento definitivo...”.

6.1.23 Por lo expuesto, se colige que el Tribunal Distrital sí analizó los argumentos relevantes expuestos por el recurrente en la demanda respecto a su derecho a la estabilidad laboral, al padecer una enfermedad. Sobre lo dicho, se observa que, el TDCA realizó un análisis de las razones por las cuales la acción de personal no era ilegal, ya que había sido emitida al amparo del artículo 47, literal e) de la LOSEP. En ese sentido, analiza por qué la estabilidad contemplada en la LOSEP no se condiciona a la enfermedad del recurrente, sino al hecho de haber ingresado al sector público, tomando en consideración que el nombramiento del recurrente no posee estabilidad, de acuerdo con lo establecido en los artículos 83 y 85 de la LOSEP.

6.1.24 Así también, se verifica que el TDCA explicó las razones por las cuales los cargos de libre nombramiento y remoción no tienen estabilidad laboral, para lo cual, enunció las normas en que se fundamenta la decisión, enunció los hechos del caso y explicó la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho, por tanto, existe una argumentación jurídica suficiente. Por tanto, se desecha el cargo por falta de motivación, contenido en el caso segundo del artículo 268 del COGEP.

6.2 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, errónea interpretación del artículo 228 de la Constitución



6.2.1 La causal quinta del artículo 268 del COGEP contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de la doctrina legal. Se configura en tres supuestos [Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 323, juicio No. 89-99, 31 de agosto de 2000; No. 299, juicio No. 168-200, 19 de junio de 2001; No. 317, juicio No. 190-200, 31 de agosto de 2000. En el mismo sentido, véase: Manuel De La Plaza, La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218]:

Falta de aplicación: Cuando el juzgador deja de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

Aplicación indebida: 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.

Errónea interpretación: Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

6.2.2 El recurrente señala que el Tribunal Distrital, al impedir que un servidor ejerza un derecho irrenunciable, le da al artículo 228 de la Constitución un significado que no tiene. Por lo que, indica que la correcta interpretación es el reconocimiento como servidores públicos a quienes hayan ganado un concurso de méritos y oposición y hayan ganado una elección popular o sean de libre nombramiento y remoción, debido a que el artículo en ningún momento prohíbe que a un servidor público se le reconozca un derecho reconocido por la LOSEP.

6.2.3 Por lo señalado, se procede a examinar si el tribunal de instancia incurrió en el yerro de errónea interpretación de la disposición invocada de la Constitución.

6.2.4 La norma acusada como interpretada erróneamente, expresamente dispone:

Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.

Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

6.2.5 De la revisión del artículo 228, se identifica que el mecanismo por el cual se efectúa el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa es el concurso de méritos y oposición. Además, establece que los funcionarios de elección popular o libre nombramiento y remoción, no ingresan al servicio público por concurso, considerando que su ingreso se efectúa por ser declarado ganador en una elección o por la designación que realiza una autoridad a un funcionario.

6.2.6 Al respecto, se observa que el Tribunal señala que en el caso en análisis *“no se ha producido un concurso de mérito y oposición que declare ganadora a la hoy accionante (sic); por lo tanto, mal puede la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica de Servicio Público, que es una norma de jerarquía menor a la Constitución dar derechos a los nombramientos de libre remoción, contradictorios con lo dispuesto en la Constitución de la República, que en todo caso, la situación del actor no se configura con la mencionada disposición, ya que la vinculación que mantenía con la institución era a través de un cargo, que es netamente de libre nombramiento y remoción, sería ir en contra de la disposición constitucional, lo cual no está permitido a este Tribunal”*.

6.2.7 En ese sentido, se identifica que el criterio del Tribunal es que de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución, el funcionario público que goza de estabilidad laboral es quien ingresa en el servicio público mediante un concurso de méritos y oposición, por consiguiente, el funcionario que tiene un cargo de libre nombramiento y remoción no tiene estabilidad. En consecuencia, señala que, al recurrente no le era aplicable lo señalado en la disposición transitoria undécima de la LOSEP, debido a que, la disposición se refiere a las personas que hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más, sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea con contrato ocasional o nombramiento provisional, o bajo cualquier otra forma permitida por esta Ley, deben ser declaradas ganadoras del respectivo concurso, que en el caso del recurrente se encontraba bajo un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cual no le daba estabilidad.

6.2.8 De esa manera, corresponde determinar si el Tribunal Distrital, al interpretar el artículo 228 de la Constitución, le dio un sentido y alcance diferente.

6.2.9 Sobre el artículo en mención, la Corte Constitucional ha determinado que *“... nuestra norma constitucional ha optado como regla general por un*

sistema de selección y designación participativo y meritocrático, cuya base misma son los concursos de méritos y oposición conforme con los presupuestos constitucionales señalados. Siendo este el mecanismo por el cual ha optado el constituyente para tener a las y los mejores servidores públicos al servicio de la colectividad, dicho sistema se rige por los principios de transparencia, equidad, pluralismo y democracia” [Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado, párr. 47].

6.2.10 Además, ha establecido que “como regla general que el ingreso al servicio público se realiza mediante concurso de méritos y oposición (conforme los presupuestos constitucionales), salvo las excepciones previstas en la propia Constitución (por ejemplo, servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción). Así también, que la obtención de un nombramiento definitivo únicamente se puede realizar mediante este sistema meritocrático adoptado constitucionalmente” [Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado, párr. 48].

6.2.11 En ese sentido, conforme lo expuesto, el tenor literal de la disposición jurídica invocada es claro en determinar que la forma mediante la cual se puede ingresar al servicio público es el concurso de méritos y oposición, con excepción de los servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Es decir, la norma constitucional determina que si bien los servidores públicos que no participan de un concurso también ingresan al servicio público, ello no hace que formen parte de la carrera administrativa para el ascenso y la promoción, lo cual es propio de un servidor de carrera, que tiene derechos que le han sido reconocidos por su estabilidad laboral.

6.2.12 Por tanto, no se observa que el Tribunal Distrital le haya dado un alcance diferente, pues conforme se señaló, el artículo 228 de la Constitución establece con claridad que el ingreso al sector público se efectúa a través de un concurso de méritos y oposición y es esa forma la que le permite gozar de estabilidad, sentido que le atribuyó el Tribunal Distrital al artículo 228 de la Constitución, conforme se expuso en el párrafo 6.2.6. *ut supra*.

6.2.13 En consecuencia, se rechaza el cargo de errónea interpretación, establecido en la causal quinta del artículo 268 del COGEP

6.3 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, falta de aplicación de los artículos 23, literal o, de la LOSEP y 11, numerales 2 y 8, de la Constitución

6.3.1 Respecto de este cargo, el recurrente señala que el Tribunal Distrital en la decisión dejó de aplicar el literal o) del artículo 23 de la LOSEP, que reconoce cuáles son los derechos irrenunciables de todos los servidores públicos, independientemente, de si son de carrera o de libre nombramiento y remoción, en concordancia con lo consagrado el artículo 11, numerales 2 y 8 de la Constitución.

6.3.2 De esa forma, se procede a examinar si el tribunal de instancia incurrió en el yerro de falta de aplicación de las disposiciones invocadas de la LOSEP y la Constitución.

6.3.3 Las normas acusadas por falta de aplicación expresamente disponen:

Art. 23.-Derechos de las servidoras y los servidores públicos.- Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos:

o) Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social;

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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

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

6.3.4 Ahora bien, el recurrente cuestiona que el Tribunal Distrital no haya aplicado el artículo 23, literal o, de la LOSEP, que establece el derecho que tienen los servidores públicos a mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido

sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento, debido a que, de acuerdo con el análisis realizado del artículo 228 de la Constitución, el TDCA señala que la estabilidad de los funcionarios no viene dada por la enfermedad diagnosticada, sino con el hecho de haber ganado un concurso de méritos y oposición, que en el caso del recurrente no fue así, ya que ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción.

6.3.5 Al respecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17, literal c), del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, los nombramientos de libre nombramiento y remoción son “[l]os expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado”. En ese sentido, en la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, la Corte Constitucional señaló que “[s]e caracterizan por cumplir un papel de manejo, conducción u orientación institucional, **que están ligados al grado de confianza que la autoridad nominadora tenga sobre quienes ocupan estos cargos. Los cargos de libre remoción terminan cuando la autoridad nominadora considera que ha perdido la confianza**” (énfasis añadido).

6.3.6 Por tanto, conforme lo determina la Corte Constitucional, así como el artículo 105, numeral 2, de la LOSEP, las o los servidores de libre nombramiento y remoción cesan en sus funciones cuando la autoridad nominadora pierde la confianza en el servidor. En consecuencia, dicho nombramiento no genera estabilidad laboral al funcionario, en tanto que está sujeto a la decisión que tome quien lo ha nominado.

6.3.7 Sobre la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción, se ha establecido que “los cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de la garantía de estabilidad laboral, pues se trata de cargos que se fundan en la confianza, la dirección o el manejo...” [Lecciones constitucionales en materia procesal. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 376].

6.3.8 Entonces, con la finalidad de que la norma sea entendida en todo el contexto normativo, es necesario realizar una interpretación sistemática para determinar si en el presente caso era aplicable el artículo 23, literal o, de la LOSEP, es decir, para que el sentido otorgado a la norma vaya acorde al contenido general del ordenamiento jurídico y no de su interpretación autónoma, sin considerar el resto de las normas.

6.3.9 En esa línea, se tiene que “[e]l método sistemático debe vincular, unir, las instituciones con las

reglas del Derecho, determinar la influencia de la ley interpretada sobre el sistema jurídico... Generalmente, el enfoque sistemático da importancia al contexto normativo, para no tomar a la norma jurídica de manera aislada sino como parte de un todo. Y, esta posición lleva a armonizar el conjunto o sistema de normas” [Hernán Salgado Pesantes, Introducción al Derecho. Un esbozo de Teoría General del Derecho. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2014, p. 150]

6.3.10 Por consiguiente, de acuerdo con la naturaleza jurídica del nombramiento de libre remoción, y de una interpretación sistemática de las normas que regulan los tipos de nombramientos y la estabilidad laboral en el servicio público, este Tribunal observa que no es aplicable, en el presente caso, el derecho de los servidores y servidoras a mantener el puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento, consagrado en el artículo 23, literal o, de la LOSEP, pues su aplicación desnaturalizaría el objeto y finalidad del nombramiento de libre remoción. En consecuencia, no se observa que haya existido una falta de aplicación del artículo 23, literal o), de la LOSEP en la sentencia dictada el 1 de julio de 2021.

6.3.11 Con relación a la falta de aplicación del artículo 11, numerales 2 y 8, de la Constitución, el recurrente menciona que el artículo 23, literal o, de la LOSEP, no diferencia entre servidores públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción, por tanto, afirma que, al realizar esa distinción, se desconoce lo establecido en el artículo 11, numerales 2 y 8 de la Constitución. Sin embargo, de acuerdo con el análisis realizado respecto a la falta de aplicación del artículo 23, literal o, de la LOSEP, no se observa que el TDCA haya dejado de aplicar el artículo de la CRE.

6.3.12 Por lo expuesto, se desecha el cargo por falta de aplicación, contenido en el en el caso quinto del artículo 268 del COGEP.

6.3.13 A manera de *obiter dicta*, considerando que de acuerdo con el artículo 35 de la Constitución, las personas con discapacidad tienen derecho a una protección especial, es necesario exigir que las administraciones públicas demuestren que la pérdida de confianza no se debe a la condición de discapacidad del servidor o servidora.

6.3.14 En ese contexto, se ha señalado que:

El cese de un funcionario en un cargo de libre designación es...discrecional... esto es, deriva de la pérdida de la confianza implícita en su nombramiento. Pero

no puede acordarse con infracción de los derechos fundamentales y por causas no justificadas que puedan restringirlos. Así, por ejemplo, si la causa real deriva de las actividades sindicales del funcionario o de una discriminación por razón del anuncio de su embarazo o por razón de discapacidad. En casos como éstos el Tribunal Constitucional viene declarando que, si existen indicios suficientes de infracción, corresponde a la Administración probar que el cese obedece a motivos razonables y no atentatorios contra los derechos fundamentales [Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*. Editorial Tecnos, Madrid, 15ª edición, 2022, p. 197].

6.3.15 De ahí que, si bien es cierto, que el cargo de libre nombramiento y remoción tiene como sustento la confianza de la autoridad nominadora en el funcionario público, aquello no puede constituir una razón para restringir o vulnerar derechos. En consecuencia, esta *“facultad discrecional que tiene el nominador de una entidad no se encuentra limitada y fuera del control judicial, pues lo discrecional no puede constituir un comportamiento arbitrario”* [Lecciones constitucionales en materia procesal. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 377].

6.3.16 Por tanto, esta Sala estima que el acto administrativo mediante el cual se notifica a un funcionario con la terminación de su nombramiento de libre remoción debe tener una motivación suficiente respecto de la pérdida de confianza de la autoridad nominadora en el servidor, para así, descartar que el cese tenga como sustento alguna razón que atente los derechos de la persona con discapacidad.

7. Decisión

7.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de 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 DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, **rechaza** el recurso de casación interpuesto por el señor Leonardo Alfredo Bermeo Valdivieso, y por lo tanto decide **no casar** la sentencia dictada 1 de julio de 2021, las 19h20, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Notifíquese, publíquese y devuélvase. -

f) DR. MILTON VELÁSQUEZ DÍAZ JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. IVÁN LARCO ORTUÑO CONJUEZ NACIONAL. (E) DR. FABIÁN RACINES GARRIDO JUEZ NACIONAL.

Resumen de Fácil Comprensión

En el presente caso se resuelve que a los servidores y servidoras de libre nombramiento y remoción no les es aplicable el derecho a mantener el puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento, consagrado en el artículo 23, literal o, de la LOSEP, pues su aplicación desnaturalizaría el objeto y finalidad del nombramiento. A manera de obiter dicta, se establece que, el acto administrativo mediante el cual se notifica a un servidor o servidora con la terminación de su nombramiento de libre remoción debe tener una motivación suficiente respecto de la pérdida de confianza de la autoridad nominadora en el servidor, para así, descartar que el cese tenga como sustento alguna razón que atente los derechos de la persona con discapacidad.

III

Juicio Nro. 13802-2020-00066
Fecha: 11 de julio de 2023, las 15h17

TEMA: Incongruencia entre fundamentación fáctica y falta de motivación. Alcance de la causal del 109 del COFJ. Conceptos manipulación y atentar gravemente.

SÍNTESIS

El Tribunal de instancia, admitió parcialmente la demanda declarando la nulidad e ilegalidad del acto administrativo impugnado, ordenando el reintegro al cargo de la recurrente el pago de remuneraciones dejadas de percibir más beneficios de ley. La Sala de casación estima reprochable que el Tribunal de instancia haya centrado su análisis solo en la forma del informe pericial, sin hacer referencia alguna a sus anexos y demás conclusiones, para corroborarlo con la demás información a la que refiere su fallo lo cual determina sin duda alguna, un grave defecto de insuficiencia motivacional fáctica. En el análisis de fondo, la resolución impugnada, establece que la ex funcionaria fue la persona que desde el equipo registrado bajo la custodia y responsabilidad de dicha servidora, sin autorización alguna, realizó el cambio de litigante de activo a pasivo ocasionando que dicha persona no aparezca como sujeto procesal en ese proceso. Con sustento en esos hechos, la resolución administrativa sancionatoria, establece que la conducta de la servidora sumariada se inscribe en la infracción contenida en el numeral 12 del artículo 109 del COFJ, la cual está sancionada con la destitución del cargo. Ahora bien, el deber de quien interpone una demanda de acción subjetiva o de plena jurisdiccional, por la cual se denuncia la existencia de vicios afectadores de la legalidad del acto administrativo que se impugna, es por tener aparentemente la posibilidad procesal de destruir la presunción de legalidad que recubre a la decisión pública que se ataca; para lo cual debe obrarse la prueba pertinente que sostenga la existencia de tales vicios. En la especie no existe información procesal actuada por la accionante por medio de la cual haya justificado los vicios acusados que sustancialmente, según refiere la demanda, se relacionan a la falta de motivación de la resolución sancionatoria. Se rechaza la demanda planteada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13802-2020-00066

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sentencia de casación

Quito, 11 de julio de 2023, las 15h17

VISTOS: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformada mediante el respectivo sorteo, por los jueces nacionales:

a). Dr. Patricio Secaira Durango, quien ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura

mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional;

b) Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el

Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional.

c) Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021.

d) Jueces que, avocando conocimiento de la presente causa, signada con el No. **13802-2020-00066** y, siendo ese el estado de la misma, expide la siguiente sentencia relativa al recurso de casación que se identifica:

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1 Partes procesales del juicio de instancia:

Parte Actora: ANA VERÓNICA SANGO ARMIJOS

Parte Demandada: CONSEJO DE LA JUDICATURA y PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

1.2 Objeto de la controversia en el juicio de instancia: La presente causa contiene una acción subjetiva o de plena jurisdicción por cuyo intermedio, la actora impugna el acto administrativo por el cual ha sido destituida del cargo que ocupaba en la entidad demandada, como Secretaria de Unidades Judiciales de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, demandando que se declare la nulidad de esa resolución administrativa, se ordene su reintegro a ese puesto, el pago de sus remuneraciones, pago de daños y perjuicios por los daños morales que le han sido ocasionados y que se expresen disculpas públicas a través de medios de comunicación y página web de la entidad accionada.

1.3 Referencia a la parte dispositiva de la sentencia o auto recurrido: La sentencia de instancia ha sido dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario, en adelante Tribunal Distrital con sede en el cantón Portoviejo, provincia de Manabí, el 16 de marzo de 2022, las 16h37, por la cual se admite parcialmente la demanda declarando la nulidad e ilegalidad del acto administrativo impugnado, ordenando el reintegro al cargo de la recurrente, y, el pago de remuneraciones dejadas de percibir más beneficios de ley.

1.4 Referencia a las principales consideraciones realizadas por el juzgador en la sentencia recurrida:

El fallo que se interpela deja establecido que el Delegado del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social ha puesto en conocimiento del Consejo de la Judicatura en Santo Domingo de los Tsáchilas, su preocupación por cuanto en el Proceso Penal 23281-2018-04093, se encontraron inconsistencias, ya que fueron procesadas 30 personas y actualmente constan solo 29 personas, según información del SATJE. Que la Administración requirió información de Tics sobre el caso, habiéndose emitido el informe respectivo por parte del Coordinador de la Dirección Provincial señaló que revisado el sistema SATJE y la base de datos de consultas otorgado por la Dirección de Tics, que dentro de la información de ese proceso se encuentra una actualización de estado activo a inactivo de la litigante Diez Sunta Diana Alexandra; ordenándose la investigación respectiva; obteniéndose el informe de 27 de septiembre de 2018; sobre cuya base se ha instaurado el sumario administrativo en contra de Ana Verónica Sango Armijos, Secretaria de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, el cual culminara con la emisión de la resolución sancionatoria impugnada por vía judicial, signada con el No. MOT-0104-SNCD-2019-SR (2301)-2018-0112, expedida el 24 de septiembre de 2019, por el Pleno del Consejo de la Judicatura.

La sentencia señala que la existencia de la resolución impugnada y el procedimiento previo a su expedición son aspectos no controvertidos, al igual que el hecho que dentro del señalado proceso penal se encuentra una actualización de estado activo a inactivo de la litigante ya mencionada, lo cual está justificado con la documentación anexa a la investigación por el Coordinador de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Santo Domingo de los Tsáchilas en memorandos: DP23-UPTICS-2018-0099-M de 22 de agosto de 2018 y P23-UPTICS-2018-0103-M de 28 de agosto de 2018, el cual señala que de la revisión del sistema SATJE y de la base de datos proporcionada por la Dirección Nacional de TIC's, se ha establecido que dentro de la causa 23281-2018-04093G, se encuentra realizada una actualización de movimiento litigante que corresponde a Diez Sunta Diana Alexandra, desde el equipo de cómputo No.STDSDTO0104WS57, perteneciente en esa fecha a la servidora Ana Victoria Sango Armijos, cambio realizado desde el usuario



maría.borjaq. que corresponde a la funcionaria María Alejandra Borja Quishpe.

Que de la versión rendida por el Coordinador de la Unidad Provincial de TIC's Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Santo Domingo de los Tsáchilas, asegura que al ver el video de vigilancia No.22 del NVR 2, ubicada en el cuarto piso del edificio del Complejo Judicial, área de ayudantes judiciales de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Santo Domingo, aparece que la abogada Ana Victoria Sango Artmijos el 13 de agosto de 2018, a las 12:45:19, fue la funcionaria que se encontraba en uso del computador por medio del cual se efectuó el cambio de litigante.

Sostiene el tribunal de instancia, respecto de ese mismo video vigilancia, se efectuó un peritaje cuyo informe lo suscribe el Tlgo. Manuel Sarango Jumbo, quien afirma que las grabaciones del DVD-R, marca Princo, color Blanco, con serie P407011517470321, que obra del expediente administrativo de investigación, objeto del análisis, existen y no presentan alteraciones de orden físico, se observan grabaciones de un enfoque de cámaras de seguridad de fecha 2019-08-18.

De ello infiere el Tribunal en el fallo, que la acción que se imputa a la actora del juicio de instancia ha ocurrido el 13 de agosto de 2018 y no el 18 de agosto de 2018; además de que todos los servidores conocían de sus claves y accesos. Por lo que consideran que la resolución sancionatoria impugnada carece de motivación "por ser insuficiente la argumentación jurídica en cuanto a la fundamentación fáctica", al no haberse justificado el nexo causal que subsuma la presunta responsabilidad de la sumariada al tipo de infracción acusada. Que en la resolución recurrida, no se establece si la sumariada ha incurrido en manipulación del sistema o en atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial.

1.5 Referencia a la decisión sobre aclaración o ampliación. El Tribunal Distrital, en auto de 27 de mayo de 2022 negó el pedido aclaración y ampliación de la sentencia.

1.6 Identificación de la parte procesal que interpone el recurso de casación y los casos invocados. El recurso de casación ha sido interpuesto por la parte demandada del juicio de instancia, esto es, por el Consejo de la Judicatura.

1.7 Determinación de los casos y modos de infracción admitidos por el Conjuez Nacional y fecha del auto de admisión. El recurso de casación se ha interpuesto con sustento en la causal

segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP", acusando al fallo interpelado de defectos en su motivación; recurso que ha sido admitido por la Conjueza Nacional Dra. Hipatia Ortiz Vargas en auto de 19 de diciembre de 2022.

2.- COMPETENCIA

2.1 Normas sobre competencia: La Sala es competente para conocer y resolver los recursos interpuestos, 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 (COFJ); y, 270 del COGEP. Corresponde señalar que la audiencia de sustentación del recurso de casación fue realizada el día lunes 13 de marzo de 2023, a partir de las 11h00, conforme los artículos 273 y 313 del COGEP; diligencia en la que las entidades recurrentes sustentaron sus recursos; habiendo la contraparte, ejercido su derecho de contradicción; para luego producirse la réplica y contrarréplica de los pronunciamientos de las partes; finalmente, generado el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

2.2 Fecha del acta de sorteo: La causa, para su resolución de fondo ha sido sorteada a esta Sala, según constancia actuarial el 31 de marzo de 2023.

3. VALIDEZ PROCESAL:

En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

4. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

4.1 Relación de la fundamentación del recurso de casación: El casacionista al fundamentar su recurso de casación afirma que la sentencia recurrida ha infringido las disposiciones jurídicas contenidas en los artículos 76.7.1) de la Constitución, 25. 130.4; y, 89 del COGEP; incurriendo por ello en la causal SEGUNDA del artículo 268 de ese Código, al no cumplir con el requisito de motivación.

4.1.1 Señala que en el fallo se hace constar la existencia de hechos probados no controvertidos como los procedimientos observados en fase de investigación y sumarial; tampoco se controvierte en la existencia del acto administrativo impugnado; sin que tampoco haya controversia respecto a que dentro del proceso judicial No. 23281-2017-093G existe una actualización del estado activo a estado inactivo en la litigante Diez Sunta Diana

Alexandra, que está justificado con la documentación anexa a la investigación e instrumentos que menciona, en donde se afirma que, de la revisión del sistema SATJE y la base de datos de consultas otorgada por la Dirección de Tic's, dentro del indicado proceso judicial se encuentra ejecutada una actualización de movimiento de litigante que corresponde a Diez Sunta Diana Alexandra, desde el equipo de cómputo de nombre STDS-DT00104WS57, perteneciente a esa fecha (28-08-2018), a Ana Verónica Sango Armijos, hecho desde el usuario *maría.borjaq*, que pertenece a la funcionaria María Alejandra Borja Quishpe; lo cual, dice, está corroborado en el proceso judicial, aceptado por la accionante.

Que, en contradicción a lo dicho, el fallo afirma que la resolución impugnada carece de motivación por ser insuficiente la argumentación jurídica en cuanto la fundamentación fáctica, por cuanto no ha sido justificada en legal y debida forma el nexo causal que subsuma la presunta responsabilidad de la sumariada al tipo de infracción acusada por la Administración.

Que la Administración no valora de manera adecuada el informe pericial suscrito por el Tlgo. Manuel Sarango Jumbo ya que no establece la fecha ya que en el informe no se incluye la misma fecha en la que se presupone ocurrieron los hechos.

Que en el informe motivado y en la resolución atacada se ha señalado que no puede hablarse de hechos probados cuando no se ha dado paso a la prueba solicitada por el compareciente; puesto que se niega por improcedente la prueba requerida sin señalar las razones para ello.

Que, de lo señalado en la sentencia se evidencia contradicción entre las premisas fácticas y las conclusiones a las que arriba el Tribunal ya que en unos párrafos afirma lo que en otros niega, así, manifiesta que no existe controversia en los procedimientos realizados en la investigación y en el sumario administrativo, señalando que no está tampoco en controversia el hecho fáctico, sin embargo, contrapone su aseveración al afirmar que el Consejo de la Judicatura no ha valorado adecuadamente la prueba en el procedimiento sumarial, haciendo que el fallo sea incoherente.

4.1.2 Así mismo sostiene el recurrente que el fallo afirma que la controversia se ha centrado en determinar lo que debe entenderse como manipulación o atentado gravemente contra el sistema informático, en los términos del artículo 109.12 del COFJ, y que el Tribunal ha recurrido para ello

al Diccionario de la RAE; estima al respecto que manipular es distorsionar la información real que debe contener el SATJE, encajando ello en el cambio de estado activo a inactivo o la eliminación de un litigante, el cual no podía ser modificado en el SATJE sino por orden judicial.

Que, la norma que contiene la infracción, también se refiere al atentado grave al sistema informático, por lo que la motivación del fallo es insuficiente fáctica y jurídicamente. Análisis que hace el Tribunal para colegir en la falta de motivación que vicia a la resolución sancionatoria infringida.

4.1.3 Sostiene el recurrente, que el fallo incurre en el defecto de inatinencia, ya que el artículo 109.12 del COFJ, tiene dos clases de faltas disciplinarias y no explica por cuál de las dos infracciones ha sido sancionada la accionante; sin considerar que la norma no establece que deben cumplirse los dos supuestos, ya que bien puede ocurrir una de las dos inconductas para sancionar.

4.2 Relación de la contestación al recurso de casación. Como se reitera, el yerro que ha sido admitido es el de falta de motivación de la sentencia que se reprocha mediante el recurso en estudio; el cual ha sido contestado por la parte actora del juicio de instancia en los términos siguientes: Que, su acción contencioso administrativa fue aceptada parcialmente en la sentencia recurrida al constatar la violación de su derecho al debido proceso en el sumario administrativo que se instauró en su contra, determinándose que la resolución administrativa sancionatoria que impugnara era carente de motivación; y que, con sustento en la prueba aportada sirvió de base para que se expida la sentencia recurrida.

Que, quedó evidenciado que en el sumario administrativo no se le permitió ejercer prueba alguna, ya que se le negó los descargos que presentó, según la providencia que refiere. Afirma que, en el informe motivado que se presentara en sede administrativa, se ha dejado establecido que el Coordinador de la Dirección Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas en memorandos de 22 y 28 de agosto de 2018, se indica que revisado el sistema SATJE y la base de datos de consulta otorgada por la Dirección Nacional de TIC's, se encuentra realizada una actualización de movimiento de litigante que corresponde a Diez Sunta Diana, realizado desde el equipo de cómputo STDS-DT00104WS57, perteneciente a esa fecha, a la funcionaria Ana Verónica Sango, cambio realizado desde el usuario *maría.borjaq*, que corresponde a la funcionaria María Alejandra Borja

Quishpe; y, conforme la versión del Coordinador de la Unidad Provincial de Tic's de la Dirección Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas del Consejo de la Judicatura, efectuada el 12 de septiembre de 2018, quien afirma que al ver la grabación de video vigilancia No. 22 de NVR 2 ubicada en el cuarto piso del edificio Complejo Judicial, área de ayudantes judiciales de la Unidad de Garantías Penales de Santo Domingo, se determina que la abogada Ana Victoria Sango Armijos, el 13 de agosto de 2018, a las 12:45:19 fue la funcionaria que se encontraba en uso del computador por medio del cual se efectuó el cambio de estado de litigante.

Afirma que, teniendo supuestamente justificado que el acto infractor del que se le acusó se produjo el 13 de agosto de 2018, a las 12:45, cuestión refutada por la versión del Tlgo. Manuel Sarango Jumbo, quien en su informe asegura (fs 508): "...LAS GRAVACIONES DEL DVD-R, MARCA PRINCO COLOR BLANCO CON SERIE P407011517470321, OBRANTE EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACIÓN SIGNADO COM EL NO. 23001-2018-0112, OBJETO DE ANALISIS EXISTEN Y NO PRESENTAN ALTERACIONES DE ORDEN FÍSICO, SE OBSERVAN GRAVACIONES DE UN ENFOQUE DE CÁMARAS DE SEGURIDAD DE FECHA 2018-08-18...". Video que fue entregado por el propio Ing. Montalván quien refirió y aseguró que en esa fecha nunca estuvo en el manejo físico de su computadora.

Que, la casacionista presenta argumentos evasivos a conocer los presupuestos para justificar una resolución que carece de motivación, pretendiendo inducir a los jueces desconozcan esos presupuestos y den por válida la resolución.

Que la sentencia recurrida cumple con los requisitos relativos a la motivación, ya que hace un correcto análisis del caso; que la casacionista no valora la integralidad del fallo y que la sentencia recurrida cumple con los requisitos motivacionales prefijados en la sentencia de la Corte Constitucional No. 1158-17-EOP/21 de 20 de octubre de 2021

4.3 Relación de lo expresado en audiencia oral.

En la audiencia oral, conforme obra del acta y grabación correspondientes la casacionista sustentó su recurso en función de los mismos argumentos que obran de su manifiesto recursivo escrito; hecho que también aconteció con la intervención de la actora del juicio de instancia al ejercer su derecho de contradicción.

5. PROBLEMA JURÍDICO:

5.1 Determinar el o los problemas relativos a los casos admitidos: El problema jurídico a resolver en el presente recurso de casación, es determinar si en la sentencia expedida el 16 de marzo de 2022, las 16h37 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, incurre o no en la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por el defecto de falta de motivación, alegado por la entidad casacionista; y, de ser procedente casar la sentencia con los efectos establecidos en la ley.

6. ANALISIS DEL RECURSO

6.1 Sobre la causal y modo de infracción admitido: La causal alegada por el casacionista, es la segunda del artículo 268 del COGEP y el modo de infracción admitido por el Conjuez Nacional es la falta de motivación de la sentencia materia del recurso.

6.2 SOBRE LA CAUSAL SEGUNDA: El numeral segundo del artículo 268 del COGEP, establece como causal de casación:

"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".

i). Alcance de la causal y yerro admitido: Del texto de la causal se establece la existencia de tres yerros, que de ser justificados, permitirían la procedencia del recurso de casación: a) La falta de los requisitos legales que deben ser cumplidos al proferir la sentencia; b) Cuando en la parte dispositiva de la sentencia se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, que obviamente tornan inejecutable el fallo, ya que en ese caso se decide algo positivamente y también se lo hace negativamente, ya que se acepta y niega la misma cosa; y, c) Cuando en la sentencia no se cumpla con el requisito de motivación; siendo este yerro el escogido por el casacionista, para interpelar la sentencia ya identificada.

La motivación es una garantía del derecho al debido proceso que está contenida en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador:

"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa

*incluirá las siguientes garantías: (...) **D** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

La motivación es una garantía que se orienta a la proscripción de toda forma de arbitrariedad, ya que a través de ella se obliga a toda autoridad pública a explicar en sus resoluciones las razones fácticas y jurídicas que le conducen a tomar una decisión que se dirige a las personas; ya que éstas tienen el derecho a conocer el por qué se ha resuelto el caso de su interés un uno u otro sentido. Habilita por tanto el derecho de que las personas puedan contradecir esos razonamientos e impugnar las resoluciones que afectan sus derechos subjetivos, con los elementos de juicio suficientes que contradigan la posición de la autoridad pública, usando los medios procesales que contempla el ordenamiento jurídico para defender ante la autoridad competente el ejercicio y reconocimiento de las prerrogativas jurídicas.

ii) Jurisprudencia: La Corte Constitucional en sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, ha establecido que para determinar la existencia de vulneraciones a la garantía de motivación en las decisiones públicas y, concretamente, en las resoluciones judiciales, debe determinarse si la sentencia o auto recurrido, cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa que ha de constituir el criterio rector del análisis; estructura integrada por: **a)** una fundamentación normativa suficiente, y **b)** una fundamentación fáctica suficiente.

Establece el fallo constitucional que existen tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: **a) LA INEXISTENCIA.-** que se presenta cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica (pr. 35);

b) LA INSUFICIENCIA.- defecto que puede ser identificado cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia (pr.36), recurriendo a M.

Atienza se sostiene que “el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión”; y,

c) APARIENCIA.- Defecto motivacional que se caracteriza por cuanto a primera vista, la decisión judicial cuenta con una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional (pr37).

Señala la sentencia de Corte Constitucional referida, que las decisiones pueden contener vicios en su motivación aparente por:

c.1) Incoherencia, cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica por:

c.1.1) Incoherencia lógica que es una contradicción entre los enunciados que las componen; es decir, entre las premisas enunciadas y sus conclusiones; se presenta cuando un enunciado afirma lo que otro niega o cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

c.1.2) Por incoherencia decisional que se caracteriza por una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión; incoherencia que siempre conduce a que la argumentación jurídica sea aparente (pr.39).

b) Inatención, cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, por no guardar relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate.

Defecto que se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial; caso en el cual se vulnera la motivación, solo cuando, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente (pr.40).

c) Incongruencia, yerro identificado cuando en la fundamentación fáctica o en la jurídica se presentan los siguientes vicios que siempre conducen a que la argumentación sea aparente (pr. 41):

c.1 Incongruencia frente a las partes, vicio que se produce cuando en la decisión judicial no se ha contestado algún argumento relevante formulado por las partes procesales; forma de incongruencia frente que puede presentarse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a



los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta.

c.2 Incongruencia frente al Derecho, cuando el juzgador no ha contestado en su resolución, alguna cuestión que el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, le obliga a decidir en la resolución de los problemas jurídicos puestos a su conocimiento, y que de manera genera se orientan a la tutela reforzada de ciertos de derechos.

d) Incomprensibilidad, vicio que aparece cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado.

6.2.2 Motivación sobre la causal y yerro admitido: En la sentencia atacada mediante el presente recurso de casación se establecen varios hechos que han sido probados a juicio del Tribunal de instancia: Que la actora del proceso judicial era empleada del Consejo de la Judicatura en la Dirección Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas; que a ella se le instauró un procedimiento disciplinario que concluyera con su destitución del cargo por haber incurrido en la infracción prevista en el artículo 109.12 del Código Orgánico de la Función Judicial; resolución sancionatoria que ha sido impugnada judicialmente, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Portoviejo.

Estima asimismo que efectivamente, dentro del proceso judicial No. 23281-2017-093G, por medio del SATJE, se ha generado una actualización de estado activo a estado inactivo relacionado con la litigante Diana Alexandra Diez Sunta. Asimismo, acepta el Tribunal que la Administración demandada, requirió a la Unidad de TIC'S, estudie el caso y emita un informe al respecto; el cual ha sido elevado a conocimiento de la autoridad provincial, quien ordenó se instaure un procedimiento de investigación, sobre cuyo resultado se instauró un sumario administrativo en contra de la servidora judicial Ana Verónica Sango Armijos. Que tanto en la investigación preliminar como en el sumario administrativo se ratificó el hecho de la actualización mencionada; actividad que, de la revisión del sistema SATJE y de la base de datos proporcionada por TIC's, ha sido ejecutado desde el equipo de cómputo de nombre STDSD-T00104WS57 correspondiente a la servidora Ana Verónica Sango Armijos, hecho desde el usuario

maría.borjaq.

Acepta igualmente que de la versión del Coordinador de la Unidad Provincial de TIC's del Consejo de la Judicatura de Santo Domingo de los Tsáchilas, se desprende que de la revisión del video de vigilancia No.22 del NVR 2, ubicado en el cuarto piso del edificio del Complejo Judicial, área de ayudantes judiciales de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Santo Domingo, aparece que la abogada Ana Victoria Sango Armijos, el 13 de agosto de 2018, a las 12:45:19, estuvo en uso del computador por medio del cual se efectuó el cambio de litigante; lo cual está corroborado por en el informe pericial que obra del expediente administrativo sancionatorio suscrito por el perito Manuel Sarango Jumbo, quien afirma que las grabaciones del DVD-R, marca Princo, color Blanco, con serie P407011517470321, que obra del expediente administrativo de investigación, objeto del análisis, existen y no presentan alteraciones de orden físico, se observan grabaciones de un enfoque de cámaras de seguridad de fecha 2018-08-18. Todo lo cual lleva a considerar al Tribunal de instancia que mientras el peritaje refiere que las grabaciones y filmaciones corresponden al 18 de agosto de 2018, las imputaciones a la accionante son de 13 de agosto de 2018.

Lo dicho permite establecer a esta Sala Especializada que, en el caso se produce una insuficiencia en la estimación del precedente fáctico que condujo a la entidad demandada a iniciar el procedimiento administrativo y, a imponer la sanción de destitución a la actora del juicio de instancia, ya que todos los hechos relatados en la sentencia y en los documentos a que ella se remite, refieren que en el singularizado proceso penal, cuya información obra del sistema SATJE, fue alterada la calidad de activo de uno de los procesados a la condición de inactivo; es decir, el nombre de dicha persona dejó de constar en el sistema SATJE; cambio que no corresponde a disposición judicial alguna, ya que la información de ese sistema solo puede sufrir cambio por claras actuaciones judiciales; en efecto, solo el Juez a cargo del proceso judicial que refiere el sistema, ha dispuesto que se deje de contar con una persona como parte del proceso, esa decisión consta en la documentación procesal y la información se refleja en el sistema, por el cumplimiento de la disposición del Juez.

En suma, es claro que esa circunstancia no fue analizada por el Tribunal de instancia; el cual, distorsionando ese precedente fáctico, que además daba cuenta que el 13 de agosto de 2018, a las

12:45:19, se produjo la actualización referida, ejecutada desde el equipo de cómputo de nombre STDSDT00104WS57 correspondiente a la servidora Ana Verónica Sango Armijos, hecho desde el usuario maría.borjaq; información a la que también debe agregarse la aseveración del perito que se refiere a grabaciones que no han sido alteradas revisadas y obtenidas del aparato que menciona, aunque en su conclusión refiere como fecha el 18 de agosto de 2018; no obstante, es evidente que el Tribunal no siquiera hace relación a la información que se agrega al informe en cuyas fotografías se encuentran como fecha el 13 de agosto de 2018, como así lo afirmó además la casacionista en la audiencia de casación; es decir, el mismo día en que se produjo el cambio indebido de la información en el SATJE, cuya acción ha sido atribuida a la accionante.

Es reprochable que el Tribunal de instancia haya centrado su análisis solo en el análisis de forma del informe pericial, sin hacer referencia alguna a sus anexos y demás conclusiones, para corroborarla con la demás información a la que refiere su fallo lo cual determina sin duda alguna, un grave defecto de insuficiencia motivacional fáctica.

En cuanto a la fundamentación jurídica, estima la Sala que, de la misma manera la sentencia recurrida incurre en una insuficiencia motivacional ya que recurre, en realidad a una retórica innecesaria para determinar el alcance de la causal prevenida en el artículo 109.12 del COFJ, que es la disposición que tipifica la conducta del servidor judicial, sobre cuya base se sanciona a la accionante y que trae como causa de destitución la acción de *“Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial”*; la cual obviamente debe estar relacionada de manera directa con la actividad cumplida por el servidor judicial que genera la imposición de la sanción. En efecto, acepta que la acción de manipular puede entenderse como la distorsión de la información real que debe constar en el SATJE, por lo que se encuadraría en la primera parte de la norma; acción que, por efecto de la diferencia en las fechas, que hemos referido, no permite al Tribunal atribuir el cometimiento de la infracción disciplinaria a la accionante. No obstante, para colegir defectos de motivación en la resolución sancionatoria señala que aquella no discrimina en si las razones de la sanción se refieren a la manipulación o al atentado grave del sistema; cuando la fundamentación jurídica resulta también insuficiente al aceptar que el caso se inscribe en la manipulación y no en el otro presupuesto de la norma.

Por lo expuesto, es claro para la Sala que, en el caso, se ha evidenciado la existencia de vicios motivacionales que generan la procedencia del recurso de casación propuesto por el Consejo de la Judicatura, correspondiendo por tanto la emisión de la sentencia de mérito correspondiente conforme dispone el artículo 273.4 del COGEP.

7. SENTENCIA DE MÉRITO:

7.1 Argumentos de la demanda y petición: La accionante en su manifiesto inicial, hace un relato de los hechos que motivaron el inicio de una investigación administrativa, sobre cuya base se inició un sumario administrativo en su contra, el cual ha culminado con la emisión de la resolución administrativa que impugna, en la que se le impone la sanción de destitución del cargo que ocupaba como Secretaria de la Unidad de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, por haber incurrido en la causal contenida en el numeral 12 del artículo 109 del Código Orgánico General de Procesos. Afirma que la legalidad de la resolución administrativa sancionadora que impugna está viciada en su legalidad, por violar el artículo 76.7.I) de la CRE, al incumplir el requisito de motivación, vulnerándose su derecho a la defensa, falta de debido proceso y mala interpretación de la norma; incumpléndose además el test de motivación prevenido por la Corte Constitucional, ya que no existe razonabilidad, ya que en el numeral 8 de la Resolución Disciplinaria que impugna, no existe norma o principio constitucional que haya permitido emitir la resolución del modo en el que lo hicieron ya que solo recurren a las definiciones de manipular y atentar; lo cual no es argumento coherente; lo cual determina la inexistencia de razonabilidad.

Que la resolución carece del requisito de lógica ya que, para ello se requiere que exista coherencia entre las premisas fáctica y jurídica, ya que no existe aquellas entre los hechos denunciados, la infracción acusada, la prueba o lo que se ha probado y la conclusión final. Que la manipulación del sistema informático consiste en “modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas...”; hace relación a varios términos y definiciones informáticas, los cuales no tienen relación con el inicio del sumario administrativo. Que el fallo atacado también carece de lógica ya que los hechos acusados en vía administrativa no han sido probados.

Que la resolución recurrida no es comprensible ya que las interpretaciones más allá de la norma



atentan a la seguridad jurídica, por subjetivas. Pide que en sentencia se declare la ilegalidad e ilegitimidad de la resolución administrativa impugnada emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 24 de septiembre de 2019 y, consecuentemente, su nulidad, dejando por ello sin efecto la sanción de destitución de la accionante; debiendo ordenar su reintegro al cargo del que fue separada, con las remuneraciones correspondientes; así como ordenar que a los demandados el pago de la indemnización de daños y perjuicios por el daño moral que ha sufrido.

7.2 Contestaciones a la demanda: El Consejo de la Judicatura, por medio de su Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Director General de esa entidad; comparece afirmando que, el movimiento disciplinario administrativo de la entidad, se generó por denuncia presentada por el delegado provincial del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de Santo Domingo de los Tsáchilas, haciendo conocer que en la información del SATJE correspondiente al proceso penal No. 23281-2018-04093G, en el que constaban treinta personas procesadas, de las cuales en la actualidad solo aparecen veinte y nueve, ya que no consta el de la señora Díaz Sunta Diana Alecsandra, quien funge de Directora de Talento Humano del Consejo de la Judicatura en Santo Domingo de los Tsáchilas; razón por la cual se requirió información, luego de lo cual se dispuso la investigación pertinente, con cuyos resultados se inició el correspondiente sumario administrativo que culminó con la destitución de la accionante, que ocupaba el puesto de Secretaria de la Unidad de Garantías Penales de esa provincia; al haberse justificado que tal servidora incurrió en la falta disciplinaria prevista en el numeral 12 del artículo 109 del COFJ, ya que la modificación del estado de activo a inactivo de Diana Alexandra Diez Sunta se realizó desde el equipo de computación a cargo de la servidora judicial, ahora actora, desde el usuario “maría.borjaq”, conforme la información proporcionada por el Coordinador de la Unidad Provincial de Tic’s de la Dirección Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas; constando también la grabación de video vigilancia No. 22, del área de ayudantes judiciales en la que se establece que el 13 de agosto de 2018 a las 12h45:19, la mencionada servidora es la que estuvo en uso de ese computador en el que se realizó ese cambio.

Que el acto administrativo impugnado es legal, ya que fue adoptado luego del procedimiento

previo que se sujetó a las reglas del debido proceso, observando el trámite propio de esta clase de decisiones administrativas, fue expedido dentro de tiempo y por la autoridad pública dotada de competencia para ese efecto. Además de que se encuentra debidamente motivado, ya que cumple con la razonabilidad, lógica y comprensibilidad, exigida para esa clase de resoluciones administrativas., sin que exista causa alguna que involucre su nulidad.

La Procuraduría General del Estado, compareció a juicio señalando domicilio para notificaciones que le correspondan.

7.3 Excepciones previas, resueltas en audiencia preliminar: La parte demandada no ha formulado excepciones previas que pudieran ser decididas en la audiencia preliminar en la que se declaró la validez del proceso judicial.

7.4 Excepciones de fondo: El Consejo de la Judicatura opuso como excepciones de fondo, las siguientes:

7.4.1 Negativa de los fundamentos de la demanda; la cual en realidad no se trata de una excepción en el sentido jurídico de esta forma de oponerse a la demanda, ya que tiene mas bien, un efecto procesal orientado a que sea la parte actora del proceso judicial quien tiene la obligación de probar sus aseveraciones; obligación que desde luego, en la acción subjetiva o de plena jurisdicción, ya es de responsabilidad de quien impugna una resolución administrativa; puesto que, el derecho de impugnación en vía de control jurisdiccionalidad de la legalidad de los actos y resoluciones administrativas está consagrado en el artículo 173 de la Constitución; de modo que, debe estimarse que todo acto administrativo nace con la presunción de legalidad, es decir que, desde su proferimiento está recubierto de la presunción de legalidad, en virtud de lo cual, si se lo impugna en vía judicial, el legitimario activo del proceso judicial es quien tiene la obligación de probar la existencia de vicios que afectan esa presunción.

7.4.2 Legalidad y legitimidad del acto administrativo impugnado; excepción que desde luego resulta un contrasentido, con relación a la presunción de legalidad del acto atacado, conforme se reseña en el ordinal precedente; razón por la que no puede ser estimada la excepción. En efecto, si el acto administrativo se presume de legal, correcto y confiable, lo cual atribuye la carga probatoria al accionante del juicio, la excepción que propone la demanda, estaría destruyendo de entrada la presunción que caracteriza a toda decisión pública;

ya que de este modo la misma institución demandada, estaría asumiendo la obligación de probar la legalidad de su decisión impugnada; lo cual resulta un absurdo inaceptable.

7.4.3 Improcedencia de la demanda por el fondo y por la forma; excepción que solo podrá ser establecida cuando la Sala haga el análisis de fondo sobre la procedencia o no de la acción subjetiva o de plena jurisdicción propuesta.

7.4.4 Falta de derecho de la actora para proponer la demanda, oposición que se la desestima por cuanto el derecho a oponerse a las decisiones administrativas que los ciudadanos consideren contrarias a sus derechos e intereses, está consagrado en el artículo 173 de la CRE y establecido por los artículos 306 y 326 del COGEP, al referirse a las acciones subjetivas o de plena jurisdicción.

7.5 Pruebas admitidas: En la audiencia preliminar, conforme el documento resumen que corre de fojas 897 a 898 vuelta, se ha dejado establecido las pruebas que han sido admitidas como las inadmitidas por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y tributario con sede en el cantón Portoviejo.

7.6 Hechos probados no controvertidos: El artículo 163.1 del COGEP estatuye que los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, en la demanda y su contestación, como en la reconvencción y su contestación; o, aquellos que así se establezcan en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única, no requieren ser probados; en razón obviamente de que se trata de hechos que no tienen el carácter de controvertidos por las partes, las que han exteriorizado su aceptación. En la especie, estos hechos son sustancialmente, los siguientes:

i) Que la actora Ana Verónica Sango Armijos, ejerció funciones en el Consejo de la Judicatura como Secretaria de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas.

ii) Que, el Delegado Provincial del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio de Santo Domingo de los Tsáchilas comunicó a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Santo Domingo de los Tsáchilas, que la información procesal que obra del SATJE y que corresponde al proceso penal No. 23281-2018-04093G, ha sido alterada, ya que se ha omitido el nombre de la procesada Diez Sunta Diana Alexandra.

iii) Que, la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura ha dispuesto que Tic's, recabe información sobre los movimientos realizados respecto de la mencionada causa penal.

iv) Que, obtenida esa información, dicha autoridad ha dispuesto abrir un procedimiento investigativo, del cual se deriva el informe de la mencionada Unidad Administrativa, razón por la que dispone la instauración del sumario administrativo disciplinario en contra de la servidora judicial Ana Verónica sango Armijos, quien notificada ha dado contestación al auto de inicio del sumario.

v) Que, la Delegada Provincial del Consejo de la Judicatura, el 25 de enero de 2018 ha emitido el correspondiente informe motivado, como resultado del sumario administrativo, en el cual recomendó al Pleno del Consejo de la Judicatura que se imponga a la sumariada la sanción de destitución del cargo.

vi) Que, el Pleno del Consejo de la Judicatura, el 24 de septiembre de 2018, por unanimidad emite resolución acogiendo el informe motivado remitido por Delegada Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, declarando que la servidora sumariada es responsable de haber incurrido en la infracción disciplinaria prevista en el artículo 109.12 del Código Orgánico de la Función Judicial; en tal virtud se le impone la sanción de destitución del cargo por ella ocupado; decisión que le ha sido notificada el 26 de septiembre de 2018.

vii) Que los hechos que fueron imputados a la servidora judicial Ana Verónica Sango Armijos, quien ocupaba el cargo de Secretaria de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, se relacionan con la información constante en el memorando No. DP23-UPTICS-2018-0099-M de 29 de agosto de 2018 suscrito por el Coordinador de la Dirección Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas del Consejo de la Judicatura; quien manifiesta que: "[...] *Revisado que ha sido el sistema SATJE (Sistema Automático de Tramitación Judicial Ecuatoriano) y la Base De Datos de consultas otorgado por la Dirección Nacional de Tic's, dentro de la causa 23281201804093G se puede verificar que existe una actualización de estado Activo a estado inactivo en el litigante DIEZ SUNTA DIANA ALEXANDRA[...]*"; sobre cuya base se dispuso la investigación pertinente, que culminara con la emisión del informe motivado No. 055-2018-23001-2018-0112-VC de 27 de septiembre de 2018, por el cual se recomienda el inicio de un sumario administrativo a la mencionada servidora; procedimiento que finalmente determinó la emisión de la resolución sancionadora.

7.7 Motivación.

7.7.1 Los artículos 300 y 313 del COGEP, son claros en establecer la obligación que tienen los



juzgadores en materia contencioso administrativa, de tutelar los derechos de los administrados y realizar el control de la legalidad de los actos administrativos; así como decidir en sus fallos los puntos controvertidos y aquellos que en relación directa a los mismos, *“comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos...”*.

Elementos, los señalados, que establecen una responsabilidad superlativa para los juzgadores de esa materia; determinante además, con el deber de motivar las decisiones públicas, exigidas por el artículo 76.7.1) de la CRE; bajo cuyo sustento se ha propuesto la demanda, ya que la accionante afirma que la resolución administrativa emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 24 de septiembre de 2019, por la cual se le destituye del cargo que ocupaba en la Función Judicial, carece de motivación.

7.7.2 Arguye en su demanda la parte accionante, como ya se ha dejado señalado, que en la resolución impugnada, no existe razonabilidad, ya que en el numeral 8 de la Resolución Disciplinaria que impugna, no existe norma o principio constitucional que haya permitido emitir la resolución del modo en el que lo hicieron, ya que se limitan a formular definiciones del alcance de las palabras manipular y atentar; lo cual no es un argumento coherente. Que, la resolución también carece del requisito de lógica, la cual se presenta cuando existe coherencia entre las premisas fáctica y jurídica; puesto que la resolución carece de aquellas, en los hechos denunciados, la infracción acusada, la prueba o lo que se ha probado y la conclusión final. Que la manipulación del sistema informático consiste en “modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas...”. Que igualmente, la resolución recurrida no es comprensible ya que las interpretaciones más allá de la norma, atentan a la seguridad jurídica, por subjetivas.

Que, la resolución administrativa atacada carece de lógica ya que no existe coherencia entre la premisa mayor y la premisa menor; esto entre la norma jurídica y los hechos denunciados, la infracción acusada, lo que se ha probado y la conclusión. Que a la actora se le acusa de haber incurrido en la causal de destitución prevista en el artículo 109.12 del COFJ, esto es en manipulación del sistema informático; la cual tiene varias

formas (a las que se refiere), sin que se haya probado que la servidora haya incurrido en esas acciones, ya que ella ha modificado ni insertado nuevos programas al SATJE; de modo que, conforme el artículo 76.3 de la CRE no se puede sancionar por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado como infracción penal o administrativa.

Que tampoco existe comprensibilidad en el fallo, ya que entenderse que las interpretaciones realizadas más allá de la norma forman parte del ordenamiento jurídico sería atentar contra la seguridad jurídica, por subjetiva.

Que la inexistencia de los elementos propios de la motivación, justifican la falta de motivación, que es un vicio que conduce a la nulidad de la resolución.

7.7.3 Es verdad que al tiempo en que se emitió la resolución administrativa por la que se destituye a la accionante, se encontraba en rigor el test de motivación establecido por la Corte Constitucional, por tanto, de aplicación obligatoria en toda la administración pública y en los órganos judiciales; no obstante, esa Alta Corte Jurisdiccional en sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, se apartó del mismo, estableciendo que las resoluciones públicas cumplen con el requisito de motivación cuando su argumentación tiene una fundamentación jurídica suficiente y una fundamentación fáctica suficiente; estableciendo que sustancialmente, pueden producirse vicios que afecten esos elementos; los cuales han sido referidos en párrafos anteriores.

7.7.4 Ahora bien, la resolución administrativa impugnada en vía judicial, en lo fundamental hace las siguientes consideraciones:

Como antecedentes determina cual fue el elemento generador de una fase de información e investigación previa, así como la sustanciación previa del sumario administrativo la y decisión sancionatoria recurrida.

Hace igualmente, referencia a la competencia constitucional y legal que tiene el Pleno del Consejo de la Judicatura para el ejercicio de la potestad disciplinaria y la potestad sancionadora que se derive de ella; contenidas en los artículos 178, y 181.3 y 5 de la CRE; 254, y 264.4 y 14 del COFJ. Refiere la inexistencia de vicios que puedan afectar la validez del procedimiento administrativo; la calidad de legitimario activo que tiene el Consejo de la Judicatura para iniciar, procesar y decidir aquellos asuntos relativos a la potestad disciplinaria y sancionatoria de esa materia.

También establece, la resolución, la tipificación de la potencial falta disciplinaria en la que habría incurrido la servidora judicial, contenida en el artículo 109.12 del COFJ, como de los hechos motivadores del sumario administrativo.

En el análisis de fondo, la resolución impugnada, establece que la servidora sumariada Ana Verónica Sango Armijos fue la persona que el 13 de agosto de 2018, a las 12h45, desde el equipo STDSD-TTO0104WS57, registrado bajo la custodia y responsabilidad de dicha servidora, sin autorización alguna, realizó el cambio de litigante de “Diana Diez Sunta” de activo a pasivo dentro de la causa 23281-2018-04093G, ocasionando que dicha persona no aparezca como sujeto procesal en ese proceso, en la información del SATJE, que tiene como propósito la información verídica de los procesos judiciales, mediante la WEB, a los usuarios externos.

Refiere la resolución, que esa información consta del informe constante en memorando No. DP23-UPTICS-2018-0099-M de 22 de agosto de 2018, suscrita por el Coordinador de la Dirección Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas del Consejo de la Judicatura, como del memorando No. DP23-UPTICS-2018-0103.M de 28 de agosto de 2018, suscrito por el mismo funcionario; quien además, ratifica esa información en la versión rendida en el sumario el 12 de septiembre de 2018, conforme consta del punto 7.3 de la Resolución.

Que igualmente, ha sido remitido, adjunto al memorando DP23-UPTICS-2018-0108-M de 4 de septiembre de 2018, suscrito por el mismo Coordinador, el disco magnético en formato DVD-R que contiene la grabación de la cámara No. 22 del NVR2 ubicada en el cuarto piso del edificio del Complejo Judicial ára de ayudantes judiciales de la Unidad Judicial de Garantías Penales, los videos de seguridad correspondientes al 13 de agosto de 2018 desde las 12h15 hasta las 13h15.

Que, del “informe de Audio, Video y Afines No CNCMLCF-SZ23-JCRIM-2018-462-AVA, suscrito por el Sargento Segundo de Policía Manuel Willan Sarango Jumbo, dirigido a la Coordinación Provincial de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, que concluye en que de las grabaciones que constan en el mencionado video, obrante del expediente administrativo de investigación 23001-2018-0112, se aprecia un enfoque de cámara de seguridad de fecha “2018-08-18, desde las 12:00.00, hasta las 12:45:41”, manifestando que si existen imágenes relacionadas con lo que se está investigando.

Con sustento en esos hechos, la resolución administrativa sancionatoria, establece que la conducta de la servidora sumariada se inscribe en la infracción contenida en el numeral 12 del artículo 109 del COFJ, la cual está sancionada con la destitución del cargo, en razón de que manipular, es un término que está definido por la RAE como la acción de intervenir con medios hábiles y, a veces arteros, en la información, con distorsión de la verdad o la justicia y al servicio de intereses particulares; en tanto que atentar es ejecutar algo ilegal o ilícito. Que, la actuación de la servidora permitió distorsionar la información en las actuaciones judiciales constantes en el SATJE, al hacer el cambio ya descrito, lo cual permite determinar que generó una manipulación la mencionada información, impidiendo que una litigante aparezca como sujeto en una causa judicial.

7.7.5 En cuanto a la competencia, esta Sala Especializada estima que efectivamente, le corresponde constitucional y legalmente al Consejo de la Judicatura y sus órganos: Dirección Provincial y Pleno del organismo, el conocimiento, procesamiento y decisión de los sumarios administrativos que se prosigan por acciones u omisiones de los servidores judiciales. En cuanto a la legitimación activa, en realidad, en materia relativa a los procedimientos administrativos, existen dos sujetos procesales: la Administración que es el sujeto activo encargado del ejercicio de la potestad disciplinaria y sancionatoria; y, el sujeto pasivo que es el servidor público al cual se le formulan cargos de orden disciplinario; no se trata entonces de una legitimación activa, sino del ejercicio de competencia pública para procesar aquellos aspectos que se relacionan a las materias ya descritas; sin embargo, el uso de esos términos no invalida la resolución ni su motivación por carecer de la trascendencia propia que debe tener el vicio; tanto más que la Administración a cumplido con su calidad de sujeto activo del procedimiento, en el cual solo existen esos dos sujetos.

En la instauración del procedimiento disciplinario, se determinaron los hechos y el cometimiento de la potencial falta por parte de la servidora sumariada; lo cual le permitió el ejercicio de su derecho de defensa, determinándose por ello que dicho procedimiento disciplinario no afectó ninguna de las garantías del debido proceso previstas en el artículo 76.7 de la CRE.

La defensa de la accionante, refiere que, conforme ha manifestado el servidor policial, la



información relativa a la grabación, se habría generado el 18 de agosto de 2018, en tanto que los hechos que se le imputan habrían sido cometidos en otra fecha, es decir, el 13 de agosto de 2018. De modo que a juicio de esta Sala es la principal divergencia referida por la accionante, respecto de los hechos por los que fue sancionada.

Al respecto es pertinente señalar que la información proporcionada en los memorandos ya identificados, refieren que efectivamente el cambio de la condición de activo a inactivo de la procesada Diez Sunta Diana Alexandra, registrado en la información del SATJE, referente al proceso penal ya singularizado, se produjo el 13 de agosto de 2018 a las 12h45:19, momento que consta en la grabación del video, del que se aprecia que en ese momento se encontraba en uso del computador, en el que se realizó ese cambio, la servidora Ana Verónica Sango Armijos, quien estaba sola en ese momento.

De la revisión del expediente administrativo, consta de fojas 508 a 517 del proceso, el informe de la pericia realizada por el perito criminalístico Manuel Willan Sarango Jumbo, de la Coordinación Nacional de Criminalística, Medicina Legal y Ciencias Forenses, Jefatura Subzonal de Criminalística de Santo Domingo de los Tsáchilas de la Policía Nacional, en el cual se establece que la pericia realizada tiene por objeto que: ***“REALICE LA EXTRACCIÓN Y TRANSCRIPCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONSTANTE EN EL DISCO MAGNÉTICO EN FORMATO CD, QUE CONTIENE GRABACIÓN DEL DÍA 13 DE AGOSTO DEL 2018, CORRESPONDIENTE A LA CÁMARA DE VIGILANCIA UBICADA EN EL CUARTO PISO, PARA CUYO EFECTO UNA VEZ DESIGNADO EL PERITO DEBERÁ COMPARECER A LAS INMEDIACIONES DE LA COORDINACIÓN PROVINCIAL DE CONTROL DISCIPLINARIO UBICADO EN EL SEGUNDO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA JUNTO A LA EX FÁBRICA DE LADRILLOS”*** (negrillas son de la Sala).

Consta dentro del informe pericial (fs. 510 a 514), una secuencia de 26 fotografías, en las que constan insertas, en su parte superior derecha, la fecha 2008-08-13; secuencia que se inicia a las 12:00:01 y culmina en la última fotografía a las 12:45:41; fotografías obtenidas de la filmación, por captura de pantalla (PRNTSCR), según señala el perito en el punto 4.3 de su informe, en el cual asegura erradamente que corresponden a la fecha 2018-08-18, sobre todo lo cual señala que

de las grabaciones analizadas no se observa alteración de orden físico.

De modo que, a juicio de la Sala, cuando se hace el análisis en conjunto de la prueba referida, conforme la regla prevista en el artículo 264 del COGEP, valorando las grabaciones y los informes obtenidos en la fase investigativa y del sumario administrativo seguido a la servidora judicial Ana Verónica Sango Armijos, que refieren la revisión del sistema informático SATJE, con la respectiva base de datos, verificada por la Unidad de Tic's, del Consejo de la Judicatura, se ha determinado también que la fecha en la que se acontecieron los hechos motivadores del procedimiento sancionador se produjeron el 13 de agosto de 2018, a las 12:45:19, desde el computador asignado por la institución a dicha servidora judicial.

Los hechos descritos son determinantes para que en la resolución administrativa impugnada, el Pleno del Consejo de la Judicatura haya impuesto a la accionante la sanción de destitución, al haber comprobado la Administración, que la servidora incurrió en la causal prevista en el artículo 109.12 del Código Orgánico de la Función Judicial; ya que evidentemente la accionante incurrió en la conducta tipificada como manipulación del sistema informático de la Función Judicial, conocido como SATJE.

En efecto, manipular es una acción que se orienta a la distorsión de la verdad, la cual puede producirse de distinta manera; entre otras cuando se altera la información que trae un medio informático que, en el caso del SATJE, refiere el historial de los procesos judiciales, a la cual tienen acceso limitado jueces, secretarios o asistentes, en función de cada actividad dispuesta por los directores del proceso judicial que son los jueces; de modo que, cuando sin la autorización debida del juzgador se modifica indebidamente el SATJE, incorporando información que no corresponde a la realidad del proceso, se manipula aquella. No puede olvidarse que en materia disciplinaria se describen de modo general las conductas en las que pueden incurrir los servidores públicos; las que han de ser estimadas en función de los hechos u omisiones que constituyen violación a su obligación disciplinaria la cual persigue un comportamiento ético del servidor.

Cuando la actividad del servidor se refiere a la conducta que fue investigada y sancionada, se genera una falta disciplinaria de orden administrativo, ya que ella no tiene incidencia en el proceso judicial propiamente dicho, pues de así ocurrir ese grado de alteración puede generar una conducta infraccional

de orden penal con otra clase de consecuencia, además de la disciplinaria.

Debe señalarse de modo claro, que del estudio de la resolución interpelada judicialmente, se desprende la existencia de una suficiente argumentación fáctica y suficiente argumentación jurídica; ya que los hechos han sido correctamente probados por la Administración, lo cual permitió que, aplicando la normativa jurídica pertinente al caso y, producida la correcta subsunción entre esas premisas; cuya coherencia y conclusión es categórica, para haberse destruido la presunción de inocencia de la servidora judicial sumariada; conduciendo a la Administración a imponer la sanción prevenida para ese caso en el artículo 109.12 del COFJ.

Ahora bien, el deber de quien interpone una demanda de acción subjetiva o de plena jurisdiccional, por la cual se denuncia la existencia de vicios afectadores de la legalidad del acto administrativo que se impugna, es la posibilidad procesal de destruir la presunción de legalidad que recubre a la decisión pública que se ataca; para lo cual debe obrarse la prueba pertinente que pruebe la existencia de tales vicios.

En la especie no existe información procesal actuada por la accionante por medio de la cual haya justificado los vicios acusados que sustancialmente, según refiere la demanda, se relacionan a la falta de motivación de la resolución sancionatoria, acusación que ha sido analizada por la Sala y que, como se ha dejado establecido, dicha resolución se encuentra suficiente y debidamente motivada; aun en el caso de que se aplicase el test motivacional que refiere la actora, es claro que el uso de las normas pertinentes han sido correctamente expli-

cados a los precedentes fácticos, con argumentación lógica y coherentemente aplicada, con lenguaje adecuado que permite su comprensibilidad.

8.DECISIÓN:

8.1 Por todo lo expuesto, 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:**

8.2 ACEPTA el recurso de casación interpuesto por el Consejo de la Judicatura, consecuentemente, **CASA** la sentencia expedida el 16 de marzo de 2022, las 16h37 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede el cantón Portoviejo.

8.3 Como resolución de la sentencia de mérito: Con sustento en las consideraciones de la sentencia de mérito que obran del numeral 7.7 de esta sentencia y sus subnumerales, esta Sala Especializada decide, **RECHAZAR** la demanda presentada por la ciudadana Ana Verónica Sango Armijos y confirmar la legalidad de la resolución administrativa de 24 de septiembre de 2019 que ha sido impugnada en este proceso judicial.

Actúe la doctora Ivonne Marlene Guamaní León, según acción personal No. 1040-DNTH-2021-OQ. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) DR. PATRICIO SECAIRA DURANGO JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. IVÁN LARCO ORTUÑO CONJUEZ NACIONAL DR. FABIÁN RACINES GARRIDO JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

Resumen de Fácil Comprensión

La accionante fue sancionada con la destitución de su cargo, por haber incurrido en la conducta prevenida en el artículo 109.12 del COFJ, al haber eliminado del SATJE el nombre de una persona que estaba procesada penalmente. En su demanda contencioso administrativo alegó la falta de motivación del acto administrativo sancionador, el cual fue declarado nulo por el Tribunal de instancia. La entidad demanda, propuso recurso de casación alegando falta de motivación de la sentencia interpelada, recurso que fue aceptado casándose esa decisión judicial y, en sentencia de mérito se rechazó la demanda y se ratificó la legalidad de la sanción.

IV

Juicio Nro. 17811-2019-01072
Fecha: 28 de julio del 2023, las 09h18

TEMA: La sentencia 26-18 de la CC declaró la inconstitucionalidad de las frases: “obligatorias” y “las y los servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración” por lo que se advierte, la nulidad del acto administrativo.

SÍNTESIS

La acción pretende desvirtuar la legitimidad del acto administrativo que cesa definitivamente a un servidor público en funciones mediante la imposición obligatoria de la “compra de renuncia con indemnización”. Por lo cual la norma indicaba que todos los servidores y funcionarios deben someterse al proceso de reestructuración; es decir, esta figura, no está sujeta al arbitrio de la administración sino que proviene de un proceso de reestructuración o racionalización de las instituciones públicas. La Corte Nacional analizó si la sentencia recurrida, contiene el vicio de falta de aplicación de la sentencia 26-18-IN/20 y acumulados emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana 28 octubre 2020, posteriormente determina que si reúne los presupuestos necesarios para emitir sentencia de mérito, casa la sentencia; y, acepta parcialmente la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo impugnado; y, se ordena el pago de los haberes laborales dejados de percibir, por la evidente vulneración del Derecho al Trabajo y la seguridad jurídica.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2019-01072

Juez Ponente: Dr. Iván Larco Ortuño

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 28 de julio del 2023, las 09h18.

I. VISTOS

Conocemos la presente causa en virtud de que: a) Fabián Racines Garrido y Milton Velásquez Díaz fueron designados como Jueces Nacionales por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 82021 de 28 de enero del 2021; b) Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37 2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 1872019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente, fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio

No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; c) El 31 de marzo de 2023, por sorteo electrónico, la compe-

tencia para conocer la presente causa fue prevenida por el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño, Milton Velásquez Díaz y Fabián Racines Garrido, correspondiéndole la ponencia al primero de los jueces prenombrados; d) Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de casación con base en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial “COFJ”, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos “COGEP”; e) Encontrándose el recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

II ANTECEDENTES

2.1. El 12 de julio de 2019, la ciudadana Alejandra Carolina Alvear Nieto presentó una acción subjetiva o de plena jurisdicción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito “TDCADM Quito”, impugnando la Resolución 0026 de 8 de marzo de 2019 mediante la cual se resuelve “Cesar en funciones por compra de renuncia con

indemnización” a la legitimada activa. En esa medida, la accionante plantea las siguientes pretensiones:

[...] se declare en sentencia la ilegalidad de Resolución 0026 de 08 de marzo de 2019, mediante la cual se le cesa de funciones por compra de renuncia con indemnización de su cargo de Servidor Público de Apoyo 4 del Ministerio de Economía y Finanzas; y, consecuentemente dejar sin efecto todo acto administrativo proveniente de la misma, restituyéndole a su puesto de trabajo, reconocimiento y pago de las remuneraciones, decimos, aportaciones al IESS, fondo de cesantía, fondos de reserva, vacaciones, que se generen hasta su restitución. En caso de que se determinen valores a devolver en razón del monto entregado dentro del proceso de desvinculación, solicita que se deduzca los valores que ha debido utilizar para su sustento durante el tiempo que he sido separa ilegalmente del Ministerio de Economía y Finanzas. Así como el pago de honorarios y costas judiciales.

2.2. La competencia para conocer esta acción se radicó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el D.M. de Quito “TDCA-DM Quito” y fue signada con el número 17811-2019-01072. El TDCA-DM Quito determinó el *objeto de la controversia* lo siguiente:

Realizar el control de legalidad de la Resolución No. 0026 de 08 de marzo de 2019, que cesa en funciones por compra de renuncia con indemnización del cargo de Servidor Público de Apoyo 4 el Ministerio de Economía y Finanzas; y, en sentencia de ser procedente o no establecer si contienen causas de nulidad que afecten la legitimidad y ejecutoriedad de la misma. Así como se ordene la restitución al puesto de trabajo, el reconocimiento de pago de remuneraciones, décimos, aportaciones al IESS, fondo de cesantía, fondos de reserva, vacaciones hasta su restitución; y, en el caso que se determinen valores a devolver por la accionante, se deduzcan los valores que ha debido utilizar para su sustento, del monto entregado por desvinculación.

2.3. El 30 de junio de 2021, el TDCADM Quito, en sentencia resolvió:

RECHAZAR la demanda planteada por la abogada ALEJANDRA CAROLINA ALVEAR NIETO; y, se declara la legalidad y ejecutoriedad del acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 0026 de 08 de marzo de 2019. 6.1. Sin honorarios ni costas que regular por cuanto, no se han configurado los presupuestos fácticos y legales contemplados en las normas del artículo 284 del Código Orgánico General de Procesos.

2.4. La legitimada activa sobre esta sentencia presentó Recurso Extraordinario de Casación en fecha 19 de agosto de 2021, aduciendo que la sentencia incurre en el vicio de falta de aplicación de normas sustantivas, específicamente de precedentes jurisprudenciales obligatorios, conforme lo prescribe el artículo 268 caso quinto del COGEP.

2.5. El 1 de febrero de 2022, la Conjuenza Nacional Hipatia Susana Ortiz Vargas, admitió a trámite el recurso extraordinario de casación en relación al caso quinto del artículo 268 del COGEP.

III. ARGUMENTOS QUE CONSIDERA ESTE TRIBUNAL PARA RESOLVER. –

3.1. VALIDEZ PROCESAL: Estando la causa para resolver, este Tribunal no observa que se hayan infringido reglas de trámite que lesionen el derecho al debido proceso de los sujetos de la relación jurídica procesal, ni omisiones de solemnidades sustanciales que ocasionen nulidad. Así tampoco, de la revisión integral de los expedientes puestos a conocimiento de esta autoridad jurisdiccional no se ha podido identificar alguna alegación o pretensión de las partes procesales que objete o cuestione la validez de la tramitación del recurso de casación. En este sentido, luego de haberse comprobado que el presente recurso de casación ha sido sustanciado con apego a las normas adjetivas pertinentes, y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

3.2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: PRETENSIÓN Y ARGUMENTOS DE LA CASACIONISTA SOBRE EL CARGO ADMITIDO:

3.2.1. La casacionista en la fundamentación de su recurso determina que se han infringido normas del derecho sustantivo de la siguiente forma: “Es claro que la sentencia recurrida desconoce e inaplica jurisprudencia constitucional, pues descontextualiza su contenido y hace total caso omiso a su disposición, ya que extrae partes puntuales de las sentencias dictadas en lugar de leer y aplicar las mismas en su contexto general”.

3.2.2. En tal sentido afirma que existe falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios emitidos por la Corte Constitucional ecuatoriana, específicamente la Sentencia 2618 IN/20 y acumulados de fecha 28 de octubre de 2020; y, auto de aclaración y ampliación de fecha 11 de noviembre de 2020.

3.2.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER: Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso de casación y del auto de admisión emitido por



la Conjueza Nacional, este Tribunal advierte un problema jurídico a resolver que se relaciona con el caso quinto del artículo 268 del COGEP; y, sólo en el caso de ser casado, se dictará la sentencia de mérito que en Derecho corresponda sin que, la ausencia de resolución sobre el fondo del asunto con argumentos válidos y suficientes sea considerado un menoscabo al principios de tutela judicial efectiva conforme lo ha señalado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 143313 EP/19; y, 25519EP/23.

IV. ANÁLISIS DE CASACIÓN.

CASO QUINTO: CUANDO SE HAYA INCURRIDO EN APLICACIÓN INDEBIDA, FALTA DE APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO, INCLUYENDO LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES OBLIGATORIOS, QUE HAYAN SIDO DETERMINANTES EN LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA O AUTO:

4.1. La ciudadana accionante determina que existiría falta de aplicación de la Sentencia No. 26-18-IN/20 del 28 de octubre de 2020 expedida en el Caso No. 26-18-IN y acumulados, en donde se “declaró la inconstitucionalidad de las frases ‘obligatorias’ y ‘las servidoras y servidores públicos deberá cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración’ en el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813”¹, así como, falta de aplicación de su auto de aclaración y ampliación emitido en fecha 11 de noviembre de 2020 “ en el sentido de que los operadores de justicia, deben considerar al momento de interpretar y aplicar la norma en cuestión; por lo tanto en estricta aplicación del pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, no proceden las compras de renuncias obligatorias con indemnización”².

4.2. En lo que atañe a la **falta de aplicación**, este vicio ha sido definido como aquella infracción normativa, mediante la cual se desconocen de manera franca las propiedades de un enunciado jurídico, esto es, su vigencia, su validez y su eficacia. En efecto, en este yerro *in iudicando* el operador jurisdiccional desconoce o niega la existencia y/o validez

en el tiempo y espacio de una norma; en resumidas cuentas, en este tipo de infracción normativa se prescinde de una disposición sustantiva de carácter preponderante o trascendente para la resolución de un litigio.

4.3. Sobre este vicio, vale destacar que el mismo adquiere la calidad de yerro casable, únicamente cuando ha tenido una repercusión significativa en la parte dispositiva del acto jurisdiccional impugnado (principio de trascendencia), esto es, cuando ha sido parte de la *ratio decidendi* de lo resuelto, y no se ha limitado a erigir un *obiter dicta* o argumento accesorio.

4.4. Ahora bien, es importante mencionar que los yerros que se imputa tiene la sentencia debe basarse por supuesto en una o más reglas claras existentes en el ordenamiento jurídico; y, que se identifique una proposición jurídica completa, esto es, que la norma tenga dos partes: la primera un supuesto de hecho; y, la segunda una consecuencia o efecto. “ cuando en una norma sustancial de derecho no se encuentren estas dos partes, es porque tal norma se halla incompleta y hay que completarla o complementarla con otra norma o normas”³

4.5. En el caso sub judice, se puede determinar que la casacionista cita directamente la Sentencia No. 2618IN/20 y acumulados emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, que en la parte resolutive determinó: “ En el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, la inconstitucionalidad de las frases ‘obligatorias’ y Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración”⁴.

4.6. En este mismo sentido, la recurrente para completar su proposición jurídica determina que existiría falta de aplicación del auto de aclaración y ampliación de la mencionada sentencia, específicamente en el siguiente enunciado:

36. En cuanto a los efectos a futuro de la declaratoria de inconstitucionalidad, cabe indicar que el artículo 436 numeral 2 de la Constitución establece como atribuciones de la Corte Constitucional: ‘2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra

¹ Foja 10 del expediente de casación.

² Foja 13 del expediente de casación.

³ Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 384, juicio 107-99, de 26 de septiembre de 2020, Registro Oficial No. 205 de 16 de noviembre de 2000.

⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados”, Caso 26-18-IN/20 y acumulados, emitida en fecha 28 de octubre de 2020. Página 39.

actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.’

37. En cumplimiento de esta disposición constitucional, la Corte Constitucional estableció la invalidez de las frases consideradas inconstitucionales del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813.

38. En adición, los artículos 95 y 96 numeral 4 de la LOGJCC desarrollan la norma constitucional al establecer los efectos de dicha declaratoria. Como regla general establecen que los efectos de dicha declaratoria son hacia futuro y como excepción que dichos efectos se retrotraigan. En el presente caso, en el párrafo 184 de la sentencia, la Corte Constitucional estableció que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad son a futuro, en observancia de la normativa que rige a la acción pública de inconstitucionalidad, encontrando que no existían motivos para retrotraerlos conforme lo desarrollado en el fallo y lo establecido en la normativa señalada en el párrafo anterior.

39. Comprendemos la objeción que sobre este punto realizan los peticionarios; no obstante, las reflexiones desarrolladas en el fallo y puntualizadas en los párrafos precedentes, dan cuenta que este Organismo circunscribió su actuación en lo dispuesto por la Constitución y la Ley, tal como exige el artículo 226 de la Norma Suprema. Consecuentemente, al verificar la incompatibilidad normativa con la Constitución que fue planteada en las acciones, la Corte declaró la invalidez de dichas disposiciones y las expulsó hacia futuro, garantizando la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, como le corresponde al conocer y resolver una acción de esta naturaleza.

40. Adicionalmente, sobre la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos hacia futuro, este Organismo se ha pronunciado en la sentencia No. 112112EP/20 y ha puntualizado que ‘... a fin de no incurrir en la prohibición expresa del artículo 96.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los jueces estaban impedidos de aplicar una disposición ya expulsada del ordenamiento jurídico por inconstitucional (...) esta declaratoria de inconstitucionalidad no está sujeta a la fecha de inicio de un proceso judicial concreto, sino al momento en que la autoridad administrativa o judicial debe interpretar

y aplicar la norma jurídica en cuestión; incluso si la Corte no ha señalado expresamente que la sentencia tenga efectos retroactivos.’. Aspecto que, por haberse otorgado los efectos previstos en los artículos 95 y 96 numeral 1 de la LOGJCC, deberá ser observado en los términos desarrollados por la Corte Constitucional.

4.7. Considerando el planteamiento de la casacionista, esta Sala identifica que si nos encontramos ante una regla clara existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto es que tiene una estructura lógica de “caso/solución o hipótesis/consecuencia”⁵, en esa medida, el enunciado normativo estaría conformado entonces por a) *Hipótesis*: la Corte Constitucional estableció la invalidez de las frases ‘obligatorias’ y “Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración” artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 al considerarlas inconstitucionales; b) *Consecuencia*: las autoridades jurisdiccionales están (y estaban) impedidas de aplicar una disposición ya expulsada del ordenamiento jurídico, sin que aquella declaratoria esté sujeto a la fecha de inicio de un proceso judicial concreto, sino al momento en que la autoridad administrativa o judicial debe interpretar y aplicar la norma jurídica declarada inconstitucional.

4.8. Ahora bien, para dar sentido y trascendencia a su planteamiento la recurrente señala:

[...] la Corte Constitucional ha establecido como regla que la aplicación de la decisión producto de dicho control también comprende a los jueces y autoridades administrativas que deben interpretar la norma jurídica concreta, aunque tales sentencias no hayan otorgado el efecto retroactivo. Esta regla general se encuentra tanto en el auto de ampliación y aclaración antes citado y se ha reiterado en otros fallos de la referida Corte [...]. Por lo tanto, el Tribunal de Instancia estaba en la obligación de analizar e interpretar la disposición contenida en el artículo innumerado a continuación del artículo 108 de su Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, considerando en dicho análisis la sentencia de control abstracto de constitucionalidad No. 2618IN/20 emitida por la Corte Constitucional; situación que ha sido DESCONOCIDA E INOBSERVADA

⁵ Sebastián López, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, (Quito, Ecuador, 2018), Corporación de Estudios y Publicaciones. Página 109.

por lo que se produce claramente un falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios emitidos por la Corte Constitucional en su sentencia.⁶

4.9. Continuando con el análisis, en esta fase de sustanciación del recurso extraordinario de casación es oportuno centrarse en el “objeto de estudio [que] lo configura el acto jurisdiccional impugnado”⁷; y, de esta manera permita a esta Sala “pronunciarse de manera motivada sobre si la decisión recurrida incurrió en alguno de los vicios alegados y admitidos a trámite”⁸, en esa medida, esta Sala observa que la decisión recurrida señaló:

5.5. En este sentido, se analiza la normativa aplicable al caso de la Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización, a fin de determinar su vigencia y marco normativo, determinando que es el artículo 47, literal k) de la Ley Orgánica de Servicio Público es la base normativa que sirve de sustento a la emisión de la Resolución No. 0026 de 08 de marzo de 2019, acto administrativo impugnado.

Adicionalmente, el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público que textualmente dispone:

‘Artículo... Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización. Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas. El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo. Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración.’

La Corte Constitucional en su sentencia No° 00313SINCC de 26 de diciembre de 2013 negó la demanda de inconstitucionalidad del artículo innumerado a continuación del artículo 108 del

Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, por lo que dicha normativa era parte del sistema normativo ecuatoriano y por tanto sujeto a observancia por todos los ecuatorianos.

En virtud de la declaratoria de “inconstitucionalidad no está sujeta a la fecha de inicio de un proceso judicial concreto, sino al momento en que la autoridad administrativa o judicial debe interpretar y aplicar la norma jurídica en cuestión” [1], por lo que dicha normativa si bien actualmente ha sido expulsada del ordenamiento jurídico por inconstitucional dos frases, más conforme se ha señalado la Sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados, su efecto es a futuro, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 y 96.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5.5.1. En este sentido se analizar la observancia a la normativa referente a la condicionante establecida en la norma respecto a que planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización sean producto de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las entidades; y, que deben estar debidamente presupuestados.

Por lo cual, la norma indicaba que todos los servidores y funcionarios deben someterse al proceso de reestructuración; es decir esta figura no está sujeta al arbitrio de la Administración sino que proviene de un proceso de reestructuración o racionalización de las instituciones públicas, que en el presente caso fue determinado por el Decretos Ejecutivos No. 7 de 24 de mayo de 2017 que fusionó el Ministerio de Coordinación de Política Económica con el Ministerio de Finanzas denominándose Ministerio de Economía Finanzas; y, Decreto Ejecutivo No. 116 de 17 de agosto de 2017 dispuso que el referido Ministerio cuente con dos viceministerios; por lo que era necesario la elaboración y aprobación de diseño, rediseño e implementación de la estructura organizacional, estatuto orgánico e instrumentos de institucionalidad el Ministerio de Economía y Finanzas.

[...] **5.5.2.** Otro requisito sine qua non para que se configure plenamente la figura de la cesación por compra de renuncias obligatorias es el pago del valor determinado como indemnización por parte de la entidad pública según lo prescrito en la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento. Este

⁶ Foja 12 vuelta y 13 del expediente de casación.

⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 279-18-EP/23”, en caso No. 279-18-EP/23, emitido en fecha 12 de abril de 2023. Párrafo 25.

⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 255-19-EP/23”, caso No. 255-19-EP, emitido el 04 de mayo de 2023. Párrafo 29.

requisito es indispensable, porque la cesación afecta el derecho a la estabilidad del servidor público el cual se compensa con la indemnización que debe entregar la entidad pública. En el presente caso se evidencia que la actora recibió la cantidad de \$ 5.457.50 por concepto de indemnización calculada según Comprobante Único de Registro 552 de 13 de marzo de 2019, sin que la actora haya objetado el monto ni el pago realizado. (fs. 198-199EA)

4.10. Con esta argumentación el TDCA-DM Quito generó la siguiente inferencia y conclusión:

Por lo que la Administración ha demostrado que ha cumplido con un proceso de optimización que habilitaba al Ministerio de Economía y Finanzas para aplicar a planes de compras de renunciadas obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, en concordancia con el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público.

Con lo cual se evidencia que la resolución recurrida es el resultado de un silogismo o razonamiento lógico mediante el cual se subsumen adecuadamente los presupuestos de hecho a la normativa aplicable; ello permite concluir que actora no ha destruido la presunción de legalidad de la resolución impugnada, la cual fue emitida por la autoridad competente dentro de sus facultades legales y conforme al procedimiento previsto en la normativa aplicable; y, revisado el expediente administrativo no se observa causal alguna de nulidad del procedimiento administrativo.

4.11. Considerando aquello esta Sala verifica que el TDCA-DM Quito para resolver el problema jurídico puesto en consideración no aplicó la sentencia tantas veces referida; y, en su lugar aplicó directamente (indebidamente) la norma jurídica que se encontraba declarada inconstitucional al momento emitir la decisión, pese a que, la Corte Constitucional ecuatoriana generó la regla determinada en el párrafo 4.7., de esta sentencia, tanto más que, la Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados se emite en fecha 28 de octubre de 2020 y la decisión recurrida se emite el 30 de junio de 2021.

4.12. Potencializando este discurso, conforme lo ha determinado la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia 1095-20-EP/22 para verificar la falta de aplicación de un precedente por parte de las autoridades jurisdiccionales,

es adecuado cumplir con dos elementos: “i) que la decisión alegada como incumplida contenga un precedente en sentido estricto; y, (ii) que dicho precedente resulte aplicable al caso bajo análisis, por compartir las mismas propiedades relevantes”, en esa medida se considera lo siguiente:

4.12.1. - i) Para establecer cuando estamos frente a un precedente en sentido estricto se deberá identificar la regla de la decisión, que es “aquella que el decisor subsume los hechos del caso concreto para, inmediatamente, extraer la decisión”⁹, aclarando que la Sentencia constitucional que se analizará se encuentra dentro de la esfera de control abstracto de constitucionalidad, mas no frente a situaciones concretas, por lo que el estándar antes determinado será dúctil, en esa medida, se identifica que la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia 26-18-IN/20 y acumulados al analizar el derecho al trabajo y principio derecho a la seguridad jurídica generó el siguiente discurso:

121. En virtud de lo expuesto, mediante la expedición del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 no se otorgó una noción razonable de las reglas de juego a aplicarse en la cesación de funcionarios públicos bajo la figura de compra de renunciadas con indemnización conforme el artículo 229 de la Constitución. Esto se debe a que se incorporó mediante reglamento una figura que no superó el proceso legislativo razón por la que no se ha dado certeza de la modificación de la situación jurídica de las servidoras y servidores públicos, toda vez que la norma suprema establece que dicho régimen es definido y desarrollado por la respectiva ley y no por reglamento o decreto ejecutivo.

122. Además, cabe indicar que conforme el artículo 147 numeral 13 de la Constitución el Ejecutivo puede expedir reglamentos para aplicación de la ley. En el ejercicio de esta potestad el presidente de la República tiene un margen amplio de actuación toda vez que puede efectivizar o, en su defecto, regular aspectos que la ley no ha desarrollado para encauzar su operatividad. Sin embargo, tiene un límite material, el cual consiste en no contravenir ni alterar las leyes respecto de las cuáles se expide la normativa para su aplicación, sin perjuicio del cumplimiento de otras disposiciones constitucionales.

123. En el caso concreto, la norma impugnada (reforma al Reglamento General de la LOSEP) constituye un acto en virtud de la competencia reglamentaria

⁹ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 109-11-IS/20, en caso No. 109-11-IS, emitido el 26 de agosto de 2020. Párrafos 23 y 24.

por parte del presidente de la República. Sin embargo, como se indicó, se ha comprobado en el presente caso que el presidente de la República incluyó por medio de la reforma al reglamento a la compra de renuncias con indemnización con carácter obligatorio, sin ser la autoridad competente para ello y considerando que en su momento la Asamblea Nacional no aprobó su propuesta de incluirla en la LOSEP. La consecuencia es que el Ejecutivo excedió materialmente las competencias que el artículo 147 numeral 13 de la Constitución le otorga. [...]

144. Esto quiere decir que, en el contexto de derechos laborales, si se han establecido ciertas condiciones con las cuales se ejercen tales derechos, la regulación que se emita posteriormente no puede alterarlos arbitrariamente, toda vez que afecta al principio de intangibilidad establecido en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución. En el caso del régimen de estabilidad laboral y de cesación de funciones establecido en el artículo 229 de la Constitución, una vez que la Asamblea Nacional en ejercicio de su potestad legislativa estableció la condiciones de su aplicación en la LOSEP, el presidente de la República no debía alterarlos, menos aún a través de su potestad reglamentaria.

145. En el presente caso, se verifica que la norma impugnada atenta contra la garantía de la estabilidad laboral de los funcionarios públicos debido a que establece como obligatoria la compra de renuncias, cuando el ámbito legal de regulación y protección que se otorga al derecho al trabajo de estas personas no lo establecía en estas particulares circunstancias. Es decir, esta concreta regulación produjo una desmejora en las condiciones otorgadas por la ley a las servidoras y servidores públicos para gozar de estabilidad en el sector público, toda vez que atentó la previsibilidad del artículo 229 de la Constitución. Así, al desnaturalizar dicha garantía con la inclusión del carácter obligatorio de esta figura, produce una afectación al principio de intangibilidad y la estabilidad laboral.

146. Sin perjuicio de lo analizado, la norma impugnada no se refiere a un acto o estipulación que acarrea en estricto sentido una renuncia a derechos laborales por parte de los funcionarios. Al contrario, faculta a las autoridades públicas para aplicar de forma obligatoria la figura de compra de renuncias con indemnización, lo cual ha llevado a desnaturalizarla como se

lo ha establecido.

4.12.2. - ii) Precisamente el caso en análisis, cuanto la sentencia emitida por la Corte Constitucional, así como su auto de aclaración/ampliación refieren a la compra de renuncia con indemnización (obligatoria) y el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, por lo que reúne las propiedades relevantes para determinar que era aplicable de manera obligatoria por su transcendencia y relevancia.

4.13. Con las consideraciones que han sido expuestas por parte de esta Sala, se ha identificado que la sentencia emitida por el TDCA – DM Quito incurre en el vicio de falta de aplicación de precedente constitucional obligatorio, por lo que, es pertinente casar la sentencia y pasar a un segundo momento en la fase de sustanciación, esto es, emitir una decisión de mérito.

V. SENTENCIA DE MÉRITO

5.1. Conforme lo prescribe el artículo 273 numeral 3 del COGEP esta Sala se encuentra en la obligación jurídica de emitir una sentencia de mérito reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos

5.2. Para considerar los *antecedentes* del caso sub judice, esta Sala aplicará una “motivación per relationem”¹⁰ del contenido en el acápite 2 (numerales 2.1; y, 2.2) de la sentencia recurrida que hacen relación a lo detallado en el acto de proposición, actividad impugnada; y, contestación de la demanda.

5.3. En cuanto al objeto del proceso, se encuentra claramente determinado en el numeral 2.2., de esta sentencia.

5.4. En relación con las excepciones planteadas, se establece que los legitimados pasivos no presentan excepciones previas, empero, si se identifica que plantean excepciones de fondo, por parte de la PGE: a) Legalidad del acto administrativo; b) Improcedencia de las pretensiones y falta de derecho de la accionante; en tanto que el Ministerio de Economía y Finanzas presenta las siguientes excepciones de fondo: a) Falta de derecho; b) No se ha vulnerado ningún derecho; c) Legalidad del acto administrativo; y, d) Ausencia de causales de nulidad del acto administrativo, bajo esos contextos, esta Sala estima conveniente señalar:

5.4.1. En relación a las excepciones de “No se ha vulnerado ningún derecho”; o “ausencia de causales de nulidad del acto administrativo”, se

¹⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 1158-17-EP/21”, en Caso No. 1158-17-EP/21, emitido en fecha 20 de octubre de 2021, párrafo 63.

determina que aquellas no tienen la naturaleza de ser propiamente excepciones de fondo, sino más bien defensas generales en relación a la presunción de legalidad y legitimidad del acto administrativo impugnado, que será objeto de una decisión de fondo.

5.4.2. Sobre la excepción de legalidad del acto administrativo, precisamente al estar frente a la jurisdicción contenciosa administrativa plena y que tutela derechos, aquella “legalidad” será determinada por la sentencia de fondo; y, la ilegalidad del acto administrativo se podrá declarar siempre que se reúnan los elementos necesarios y suficientes conforme las prescripciones del ordenamiento jurídico.

5.4.3. Por último, en relación a las excepciones de falta de derecho e improcedencia de las pretensiones, aquellas se resolverán con el fondo del asunto, pues tratan precisamente de la finalidad del ejercicio de la acción, más no de particularidades incidentales.

5.5. Sobre la prueba admitida y válidamente practicada en la etapa procesal respectiva, así como a los hechos probados, esta Sala hace suyo el numeral 4 (4.1; 4.2; 4.3) de la sentencia recurrida.

5.6. Para este Tribunal es necesario señalar que en el modelo Constitucional en el que nos encontramos las/os sujetos y sus derechos impactan el sistema jurídico, es por ello que, las instituciones y herramientas existentes deben aplicarse en procura de permitir al *sui iuris* (sujeto de derecho) alcanzar su Buen Vivir, para tal efecto es indispensable que los razonamientos aplicados tengan la potencia de hacer a los derechos suficientemente prácticos (pragmática) evitando tomar medidas vagas o difusas que generen únicamente encuentros teóricos distantes de la realidad que potencialicen la violación, anulación, restricción de los derechos o la abyección del *sui iuris*.

5.7. Es por ello, que adquiere relevancia la autoridad y funciones de los jueces contenciosos administrativos (justicia plenaria) que conocen acciones subjetivas o de plena jurisdicción, en donde, “tienen la [...] obligación [...], de administrar justicia con observancia de la Constitución, de los ins-

trumentos internacionales de derechos humanos y de la ley (art. 172 de la Constitución)”¹¹ constituyéndose entonces esta jurisdicción en uno (de tantos) “mecanismo [s] capital [es] de protección de derechos”¹², principalmente cuando existen razones normativas que habilitan a esta [jurisdicción contenciosa administrativa] realizar la supervisión y control de legalidad de las actividades de la administración pública, particular que implica el deber de la Autoridad jurisdiccional (de oficio) que en caso de verificar que se trastocó un derecho subjetivo (pluridimensional) de manera directa deberá ordenar medidas de reparación integral (proporcionales y adecuadas), pues los jueces “tiene la misión y operación común de tutelar derechos”¹³.

5.8. Así mismo, este nuevo paradigma del Constitucionalismo de los derechos y la justicia plenaria administrativa antes referida, siempre se encontrará irradiada de entre otros principios, el de supremacía constitucional cuya implicación es que “si la constitución existe como norma no es porque ella misma la proclame, o porque lo proclame otra norma cuya validez descansa en la propia constitución, sino porque de hecho goza de un cierto nivel de eficacia”¹⁴ que es la condición misma de validez del sistema jurídico, “que requiere del respaldo de una práctica social e institucional que así permita reconocerlo”.¹⁵

5.9. Bajo estos contextos deontológicos y discursivos del nuevo modelo de Estado, esta Sala especializada realizará el control de legalidad del acto administrativo impugnado, reiterando que en el sistema constitucional ecuatoriano se ha desarrollado una estructura de control (para el caso sub judice) de legalidad de los actos administrativos que tienen sustento claro en que ningún acto del poder público puede estar fuera de control, en esa medida, considerando que todo acto administrativo por regla general es impugnabile bajo las regulaciones existentes en el ordenamiento jurídico, es necesario mencionar que los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad, legalidad y por tanto validez (caracteres), sin embargo, aquella presunción no es definitiva, sino que está sujeta

¹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 165-19-JP/21”, Caso No. 165-19-JP, emitida en fecha 21 de diciembre de 2021. Párrafo 63.

¹² *Ibidem*. Párrafo 66.

¹³ Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano* (Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007).

¹⁴ Luis Prieto Sanchís, “El Constitucionalismo de los Derechos: Ensayos de Filosofía Jurídica”, (Madrid, Trotta, 2013), página 157.

¹⁵ *Ibidem*. Página 161.

a los pronunciamientos de órganos autorizados como por ejemplo cuando se presenta una acción subjetiva o de plena jurisdicción (caso sub judice) en donde la jurisdicción contenciosa administrativa tiene plena facultad para realizar el control de legalidad de los actos administrativos con la finalidad (en las acciones subjetivas o de plena jurisdicción) de tutelar de manera adecuada y oportuna los derechos subjetivos negados, desconocidos o no reconocidos total o parcialmente por un acto administrativo.

Análisis del caso:

5.10. Identificada la facultad que ejerce la autoridad jurisdiccional, así como, comprendido el objeto de la controversia, resulta preciso iniciar el estudio de problema jurídico verificando si el acto administrativo impugnado y por ende su procedimiento administrativo cumplen con los requisitos de validez de los actos administrativos prescrito en el artículo 99 de Código Orgánico Administrativo, en esa medida, nos responderemos la primer duda: *¿El acto administrativo impugnado fue emitido por un órgano con competencia administrativa?*

5.10.1. - El acto administrativo que nos encontramos analizando es identificado para este caso como un acto administrativo constitutivo (división funcional), pues, generó el efecto de cesar definitivamente en funciones a la servidora pública destinataria. En la estructura de este acto administrativo encontramos uno de los *elementos subjetivos* que es la competencia como categoría y garantía, integrado por dos presupuestos relevantes, uno *subjetivo* propiamente dicho y otro *normativo*. El primero de ellos ligado directamente al órgano administrativo y a la voluntad que es ejercido por personas¹⁶; y, el segundo, que se comprende en forma general como “ el conjunto de potestades que surgen del ordenamiento jurídico”¹⁷; y, particularmente, como el conjunto de valores, principios y reglas que asignan previamente la habilitación al órgano para obrar y cumplir los fines normativos, “ opera[n]do como límite del poder de la administración y [como] técnica de control de la actuación adminis-

trativa”¹⁸. De este presupuesto normativo se pueden identificar dos modos de reconocimiento de la potestad: a) *La competencia expresa*: “ permisiones que nacen del propio texto normativo, es decir de su literalidad”¹⁹; y, por otra parte, b) *Competencia implícita*: el órgano administrativo ejerce “ no solo las facultades textuales, sino también aquellas que surgen de modo implícito”²⁰ del principio de juridicidad (artículo 67 COA), precisando que esta competencia (asignada previamente por la norma) está vinculado a que el órgano debe “ i) actuar con competencia y con las facultades otorgadas por la Constitución o la ley; ii) coordinar con otras entidades y órganos de la administración pública para lograr sus fines; y, iii) lograr el efectivo goce y ejercicio de los derechos”.²¹

5.10.2. - Ahora bien, la competencia administrativa se divide o delimita en razón de la materia, tiempo, territorio y grado. Para el caso sub judice se tratará en un primer momento la “ *ratione materiae*” (competencia en razón de la materia), que se define por el tipo de asunto “ caracterizado por su objeto y contenido”²², o más bien, las “ tareas que legítimamente puede desempeñar un órgano”²³, por ello, para identificar esta delimitación es importante nuevamente remitirse al *elemento normativo* (párrafo 5.10.1.), con el fin de determinar si el ejercicio de la función administrativa fue o no legítimo.

5.10.3.- Comprendido aquello es necesario estimar que el acto administrativo constitutivo (en análisis) fue emitido por parte del órgano administrativo Coordinador General Administrativo Financiero, cuya competencia explícita se encuentra delimitada por el Acuerdo Ministerial No. 103 de 27 de agosto de 2018, en esa medida, la persona que ejerce la función administrativa, si estaría habilitada para emitir un acto administrativo, sin embargo, es necesario realizar un análisis más profundo, conforme se detalla a continuación.

5.10.4.- El acto administrativo impugnado, es el contenido en la Acción de Personal 0443 de fecha 11 de marzo de 2019, mediante el cual, se

¹⁶ Ver artículo 49 del Código Orgánico Administrativo “COA”

¹⁷ Carlos F. Balbin, “La Organización Administrativa”, (Buenos Aires, La Ley, 2008), página 554.

¹⁸ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 62-19-IN/23, caso No. 62-19-IN, emitido en fecha 12 de abril de 2023.

¹⁹ Carlos F. Balbin, ibídem. Página 557.

²⁰ Ibídem. Página 558.

²¹ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 62-19-IN/23. Párrafo 28.

²² Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, (Madrid, Thomson Civitas, 2004), página 545

²³ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 9na edición, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001), página 256.

detalla: “[...] según lo establecido en el literal k) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en concordancia con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 108 y tercer inciso del artículo 285 del reglamento general de la Ley ibídem, resuelve: cesar en funciones por compra de renuncia con indemnización a la srta [...]”²⁴. En el expediente procesal también se encuentra la Resolución Nro. 0026 de fecha 08 de marzo de 2019 emitido por el Coordinador General Administrativo Financiero del Ministerio de Economía y Finanzas en donde se resuelve “[c]esar en funciones por compra de renuncia con indemnización [...] según lo dispuesto en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, en concordancia con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 108 del Reglamento”²⁵ de la LOSEP. Así mismo, para la emisión del acto administrativo impugnado se identifica que se consideraron los siguientes actos de simple administración:

5.10.4.1.- Informe técnico No. MEF-DATH-2019082 de 1 de marzo de 2019 cuya conclusión determina: “[...] conforme a lo dispuesto en el literal k) del artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, concordante con lo determinado en el artículo innumerado siguiente al artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP [...] se recomienda solicitar al Ministerio de Trabajo, valide el presente informe para continuar con el proceso de desvinculación”²⁶.

5.10.4.2.- Propuesta de optimización de talento humano, dentro del numeral 3 Análisis, se encuentra lo siguiente: “En este contexto, una de las acciones que se puede ejecutar en el corto plazo es un análisis de la optimización y racionalización del personal para determinar la factibilidad de reducir el talento humano de esta Cartera de Estado, aplicando la figura de compra de renuncia con indemnización”²⁷, para tal efecto cita como razón normativa “Artículo innumerado agregado a continuación al Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público”²⁸.

5.10.4.3.- Discurso técnico similar con las mismas razones normativas se encuentran en el Memorando Nro. MEF-CGAF-DATH-2019-010; y MEF-CGAF-2019-0052-M,

5.10.5.- Ahora bien, regresando al *elemento normativo* de la competencia, al haber identificado que la razón normativa principal para cesar de forma definitiva en funciones a la legitimada activa es el enunciado contenido artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, esta Autoridad jurisdiccional verifica que en ninguna parte del procedimiento administrativo se cuenta con los argumentos y peor aún voluntad de la ciudadana destinataria para iniciar, continuar y finalizar el procedimiento administrativo, esto implica que la administración pública bajo su propia pulsión y en ejercicio del poder de *imperium* cesó en funciones a la legitimada activa

5.10.6.- Es importante la circunstancia antes narrada (voluntariedad de la destinataria del acto administrativo), pues conforme se enunció anteriormente el máximo organismo de interpretación y control constitucional en la Sentencia No. 2618-IN/20 y acumulados emitido en fecha 28 de octubre de 2020 declaró: “En el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, la inconstitucionalidad de las frases “obligatorias” y “Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración”, para tal efecto la Corte Constitucional, motivó la decisión, determinando que se encuentran vulnerados los derechos al trabajo y seguridad jurídica atento a lo descrito en el párrafo 4.12.1 de esta sentencia, especificando que dar el carácter de obligatorio (condiciones prácticas) a la compra de renunciaciones con indemnización aparte de ser inconstitucional “ha llevado a desnaturalizarla”²⁹ como institución.

5.10.7.- Ahora bien, en los diferentes actos del procedimiento, así como el acto administrativo impugnado, se determina que la autoridad está aplicando el artículo 47 letra k) de la LOSEP, sin embargo, se evidencia con las constancias procesales, que se impone a la legitimada activa como obligatoria esta causal de cesación de funciones, particular que por supuesto no se encuentra delimitado de aquella forma en la Ley Orgánica de Servicio Público, más aún

²⁴ Foja 4 expediente jurisdiccional.

²⁵ Foja 2 vuelta del expediente jurisdiccional.

²⁶ Foja 60 vuelta del expediente jurisdiccional.

²⁷ Foja 8 del expediente jurisdiccional.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ibídem. Párrafo 146.

cuando el máximo organismo de control e interpretación constitucional ha determinado la inconstitucionalidad de “ incluir el carácter obligatorio de la compra de renuncias con indemnización”³⁰.

5.10.8. - Bajo esos contextos, la autoridad administrativa al cesar en funciones de manera definitiva a la legitimada activa *imponiéndole como obligatoria* la causal de compra de renuncia con indemnización aplicó una causal de cesación de funciones que no se encuentra prescrita en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, desnaturalizando esta institución, así como el procedimiento administrativo. Es de referir que esta circunstancia también afecta al principio de supremacía constitucional, pues, conforme el artículo 133 de la Constitución únicamente mediante Ley se puede regular el ejercicio de los derechos como el derecho al trabajo en su esfera de estabilidad laboral y permanencia en el servicio. Para esta Sala, es necesario precisar que si bien al momento de emitir por parte del órgano el acto administrativo impugnado, se encontraba vigente una regla en el sistema jurídico que reconocía mediante reglamento la compra de renuncias con indemnización de carácter obligatorio, no es menos cierto, que las autoridades administrativas y jurisdiccionales deben aplicar directamente la norma Constitucional y por ende su jerarquía normativa; y, en este caso, lo debido era respetar las competencias regladas que se tienen; y, las causales de cesación de funciones prescritas en Ley Orgánica, particulares que no ocurrieron; y, como efecto de ejercer una competencia en razón a la materia que no tiene un respaldo en un elemento normativo, de manera directa e inmediata violenta los derechos al trabajo y seguridad jurídica en sus esferas de certeza y previsibilidad de la legitimada activa.

5.11. - Identificado el error, se contesta la pregunta inicial formulada señalando que el acto administrativo no fue emitido por un órgano con competencia administrativa, particular que trae como consecuencia su nulidad comprendida como una consecuencia jurídica de la existencia de un vicio “*de gravedad invalidante*”³¹ en la actividad administrativa (elementos de validez del acto administrativo) que provoca en esencia un atentado a los derechos subjetivos del ciudadano, particular que merece por supuesto una reparación de sus derechos.

5.12. - Continuando el análisis, conforme lo prescribe la LOSEP (en su artículo 47) como norma orgánica creada por la Asamblea Nacional, se determinó de manera clara cuáles son las únicas causales mediante las cuales se le puede cesar en funciones definitivamente a servidores/as públicos de carrera. Una de las causales para cesar definitivamente en funciones servidores/as públicos de carrera es la compra de renuncias con indemnización, en esa medida, atento a lo prescrito en el artículo 47 de la LOSEP, no se identifica ninguna causal para cesar definitivamente en sus funciones a los servidores públicos de carrera imponiéndoles como obligatoria la compra de renuncias con indemnización.

5.13. - Esta situación jurídica implica por supuesto, que el acto administrativo emitido se haya fundado para cesar en funciones en un hecho hipotético inexistente en el artículo 47 letra k) de la LOSEP, pues, la administración pública infiere que existe adecuación típica entre la imposición como obligatoria de la compra de renuncia con indemnización con la causal de cesación definitiva de *compra de renuncia con indemnización*, enunciados lingüísticos con un contenido semántico totalmente diferente; y, cuyo supuesto de hecho varía rotundamente conforme lo ha delimitado la propia Corte Constitucional al mencionar que obligar al servidor público en la compra de renuncia con indemnización es desnaturalizar la causal que estamos analizando, situación que conforme se manifestó anteriormente vulnera el derecho a la estabilidad laboral; y, principio – derecho seguridad jurídica en su esfera de previsibilidad y certeza.

5.14. - Con las consideraciones antes expuestas, se puede verificar (conforme se mencionó anteriormente) que el órgano emisor del acto administrativo impugnado actuó sin competencia (expresa e implícita) para cesar en funciones a la ciudadana legitimada activa, pues, no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la causal de cesación de funciones imponiendo como obligatoria la *compra de renuncia con indemnización*, particular que afecta también gravemente al objeto del acto administrativo, en esa medida para esta Sala el acto administrativo impugnado es nulo conforme lo prescrito en el artículo 105 numerales 1 y 3 del Código Orgánico Administrativo.

³⁰ Ibidem. Párrafo 124.

³¹ Efraín Pérez, Derecho Administrativo, (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito / Ecuador, 2021), quinta edición, volumen 1: página 483.

5.15. - Continuando con el estudio, resulta importante mencionar que cuando se identifica la vulneración de derechos subjetivos la reparación integral “*constituye un derecho constitucional y un principio orientador que complementa y perfecciona el ejercicio de los derechos*”³², delimitado claro está por las reglas existentes en el ordenamiento jurídico nacional, que en este caso es la Ley Orgánica de Servicio Público, en cuanto a la reparación integral – restitución *in integrum* + pago de remuneraciones dejadas de percibir desde la cesión de funciones hasta su efectiva reincorporación.

5.16. - Ahora bien, corresponde analizar la reparación económica (haber laborales dejados de percibir), para tal efecto es importante por parte de esta Sala precisar que se ha ordenado el reintegro del legitimado activo, más no su reingreso, por lo que, al haberse declarado nulo el acto administrativo ninguna de sus consideraciones o decisiones surte efectos jurídicos, particular que implica por supuesto que la indemnización por la cesión definitiva de funciones recibida por parte del legitimado activo deba ser restituida o devuelta a la administración pública, en esa medida:

[...] el monto de la indemnización recibido por la compra de la renuncia obligatoria será descontado del valor que recibirá por las remuneraciones dejadas de percibir y que se ordenó pagar como consecuencia del reintegro, toda vez que no nos encontramos ante un reingreso sino ante la declaratoria de nulidad de su salida, y en tal virtud, al tener dicha declaratoria efectos *ex tunc*, se entiende que tal salida nunca se produjo.³³

5.17. - Por último, respecto a la pretensión del pago de costas procesales, aquella se rechaza pues no se ha cumplido con el presupuesto determinado en los artículos 284 y 286 de COGEP; y, 12 del Código Orgánico de la Función Judicial. En relación a las excepciones de fondo de los legitimados pasivos, se los rechaza al desvirtuarse la presunción de legitimidad, legalidad y validez del acto administrativo impugnado.

VI. DECISIÓN

6.1. - 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**, resuelve:

6.2. - Casar la sentencia emitida por el TDCADM Quito en fecha 16 de agosto de 2018 dentro del proceso No. 17811201901072;

6.3. - Aceptar parcialmente la demanda propuesta por el legitimado activo; en esa medida: **1)** Declarar nulo el acto administrativo contenido en la acción de personal 0442 de fecha 11 de marzo de 2019 que tiene la descripción de Resolución No. 0026 de fecha 08 de marzo de 2019, **2)** Ordenar que en el término de 5 (cinco) días al Ministerio de Economía y Finanzas reintegre a la actora al cargo del que fue separado u otro de similares características; y, **3)** Pague a la actora las remuneraciones dejadas de percibir y demás beneficios de ley, desde la fecha en que se produjo su cesación hasta el día efectivo de su reintegro al cargo, para tal efecto, se deberán liquidarse parcialmente, descontándose los valores que durante este tiempo hubiere percibido en otras instituciones públicas, para lo cual se concede el término de treinta días que se contarán desde la fecha en que se ejecutoria esta decisión, precisando que el monto de la indemnización recibido por la compra de la renuncia obligatoria será descontado del valor que recibirá por las remuneraciones dejadas de percibir y que se ordenó pagar como consecuencia del reintegro;

6.4. - Se rechazan las demás pretensiones de la legitimada activa;

6.5. - Actúe la doctora Ivonne Guamaní León, como Secretaria Relatora;

6.6. - Notifíquese y cúmplase.

f) DR. IVÁN LARCO ORTUÑO JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. MILTON VELÁSQUEZ DÍAZ JUEZ NACIONAL. DR. FABIÁN RACINES GARRIDO JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

³² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 1290-18-EP/21”, en Caso No. 1290-18-EP, emitido en fecha 20 de octubre de 2021. Párrafo 147.

³³ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, “auto de ampliación y aclaración”, proceso jurisdiccional 17811201800514.

V
Juicio Nro. 09802–2017-00580
Fecha: 27 de octubre de 2023, las 10h11

TEMA: Derecho de Paternidad de una obra intelectual amparado en la Ley de Propiedad Intelectual. Conceptualización del derecho de autor de una obra derivada. Valor de un acta notarial de conformidad con el Derecho Positivo. Características del Principio de Trascendencia.

SÍNTESIS

La Sala verificó que el a quo no aplicó las reglas contenidas en el artículo 208 del COGEP en relación al alcance probatorio de un instrumento público. Faltan razones suficientes que cumplan el rol de garantía y respaldo que le permitan al a quo inferir válidamente que el Acta Notarial referida describe la realidad de la obra o que confirma lo determinado en el acto administrativo impugnado, esto es, la autoría de la obra musical. La garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía. No siendo objeto del procedimiento administrativo la autoría de la presunta obra derivada, no era jurídicamente procedente que la autoridad administrativa, escapando del ejercicio de sus competencias, ordene una medida no prescrita en la LPI. La Sala llegó a la conclusión, que el procedimiento administrativo desde su esfera, así como desde su propia finalidad, se encuentran vulnerados gravemente; pues, se ha prescindido de las reglas del ordenamiento jurídico, al emitir el acto administrativo por parte del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, cuando resolvió el Recurso de Reposición, particular que ocasiona por supuesto la nulidad del acto administrativo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09802–2017-00580

Juez Ponente: Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 27 de octubre del 2023, las 10h11.

1.- VISTOS

1.1.- Conocemos la presente causa en virtud de que:
a) Milton Velásquez Díaz fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 2021;
b) Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces de la Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente, fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante Oficios No. 115-P-CNJ2021 y 113PCNJ2021 de 18 de febrero de 2021, respec-

tivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia;
c) El 22 de noviembre de 2022, por sorteo electrónico, la competencia para conocer la presente causa fue prevenida por el tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño, Patricio Secaira Durango y Milton Velásquez Díaz, correspondiéndole la ponencia al primero de los jueces prenombrados;
d) Encontrándose el recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

2.- ANTECEDENTES

2.1. En fecha 5 de junio de 2017, el ciudadano José Gustavo Pacheco Cucalon “legitimado activo” presentó una acción subjetiva o de plena jurisdicción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil “TDCA-Guayaquil”, en contra del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual “IEPI”, Procurador General

del Estado “PGE”; y, en calidad de tercero coadyuvante el señor Luis Alfredo Padilla Guevara, impugnando el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0572017CPIIS del 7 de marzo de 2017, expedido por la Primera Sala del Comité de Propiedad Intelectual. En el acto de proposición determina el accionante como pretensión: “[...] se declare la nulidad de la RESOLUCION NO. 0572017CPIIS del 7 de marzo de 2017 expedido por la Primera Sala del Comité de Propiedad Intelectual que acepta el Recurso de Reposición [...] y que se reconozcan mis derechos como COAUTOR de la obra musical LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”.

2.2.- El 28 de julio de 2021, el TDCAGuayaquil en sentencia resolvió por voto de mayoría “rechazar la demanda propuesta por Gustavo Pacheco Cucalon y ratifica el contenido de la resolución impugnada respecto de la autoría de la obra LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA del señor Luis Padilla Guevara y como autor de la obra derivada al señor Gustavo Pacheco Cucalon [...]”

2.3.- El legitimado activo sobre esta sentencia presentó Recurso Extraordinario de Casación en fecha 29 de septiembre de 2021 determinando que la sentencia incurre en los vicios determinados en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos “COGEP”. Así mismo, el 3 de junio del 2022 el legitimado activo completa y aclara su Recurso Extraordinario de Casación por orden de Autoridad jurisdiccional.

2.4.- El 25 de agosto de 2022, el Conjuez Nacional Mauricio Espinoza Brito admitió a trámite el recurso extraordinario de casación por la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, exclusivamente por violación del enunciado contenido en el artículo 208; y artículos 6, 12, 13, 18 letra c) de la Ley de Propiedad Intelectual “LPI”.

3. Competencia

3.1.- El 22 de noviembre de 2022, por sorteo electrónico, la competencia para conocer la presente causa fue prevenida por el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo, siendo entonces competente para resolver el presente recurso de casación con base en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial “COFJ”, y artículo 269 del COGEP.

4. Validez procesal

4.1.- Estando la causa para resolver, este Tribunal no observa que se hayan infringido reglas de trámite

que lesionen el derecho al debido proceso de los sujetos de la relación jurídica procesal, ni omisiones de solemnidades sustanciales que ocasionen nulidad. Así tampoco, de la revisión integral de los expedientes puestos a conocimiento de esta autoridad jurisdiccional no se ha podido identificar alguna alegación o pretensión de las partes procesales que objete o cuestione la validez de la tramitación del recurso de casación. En este sentido, luego de haberse comprobado que el presente recurso de casación ha sido sustanciado con apego a las normas adjetivas pertinentes, y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

5. Fundamentos del recurso de casación

5.1.- El casacionista en la fundamentación de su recurso en cuanto al caso cuarto del artículo 268 del COGEP determina que: “[...] el Acta Notarial a la que sí le dan valor probatorio, únicamente podía ser valorado en cuanto a la fecha de otorgamiento, fecha y declaración del funcionario que la firma, más no sobre la veracidad de las declaraciones contenidas en ella”¹.

6. Delimitación de los problemas jurídicos

6.1.- Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso extraordinario de casación y del auto de admisión emitido por el Conjuez Nacional, este Tribunal advierte un problema jurídico a resolver que se relacionan con el caso cuarto del artículo 238 del COGEP, sólo en el caso de ser casado, se dictará la sentencia de mérito que en Derecho corresponda, sin que, la ausencia de resolución sobre el fondo del asunto con argumentos válidos y suficientes sea considerado un menoscabo al principios de tutela judicial efectiva conforme lo ha señalado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 143313EP/19.

7. Análisis del recurso de casación

CASO CUARTO.- 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 CONDUCTO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN O A LA NO APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO EN LA SENTENCIA O AUTO

¹ Se encuentra a foja 10 del expediente de casación.

7.1.- El legitimado activo determina que la sentencia es titular del yerro de falta de aplicación del artículo 208 del COGEP (conforme auto de admisión) como precepto de valoración probatoria no aplicado, que a su vez ha provocado la falta de aplicación de los artículos. 6, 12, 13, 18 letra c) y 50 de la Ley de Propiedad Intelectual.

7.2.- Sobre esta causal de casación, la Doctrina la identifica bajo la categoría de “violación indirecta”², o “yerros facti in iudicando de derecho o error de derecho al juzgar los hechos”³. De este modo, esta causal se encuentra dirigida a sancionar y corregir las infracciones de normas jurídicas expresas, atinentes al establecimiento y valoración de pruebas. Conforme la afirmación del recurrente es imprescindible para esta Sala determinar que el vicio de falta de aplicación, ha sido definido como aquella infracción normativa, mediante la cual se desconocen de manera franca las propiedades de un enunciado jurídico, esto es, su vigencia, validez y eficacia, en este caso de una norma jurídica respecto de la valoración de la prueba, particular que será debidamente analizado.

7.3.- Comprendido aquello, los yerros estudiados en abstracto afectarían a la premisa menor del razonamiento jurídico, en la medida de que entorpecen o vician el establecimiento de las premisas fácticas que servirán de base para el caso en concreto, como consecuencia, el erróneo establecimiento de las premisas fácticas a su vez producirá una “falsa aplicación de la norma jurídica aplicada al caso y una falta de aplicación de la norma que debió aplicarse, en el caso que los hechos hubiesen sido establecidos de manera correcta”⁴; lo que en última ratio equivaldrá a una violación indirecta de la norma.

7.4.- Ahora bien, remitiéndonos a la normativa interna, el Código Orgánico General de Procesos en lo que refiere a la valoración probatoria comprendida como “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”, sujeta también a las reglas de la sana crítica en su generalidad relacionadas con “la unión de la lógica y de la experiencia”⁵.

(sic)7.6.- En virtud de aquello, esta Sala señala que la valoración probatoria configura un proceso intelectual e inferencial en donde a partir de un elemento (prueba) se fija una premisa fáctica (hecho) con el fin de dar certeza a la autoridad judicial sobre aquel, sin embargo, como previamente se analizó, en este proceso inferencial deben tener cabida tanto el razonamiento lógico como la experiencia. Ahora bien, es prudente también esclarecer que bajo el estándar de sana crítica, la noción de experiencia no refiere a los juicios subjetivos que el operador de justicia, como persona física individual, haya adquirido y memorizado durante su vida particular; al contrario, esta noción se encuentra relacionada con la de “máximas de experiencia”, esto es, proposiciones o “razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida”⁶, que permiten “legitimar el paso entre un dato (que proviene de un medio de prueba) y una conclusión (o enunciado fáctico a probar) al cumplir el rol de garantía en un argumento sobre hechos”⁷.

7.7.- Avanzando en el análisis, esta Sala identifica que el eje central de la argumentación del recurrente gira en torno a la falta de aplicación de un precepto jurídico específico en relación a la valoración de la prueba, a saber:

7.7.1.- El artículo 208 del Código Orgánico General de Procesos, ordena:

Art. 208. Alcance probatorio. El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.

7.7.3.- Este enunciado normativo en su contenido es un precepto relativo al procedimiento

² Santiago Andrade Ubidia, La Casación en Ecuador, (Quito, Andrade&Asociados Fondo Editorial, 2005), Página 150.

³ Hugo Bello Tabares, La casación civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional, (Venezuela, Ediciones Paredes, 2010), pág. 654 y 656.

⁴ Ídem, pág. 654.

⁵ Íbidem.

⁶ Héctor Oberg, Máximas de experiencia, Revista Actualidad Jurídica. (Universidad del Desarrollo, 2004), pág. 169.

⁷ Alan Limardo, Repensando las máximas de experiencia. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021), pág. 130.

intelectual de valorar la prueba, en esa medida esta Sala identifica que tiene 4 reglas: a) “[E]l instrumento público hace fe contra terceros de las declaraciones que en él hagan el servidor o servidora pública que los autoriza”⁸; así como de su fecha y otorgamiento; b) El instrumento público no hace fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los declarantes; c) “[L]as declaraciones efectuadas por las y los declarantes en instrumentos públicos hacen fe en su contra”⁹; y, d) Hacen prueba las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento público, con respecto a otorgantes; y, a quienes se transfieren las obligaciones y descargos.

7.7.4.- Sobre todo este completo conjunto de reglas jurídicas prescritas en el artículo 208 del COGEP, el recurrente señala que: “ Por otro lado, el Acta Notarial [...] a la que si le dan valor probatorio, únicamente podía ser valorada en cuanto a la fecha de otorgamiento, fecha y declaración del funcionario que la firma, más no sobre las veracidad de la declaraciones contenidas en ellas”.

7.7.5.- Así mismo el casacionista señala que “[e]l Tribunal inaplicó las normas procesales sobre los medios de prueba aportados por las partes, esta ausencia de valoración de los medios probatorios, le lleva a una conclusión errada, lo que se pone de manifiesto en el VOTO SALVADO de uno de sus miembros”¹⁰

7.7.6.- Conforme esta argumentación, la Sala identifica que el casacionista señala como falta de aplicación la regla identificada en la letra b) que se ha descrito en el párrafo 7.7.3., de esta sentencia, por otro lado, para esta Sala también se aprecia de la argumentación del casacionista que se refiere a la trascendencia del cargo, al afirmar que:

La participación de la obra en el Festival OTI, del cual se encuentra el Acta Notarial [...] no se considera obra publicada y no puede ser considerada como prueba plena de que había un solo autor, [...] el texto del Acta Notarial que el órgano de la administración de justicia ha mencionado como prueba única para reconocer la autoría única

de la obra en disputa al confirmar el acto administrativo impugnado [...]

Recuerden, señores Jueces Nacionales, que los Notarios dan fe de lo que ven u oyen, pero no podía la Notaria determinar quién era el autor o compositor de la obra presentada en la fase de preselección, pues su creación obviamente es anterior, lo mismo ocurre con los videos, notas de prensa, internet, pues lo únicos que pueden precisar cómo ocurrió todo el proceso creativo que dio como resultado la canción, son los autores y así lo hicieron al firmar el contrato para divulgar su obra, por tanto esta prueba es inconducente para llevar a la verdad, acorde a lo fijado en el objeto de la controversia, por imprecisa¹¹.

La Trascendencia de este aspecto es esencial, porque en el proceso judicial NO SE DISCUTEN LOS DERECHOS DE LUIS PADILLA GUEVARA COMO AUTOR DE LA LETRA, sino que promueve que se RECONOZCA, como debe ser LA AUTORIA DE GUSTAVO PACHECO, en su calidad de COMPOSITOR de la música¹².

7.7.7.- Comprendido aquello, es importante trasladarnos al estudio del “acto jurisdiccional recurrido”¹³, en esa medida, esta Sala observa que el TDCAGuayaquil tiene la siguiente estructura argumental de razonamiento probatorio:

7.7.8.- *Quaestio facti*:

En el caso *sub judice*, tenemos una primera instancia, el señor LUIS PADILLA GUEVARA realiza la petición, al entonces IEPI, de TUTELA ADMINISTRATIVA DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, por cuanto el domingo 18 de enero del 2009, en un programa de televisión, se presentó al señor GUSTAVO PACHECO CUCALON, como el compositor de la obra musical LA PINTA LA NIÑA Y LA SANTA MARIA, de acuerdo a su curriculum vitae.

7.7.9.- *Quaestio Iuris*:

⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 832-20-JP/21”, en Caso No. 832-20-JP, emitida en fecha 21 de diciembre de 2021. Párrafo 54.

⁹ Ibídem. Párrafo 61.

¹⁰ Constante en foja 11 vuelta del expediente de casación.

¹¹ Expediente jurisdiccional 586 vuelta y 587 del expediente jurisdiccional.

¹² Expediente de casación que obra a foja 10 y vuelta.

¹³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 952-16-EP/21”, en Caso No. 952-16-EP, emitido en fecha 16 de junio de 2021.

Derecho que conforme lo hemos explicado y desarrollado, se encuentra establecido en la norma como un derecho moral, reivindicándose en primera instancia la paternidad de la obra a su autor LUIS PADILLA GUEVARA. Sin embargo de aquello existe un recurso de revisión presentado por el accionante, sustentado en la suscripción de un contrato, constante de fojas 39 a 41 de los autos.

Respecto de dicho documento es preciso retomar las palabras del Tribunal Andino de Justicia, cuando determina que las características de los derechos morales como inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciabiles.

Además de señalar que los derechos morales no son limitados en el tiempo, manifestando que incluso a la muerte del autor no se extingue el derecho, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra, tomado del segundo párrafo del artículo 11 de la Decisión 351, recalando que de acuerdo con la naturaleza inalienable de los derechos de autor, implica que aún efectuada la cesión de los derechos patrimoniales, el creador de la obra seguirá teniendo su derecho de reivindicar la paternidad de la misma.

7.7.10.- Inferencia probatoria:

Aunque exista un contrato suscrito por los señores PADILLA Y PACHECO en el que conste que son COAUTORES, el derecho de paternidad que tiene el autor de la obra originaria, puede reclamarla en cualquier momento, y es precisamente en la resolución que atiende este recurso en donde se establece que el señor LUIS PADILLA GUEVARA es el autor de la obra, y señala como arreglista al señor PACHECO.

7.7.11.- Razones de la inferencia:

Aquello además se confirma con el Acta Notarial, constante de fojas 41 a 42 de los

autos, de fecha 3 de agosto de 1985, documento suscrito antes del contrato analizado, cuya parte pertinente señala: ... La séptima canción denominada LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARIA, compuesta por LUIS PADILLA, fue interpretada por JESUS FICHAMBA.

7.8.- Bajo ese contexto, esta Sala puede identificar que la razón principal de la inferencia probatoria está circunscrita a señalar que el Acta Notarial confirma el contenido del acto administrativo, haciendo entonces que este medio probatorio sea la fuente principal para llegar a la inferencia, pues a decir del TDCAGuayaquil de esta manera se confirmaría que Luis Padilla es el autor de la obra LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA.

7.9.- Ahora bien, conforme las reglas fijadas en el párrafo 7.7., esta Sala estima necesario potencializar su argumentación determinando que “el establecimiento de la premisa fáctica en el silogismo judicial está ligado al afianzamiento del Estado constitucional [...]”, en esa medida las inferencias probatorias en relación con la valoración de la prueba deben estar basadas en razones válidas y suficientes respetuosas de las reglas de la regulación jurídica de la prueba, por ello, esta Sala considera necesario determinar si el medio probatorio valorado por el Tribunal *A quo* tiene la fuerza suficiente para comprobar su inferencia probatoria que juega un rol de garantía, así se considera lo siguiente:

7.9.1.- Existe un Acta Notarial de fecha 3 de agosto de 1998.

7.9.2.- Este instrumento notarial no es suscrito conjuntamente por Luis Padilla y el legitimado activo Gustavo Pacheco Cucalon.

7.9.3.- En este instrumento se determina que “la séptima canción denominada LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA, compuesta por LUIS PADILLA, fue interpretada por Jesús Fichamba”¹⁴

7.9.4.- Las reglas de valoración probatoria (que condicionan la potencia tanto del respaldo como la garantía¹⁵) contenidas en el artículo 208 del COGEP imponen que al estar frente a un instrumento

¹⁴ Documento que obra a foja 112 del expediente jurisdiccional.

¹⁵ “[...] la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión [como definiciones o teorías]; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía”. Alí Lozada y Catherine Ricaurte, “Manual de Argumentación Constitucional: propuesta de un método”, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015), página 76.

público, especialmente en el caso *sub judice*: a) “[E]l instrumento público hace fe contra terceros de las declaraciones que en él hagan el servidor o servidora pública que los autoriza”¹⁶, así como de su fecha y otorgamiento; y, que: b) El instrumento público no hace fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los declarantes.

7.9.5.- Considerando aquello, lo que las/os declarantes (intervinientes-participantes-sujetos) realicen en relación con el acto que está dando fe el Notario, no puede ser considerado como una *verdad por correspondencia*¹⁷ por existir una regla clara en el sistema jurídico, en esa medida, al señalar la sentencia que el medio de prueba Acta Notarial constante a fojas 112 y 113 del expediente confirma lo determinado en el acto administrativo impugnado, esto es, que Luis Padilla sería autor de la obra La Pinta, La Niña y La Santa María, valora como verdad las declaraciones que habrían realizado los participantes de lo que está dando fe el Notario, en esa medida, aquella inferencia al inobservar directamente lo descrito anteriormente (párrafo 7.9.4.) carece en absoluto de una garantía y respaldo.

7.9.6.- Ahora bien, comprendiendo estas circunstancias deontológicas este Tribunal verifica que al no aplicar el TDCA-Guayaquil las reglas contenidas en el artículo 208 del COGEP en relación al alcance probatorio de un instrumento público, faltan razones suficientes que cumplan el rol de garantía y respaldo que le permita al Tribunal *A quo* inferir válidamente que el Acta Notarial referida describe la realidad de la obra o que confirma lo determinado en el acto administrativo impugnado, esto es, que “la autoría de parte del señor LUIS PADILLA GUEVARA de la letra y partitura de la obra musical LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARIA; como la autoría del derecho de autor derivado en base al mérito de los arreglos musicales de la misma obra, por parte del señor GUSTAVO PACHECO CUCALON”

7.10.- Bajo esos contextos, esta Sala concluye que el Tribunal *A quo* no aplicó en la sentencia recurrida para generar su inferencia probatoria el artículo 208 del COGEP, siendo preciso entonces determinar

que al argumentarse la falta de aplicación de preceptos relativos a la valoración de la prueba, se identifica que la violación indirecta de norma sustantiva, para tal efecto el recurrente si señala claramente que se ha provocado la falta de aplicación de los artículos 6, 12, 13, 18 letra c) y 50 de la Ley de Propiedad Intelectual, estas normas jurídicas prescriben:

Art. 6. El derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con:

- a) La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que esté incorporada la obra;
- b) Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra; y,
- c) Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos por la ley.

Art. 12.- Se presume autor o titular de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, sigla o cualquier otro signo que lo identifique aparezca indicado en la obra.

Art. 13. En la obra en colaboración divisible, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de que es autor, salvo pacto en contrario.

En la obra en colaboración indivisible, los derechos pertenecen en común y proindiviso, a los coautores, a menos que se hubiere acordado otra cosa.

Art. 18. Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor:

(sic) c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, a quien se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los literales a) y c)

¹⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 832-20-JP/21”, en caso No. 832-20-JP, emitida el 21 de diciembre de 2021. Párrafo 54.

¹⁷ “[...] dice la verdad quien dice cuál es el estado de las cosas, si afirmo Berenice disparó a Eugenio este enunciado será verdad si ese hecho ocurrió realmente, caso contrario será falso. Éste, que es el modo en el que de manera correcta e intuitiva solemos usar los términos verdad y falsedad, respectivamente, también es el concepto de verdad que se asume en el proceso judicial”. Catherine Ricaurte, “La prueba a la luz de la argumentación jurídica”, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 46 (2023): 367-383. Página 371.

corresponderá, sin límite de tiempo, a sus causahabientes.

Los causahabientes podrán ejercer el derecho establecido en el literal b), durante un plazo de setenta años desde la muerte del autor

Art. 50. Contrato de edición es aquel por el cual el autor o sus derechohabientes ceden a otra persona llamada editor el derecho de publicar y distribuir la obra por su propia cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas.

7.11.- Sin duda para esta Sala al no existir un respaldo y garantía de la inferencia probatoria, se ve comprometida también la *verdad por correspondencia* (ver párrafo 7.9.5.) afirmada, particular que de manera indirecta conlleva a la violación de norma sustantiva, pues se tratan precisamente de las razones normativas esenciales para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

7.12.- Verificado que ha sido el yerro en la que incurre la sentencia, esta Sala de la Corte Nacional de Justicia casa la sentencia venida en grado; y, por lo tanto conforme lo prescribe el artículo 273 numeral 2 del COGEP, procede a emitir una sentencia de mérito.

8. DECISIÓN DE MÉRITO:

8.1.- La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. – Con el objetivo de no ser reiterativo ni extenso en la decisión, esta Sala estima pertinente considerar la motivación *per relationem*“ por remisión”¹⁸ en relación exclusivamente a este punto, para tal efecto, se hacen nuestras todo lo descrito en el considerando CUARTO de la sentencia.

8.2.- La decisión sobre las excepciones previas y validez del proceso. De la misma manera, esta Sala hace suyo el considerando SEXTO de la sentencia recurrida, considerando claro está que a fojas 481 485 se encuentra la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para resolver este proceso judicial.

8.3.- Objeto de la controversia.- Atento al debido proceso, este punto de la sentencia se ha fijado en el momento procesal oportuno, por lo que se copia textualmente el considerando SEXTO de la decisión recurrida, así el objeto de la controversia será: *Analizar y determinar si procede o no declarar la nulidad de la Resolución no. 057-2017-CPI-IS*

del 7 de marzo del 2017, expedido por la Primera Sala del Comité de Propiedad Intelectual que acepta el recurso de reposición con el cual revoca la Resolución No. 318-2016-CPI-IS del 13 de mayo del 2015, dictada dentro del expediente de tutela administrativa NO.625-09KG y que se reconozcan los derechos del accionante como coautor de la obra musical “LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”, sin apartarse de aquel, esta Sala reitera que conforme lo prescriben los artículos 300 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; y, artículo 212 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, la jurisdicción contenciosa administrativa tiene el deber jurídico de realizar el control de legalidad de la actividad de la administración pública.

8.4.- Ahora bien, es importante para esta Sala se formule un conjunto de problemas jurídicos relacionados principalmente con el objeto de la controversia, que servirá para tomar una decisión de fondo, en esa medida señalamos:

8.4.1.- *¿Ante qué tipo de procedimiento administrativo nos encontramos, que tuvo como conclusión la emisión del acto administrativo impugnado?*

8.4.2.- El procedimiento administrativo desde la esfera de garantía debe ser comprendida como un complejo conjunto coherente de actividades que se encuentran reguladas por normas tipo reglas y principios que permiten la emisión de actividad administrativa obligatoria para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (ejercicio de la función administrativa), dentro de este complejo existen diferentes garantías mínimas y reglas claras (juridicidad y legalidad objetiva) para evitar arbitrariedad de la administración pública, que por supuesto está limitada y vinculada por los derechos (efecto irradiación), en esa línea, el procedimiento administrativo por regla general será previo, obligatorio, riguroso; garantista e irradiado de principios como los de juridicidad, debido procedimiento administrativo, tutela administrativa, igualdad, impulso oficioso, oficialidad, interés público, economía procesal, celeridad, eficacia, eficiencia, interdicción de la arbitrariedad, ética y probidad, control, seguridad jurídica, racionalidad, colaboración, entre otros.

8.4.3.- Identificando que el procedimiento es propiamente dialéctico en su esencia,

¹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 1158-17-EP/21”, en Caso No. 1158-17-EP, emitido en fecha 20 de octubre de 2021, párrafo 63

es adecuado determinar que aquel se relaciona con “la producción de actos administrativos, así como con la atención de peticiones, reclamaciones o recursos incoados”¹⁹ por ciudadanas/os. Estos procedimientos pueden ser clasificados bajo diferentes esferas, sin embargo, para el caso *sub judice*, lo haremos en relación a su finalidad específica, así tendremos procedimientos constitutivos, declarativos, ejecutivos y de simple ejecución, para el caso en análisis, la clase de procedimiento se trata de un constitutivo y declarativo, pues se orienta a la elaboración de una decisión administrativa que tiende a generar el efecto jurídico o modifique el estatus jurídico de su destinatario/a (sanción o imposición de obligación); y, acrediten una situación jurídica preexistente (paternidad).

8.4.4.- Sin embargo de ello, existen procedimientos administrativos particulares en relación con el ejercicio del *ius puniendi* o la facultad de sancionar por parte del Estado en donde el ordenamiento jurídico y sus actividades son compactados e irradiados de los principios y derechos algunos como los de inocencia, *non bis in idem*, legalidad, derecho a ser informado del inicio del procedimiento, juridicidad, regularidad, proporcionalidad, responsabilidad, igualdad, prohibición de discriminación y otros.

8.4.5.- En el caso que nos corresponde resolver, el ciudadano Luis Padilla Guevara por sus propios derechos, presenta una “petición de TUTELA ADMINISTRATIVA”²⁰, ya que, ha “sido perjudicado gravemente al violarse unos de [sus] derechos que [posee] como autor y titular de la obra ‘La Pinta, la Niña, la Santa María’: el derecho de paternidad sobre una obra”²¹. El contenido concreto de esta petición es que: a) Se sancione la violación de los derechos de propiedad intelectual conforme lo prescribe el artículo 334 de la Ley de Propiedad Intelectual, es decir, la aplicación de la “pena administrativa que la ley establece por la violación de los derechos de propiedad intelectual”²²; y, b) Ratificar la autoría de Luis Padilla en letra y música sobre la obra “LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”.

8.4.6.- Conocido aquello, el procedimiento administrativo en comento es de aquellos declarativos pero particulares, pues, conforme lo prescriben los artículos 332, 333 y 334 letra c) de la Ley de Propiedad Intelectual, la Acción de Tutela de los Derechos de Propiedad Intelectual lo que determinará en el destinatario del acto administrativo es su responsabilidad sobre la violación de los derechos de propiedad intelectual; y, como consecuencia (prevención especial) sancionará dicha conducta conforme lo prescribe el artículo 339 *ibídem*.

8.4.7.- Esta delimitación es de trascendental importancia, pues no nos encontramos ante un procedimiento administrativo común, sino que el Estado se encuentra desde el inicio de las actividades ante el ejercicio del *ius puniendi*, configurándose entonces en el tipo de procedimiento denominado como procedimiento administrativo sancionador de cuyo resultado se podría imponer (agotado el debido procedimiento) una sanción (prevención especial) entendida como un gravamen o carga, para tal efecto, la administración debe realizar sus actividades y el procedimiento de manera objetiva, imparcial e independiente, verificando entonces si aquella conducta se adecua a los elementos propios del tipo administrativo (elemento objetivo, verbo rector, elemento descriptivo y normativo) para determinar una responsabilidad; y, en caso de que no reúna uno de los elementos del tipo administrativo la administración activa no tiene la legitimidad para sancionar al ciudadano, pues rompería el principio de tipicidad y reserva de ley.

8.4.8.- Dentro de este tipo de procedimiento especial y particular el derecho al debido proceso en la garantía (mínima) de la presunción de inocencia debe ser considerada como categoría transversal de protección y límite al poder punitivo del Estado ante toda actividad, implicando aquello tanto una regla de tratamiento en el procedimiento como una regla de juicio²³, que se enuncian de la siguiente manera: a) El ciudadano/a será tratado y considerado como inocente durante todo el procedimiento administrativo; b) La carga de la prueba

¹⁹ Álvaro Mejía, “Los Medios de Impugnación ante el Proceso y el Procedimiento Contemporáneo”, (Quito, Ediciones Legales, 2013), 79.

²⁰ Véase foja 73 del expediente jurisdiccional.

²¹ Véase foja 74 del expediente jurisdiccional.

²² María Paula Romo & Santiago Guarderas Izquierdo, “Tutela administrativa en la Ley de Propiedad Intelectual”, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), página 45.

²³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-19-CN/20”, en caso No. 14-19-CN, emitida el 12 de agosto de 2020. Párrafo 17.

para enervar la inocencia (más allá de toda duda razonable) le corresponde a la administración pública (artículo 202 ERJAFE).

8.4.9.- Determinando estas observaciones de ámbito técnico para continuar con el análisis, es necesario delimitar que el acto administrativo impugnado es consecuencia del recurso de reposición presentado sobre el acto administrativo producto del recurso extraordinario de revisión del procedimiento de tutela administrativa de derechos de propiedad intelectual, mediante el cual en esencia **a)** Reivindica el derecho moral de paternidad del señor Luis Padilla Guevara respecto de la obra LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA; y, **b)** “Prohíbe al señor Gustavo Pacheco Cucalón proclamarse como autor de la obra LA PINTA LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA, toda vez en virtud del arreglo musical, le corresponde la calidad de autor de la obra derivada”²⁴

8.4.10.- Esto implica por supuesto, que el ejercicio de la función administrativa (*ius puniendi*) del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual cuenta con un procedimiento administrativo claramente determinado en el ordenamiento jurídico; y, que, aquel complejo conjunto coherente de actos, en el caso *sub judice* terminó con la emisión de un acto administrativo que asignó la obligación de no hacer (prohibir) al señor Gustavo Pacheco Cucalón.

8.5.- ¿Qué tipo de derecho presuntamente se habría violentado por la conducta del señor Gustavo Pacheco Cucalón?

8.5.1.- El ciudadano Luis Padilla Guevara determina en su petición de tutela administrativa de derechos de autor que el derecho que se le habría violentado es el “derecho de paternidad sobre una obra”²⁵ musical “La Pinta, la Niña y la Santa María”.

8.5.2.- Para comprender este derecho la Sala estima necesario señalar lo siguiente:

8.5.2.1.- El objeto de protección del derecho de autor es una obra en su categoría general, sin que “dependa del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostra-

tivos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor”²⁶.

8.5.2.2.- “El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas [...] según el género al cuál pertenezcan”²⁷.

8.5.2.3.- “El derecho de autor empieza la protección en cuanto una obra pasa del mundo de las ideas a la materialización, es decir, su incorporación o fijación”²⁸ no necesariamente en soporte físico.

8.5.2.4.- El derecho de autor protege todo tipo de obras intelectuales que cumplan con los anteriores presupuestos, dentro de las que se encuentran las obras musicales que “proviene de la disposición de sonidos y ruidos provenientes de las personas, de los objetos o instrumentos y de la naturaleza, los que han sido reunidos constituyendo una melodía, con armonía y ritmo, separada o conjuntamente y, a veces, con letra [...]”²⁹.

8.5.3.- Ahora, sobre esta obra (para el caso *sub judice*) musical existe un o muchos autor/es, esto es, la persona (s) natural (es) que realiza (n) la creación intelectual, correspondiendo entonces a aquella (s) la titularidad originaria, cuyo “título justificativo del derecho [...] reside únicamente en la persona natural de su creador o creadores”³⁰.

8.5.4.- Los derechos del autor tienen un contenido o estructura que ha evolucionado y por supuesto ha estado sujeto a grandes debates teóricos, sin embargo, con estabilidad autoritativa se ha reconocido “dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales”³¹, significando aquello que los derechos de autor “[e]stá [n] integrado [s] por facultades [derechos] exclusivas que conforman el contenido de la materia: las personales [...] permiten la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y las pecuniarias [...] posibilita que el autor efectúe la explotación económica de su obra o [...] que autorice a otros realizarla y participe en ella”³².

²⁴ Foja 26 del expediente jurisdiccional.

²⁵ Véase foja 74 del expediente jurisdiccional.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación Prejudicial Proceso 47-IP-2017”, párrafo 1.7.

²⁷ Delia Lipszyc, “Derechos de Autor y Derechos Conexos”, (Buenos Aires, Editorial Unesco, 1993) página 62.

²⁸ José Luis Barzallo, “La Propiedad Intelectual en internet” (Quito, Ediciones Legales, 2006), página 157.

²⁹ Mabel Goldstein, “Derechos de autor y sociedad de la información”, (Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2005)

³⁰ Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, “La Carta del Derecho de Autor”, (Hamburgo, 1956), artículo 6.

³¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación Prejudicial Proceso 02-IP-2018”, 26 de febrero de 2019. Párrafo 1.2.

³² Delia Lipszyc, *ibídem*, página 152.

8.5.5.- A las personales se les ha identificado como derechos morales³³, en tanto que a las pecuniarias patrimoniales, ambos con marcadas diferencias. Los derechos morales tienen las características de “inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables”³⁴, sin embargo, aquel derecho no es “en modo alguno, un derecho absoluto o discrecional”³⁵. Continuando el estudio, este derecho tiene un conjunto de facultades que la integran (reducidas a dos por interpretación autoritativa), a saber: **a) Positivas**³⁶: todas las acciones que el titular del derecho de autor pueda hacer con su obra, como la facultad de divulgar la obra, modificar, destruir, proclamar la paternidad de la obra y derecho de retirarla; y, **b) Negativas**³⁷ (defensa): todas aquellas tendientes a la defensa de la paternidad de la obra y el derecho a la integridad de la obra, entre otras³⁸.

8.5.6.- En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta identificación no ha sido desapercibida, tanto el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones (Interpretación Prejudicial No. 14-IP-2016), cuanto la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (artículos 11 – 16), así como la Ley de Propiedad Intelectual (artículos 18 – 27) han reconocido derechos morales y patrimoniales a los autores de obras intelectuales.

8.6.7.- Profundizando el estudio, dentro del conjunto de derechos morales que “protegen la correlación autor obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con la obra”³⁹, se encuentra el *de reivindicar la paternidad de la obra* que se vincula estrechamente con el *derecho de paternidad* comprendido como “el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra”⁴⁰, sin embargo, aquel no se agota exclusivamente con aquel esfera, sino que puede tener un conjunto de matices como en el caso de seudónimos

o simples anonimatos, en esa medida el derecho de paternidad será una “potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre”⁴¹ o no. Sobre este aspecto nos detendremos en este momento, por dos razones esenciales a saber: las manifestaciones del derecho de paternidad pueden tener: a) *Una vertiente positiva (garantía primaria)*: “la mención del nombre, firma o signo del autor sobre cada ejemplar de la obra o anunciado en cada representación [...]”⁴², así como el reconocimiento de la condición de autor frente al auditorio; y, b) *Una vertiente negativa (garantía primaria)* que “[c]onsiste en el derecho a no revelar la identidad del autor y ocultar la misma bajo anónimo o seudónimo, sin importar los motivos por los que el autor opte por una opción u otra”⁴³.

8.6.8.- En esa medida, en la *vertiente objetiva*, cuando no se cumple con la garantía primaria (derecho), nace la *garantía secundaria* (reivindicación) del autor o causahabientes (perpetuo) para exigir entonces que se reconozca por parte de la autoridad la condición de creador de la obra – autor.

8.6.9.- Ahora bien, delimitada la condición deontológica de este derecho desde su doble dimensión como derecho propiamente – garantía primaria; y, como reivindicación o garantía secundaria, así como las dos vertientes en las manifestaciones del *derecho de paternidad*, para esta Sala es importante identificar la conducta que presuntamente habría vulnerado el derecho de paternidad de la obra para el ejercicio de las potestades negativas de defensa – reivindicación por parte del señor Luis Padilla, así se considera:

8.6.9.1.- El ciudadano Luis Padilla se identifica como autor (y compositor de letra y música)

³³ En lo que respecta a los derechos morales de autor, su origen deviene como resultado del acto de creación de la obra en sí misma, para lo cual no es necesario el reconocimiento de ninguna autoridad administrativa. Ellos tienen como finalidad proteger los intereses intelectuales del autor, por lo que el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o [de] mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de [su] paternidad (...), de exigir [el] respeto a [su] integridad (...) y de retractarse o arrepentirse de su contenido. Como se observa se trata de derechos extrapatrimoniales, inalienables, intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles y perpetuos”. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-069/19”, emitida en fecha 20 de febrero de 2019.

³⁴ Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, “Proceso 02-IP-2018”, emitida el 26 de febrero de 2019. párrafo 1.3.

³⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez, “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, (Madrid, Tecnos, 1997), página 221.

³⁶ Demandan la toma de decisión.

³⁷ Se traducen en el derecho de impedir o en una simple abstención por parte de los sujetos pasivos.

³⁸ Véase TCAN, Proceso 02-IP-2018, párrafo 1.5.

³⁹ Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, “Proceso 215-IP-2018”, emitido en fecha 29 de marzo de 2019. Párrafo 2.2.

⁴⁰ Delia Lipszyc, Op. Cit. Página 165.

⁴¹ Guillermo Ledesma, “Derecho Penal Intelectual”, (Argentina, Editorial Universidad, 1992), página 113.

⁴² Pascual Martínez Espin, Op. Cit. p. 225.

⁴³ Ibídem, página 226.

y titular de los derechos que recaen sobre la obra “La Pinta, La Niña y La Santa María”.

8.6.9.2.- El domingo 18 de enero de 2009 en el *reality* de televisión de Gama TV que se transmitió en horario de 22h30 a 24h00, titulado, Buscando una Nueva Kandela, se presentó al jurado calificador de las concursantes, entre ellos el señor Gustavo Pacheco Cucalón, quien al mencionar su *curriculum* fue mencionado por la presentadora como el compositor de la obra musical La Pinta, La Niña y la Santa María, aseveración que fue confirmada en lenguaje en español por el referido señor Gustavo Pacheco ante las cámaras de televisión y transmitidos a nivel nacional⁴⁴.

8.6.10.- Bajo esos contextos, el derecho de paternidad que se trata de reivindicar del ciudadano Luis Padilla sería desde la vertiente objetiva, exigiendo se ratifique la autoría en letra y música sobre la obra “La Pinta, La Niña y La Santa María” inscrita el 24 de octubre de 1991, pues, la conducta vulneratoria de su derecho moral sería imputable al ciudadano Gustavo Pacheco presuntamente al identificarse públicamente como compositor de la obra musical La Pinta, La Niña y La Santa María, en las condiciones antes descritas.

8.7.- Comprendiendo estas situaciones de trascendental importancia, esta Sala al realizar el control de legalidad del acto administrativo impugnado conforme el principio de plena jurisdicción en tutela de los derechos y estima indispensable analizar uno de los *elementos de validez del acto administrativo* que es el *procedimiento*, para comprender si el acto administrativo fue producto o no de un complejo conjunto coherente de actos que cumplen una función administrativa, o el procedimiento administrativo se habría desnaturalizado, en esa medida responderemos a *dos preguntas* analizando el contenido del acto administrativo:

8.8. ¿Cómo la autoridad verificó la real existencia de violación del derecho moral de paternidad?

8.8.1.- Conforme se delimitó en el párrafo 8.6.7., el derecho moral de paternidad en su vertiente positiva genera una vinculación directa entre el autor y la obra como un proceso espiritual por su creación intelectual, para el caso sub judice estamos frente a una obra musical denominada “La Pinta, La Niña y La Santa María”, sobre esta obra no

existe duda de que cumple con los presupuestos y elementos necesarios para ser protegida por el derecho de autor y la Ley de Propiedad Intelectual, de hecho y jurídicamente por la mera creación es un objeto de protección constitucional y legal.

8.8.2.- Sin embargo, al comprender que es la autoría la que se está procurando reivindicarse, es necesario fijar un primer punto de partida en el análisis relacionado con los *elementos probatorios válidamente practicados en el procedimiento administrativo y jurisdiccional* para imputar la autoría de la obra musical; y, para luego del proceso técnico correspondiente asignar una responsabilidad conforme lo prescrito en el ordenamiento jurídico, en esa medida se considera:

8.8.2.1.- Acta de fecha 3 de agosto de 1985 suscrita por el Notario Décimo Tercero del cantón Guayaquil en donde se observa:

[...] localizados en el cerro del Carmen, se dio inicio a la correspondiente al Décimo Cuarto Festival OTI de la Canción Capítulo Ecuador, para seleccionar la canción que represente al Ecuador en el Festival Internacional de la Canción OTI mil novecientos ochenta y cinco [...] La séptima canción denominada LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA compuesta por LUIS PADILLA, fue interpretada por JESUS FICHAMBA [...] ⁴⁵.

8.8.2.2.- Partida de inscripción No. 005963 de fecha 24 de octubre de 1991, mediante el cual, se entrega el certificado de inscripción y de Derechos de Autor del Señor Padilla Guevara Luis “Autor de letra y música” ⁴⁶, en relación a la canción La Pinta, La Niña y La Santa María. Foja 238.

8.8.2.3.- Solicitud de inscripción en fecha 17 de octubre de 1991 de obras grabadas – discos suscritos por Luis Padilla Guevara, sobre La Pinta, La Niña y La Santa María, identificando como autor de la letra y música Luis Padilla Guevara e intérprete Jesús Fichamba, en donde se observa “Han sido impresos en diferentes sellos la cantidad de indeterminados ejemplares por FEDISCOS – HISPAVOX (Empresa Grabadora), Lugar de Edición Ecuador España” ⁴⁷.

8.8.2.4.- Certificación de fonograma con fecha de registro 29/10/1991, registro 005963,

⁴⁴ Relato constante a foja 76 del expediente jurisdiccional.

⁴⁵ Foja 112 – 113 del expediente jurisdiccional.

⁴⁶ Foja 159 del expediente jurisdiccional.

⁴⁷ Foja 300 del expediente jurisdiccional.

determinando como autor de música y letra LUIS ALBERTO PADILLA GUEVARA, obra, LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA⁴⁸.

8.8.2.5.- Oficio IEPI-2014-URDA-022-O de fecha 16 de abril de 2014 generada por el IEPI, en donde se lee:

En atención a su pedido, con fecha 11 de abril de 2014, e ingresado a la Unidad de Registro de la Dirección nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, el 15 del mismo mes y año, tengo a bien informar a Usted, que la canción LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA, fue inscrita en el Registro Nacional de Derechos de Autor, que funcionaba en el Ministerio de Educación, como un fonograma, bajo el número 005963, de fecha 29 de octubre de 1991, a nombre del Señor Luis Alberto Padilla Guevara, como autor y titular de la letra y música. El autor entregó para el registro fonograma grabado en un cassette (sic), más no la letra y partitura impresas⁴⁹.

8.8.2.6.- Contrato celebrado en fecha 27 de septiembre de 1985 entre José Gustavo Pacheco Cicalon; Luis Padilla Guevara; y, los apoderados de Ediciones Musicales HISPAVOX, S.A., Avelino Esparza Calvo y Da (sic) Carmen López Figueroa, en este contrato se lee lo siguiente: 1. Se les denomina como AUTOR a los señores Pacheco y Padilla, en tanto que EDITOR a HISPAVOX; 2. Conforme la cláusula primera se determina:

Que los Srs. Luis Padilla y Gustavo Pacheco son coautores de la letra y música de la obra titulada LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA asegurando AUTOR que la propiedad de la (s) citada (s) obras (s) no la (s) tiene afectada (s) a carga (s) ni responsabilidad de ninguna clase, consta en las estipulaciones: PRIMERA. AUTOR cede y transfiere a EDITOR, sus sucesores y derechohabientes el derecho exclusivo de autorizar ejecuciones y representaciones, editar, publicar y reproducir por cualquier procedimiento conocido o por conocer, de arreglar, traducir, adaptar y sincronizar, completas o en extracto, las obras objeto de este contrato, aso como conceder las

autorizaciones necesarias para el ejercicio por terceros de dichos derechos. Esta cesión se entiende hecha para los países siguientes: todo el mundo [...] El precio de esta cesión y transmisión de derechos de la obra referida es de veinticinco pesetas (sic), aunque EDITOR paga y AUTOR recibe en el momento de firmar este contrato, que sirve a toda clase de efectos como eficaz carta de pago. Autor renuncia así mismo en formar de EDITOR al derecho de colección que concede a los autores el artículo 32 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual. Segunda. – Editor pagará directamente al AUTOR [...], los siguientes porcentajes: IV. EDITOR [...] el 50 por 100 restante corresponderá al AUTOR, que se distribuye en la forma siguiente: SR. PADILLA 25% Sr. PACHECO 25%. CUARTA. Los derechos que lleguen a la SGAE por los conceptos de los apartados II y IV en su totalidad, es decir, al 100 por 100 procedentes de los países controlador por EDITOR, serán distribuidos al 50 por 100 entre éste y arreglador, y el 50 por 100 restante para autor. – QUINTA. – EDITOR se obliga a difundir las obras que se le vende y transmiten con ediciones impresas o grabaciones comerciales, realizadas en cualquier de los países señalados para la explotación de las mismas, debiendo ser presentadas al público dichas impresiones o grabaciones en el plazo máximo de un año [...] Así mismo, se compromete a hacer figurar el nombre del autor en cuantos ejemplares difunda y a solicitar igual constancia en el caso de discos fonográficos. Si EDITOR no lanzara las obras en el plazo marcado, quedará rescindido este contrato, no dando lugar a responsabilidad alguna por este motivo. Cláusula adicional. – El señor Pacheco, no debe figurar en etiquetas de discos ni ediciones impresas, por convenirlo así los autores.

Suscriben este contrato Sr. GUSTAVO PACHECO. SR. LUIS PADILLA GUEVARA; Y, EDICIONES MUSICALES HISPAVOX S.A.⁵⁰

⁴⁸ Foja 248 del expediente jurisdiccional.

⁴⁹ Foja 330 del expediente jurisdiccional.

⁵⁰ Foja 40 – 41; y, 325 del expediente jurisdiccional.

8.8.2.7.- Declaración de obra⁵¹ (realizada por Hispavox S.A.) de fecha 23 de enero de 1986 sobre la obra *La Pinta, La Niña y La Santa María*, en la Sociedad General de Autores de España (SGAE52), se lee: “derechohabientes: CA: PACHECO CUCALON JOSE GUSTAVO; CA: PADILLA GUEVARA, LUIS; E: ED, MUS HISPAVOX. I. FICHAMBA. Grabaciones: marcas y referencias HISPAVOX”⁵³, así mismo, se lee, “Registro General SGAE 24 de enero de 1986”⁵⁴. En relación a la explicación de las abreviaturas: profesión: “CA: compositor y autor del texto; E: editor; I. Intérprete”⁵⁵.

8.8.2.8 Declaración juramentada realizada ante el Notario Público Décimo Tercero del cantón Guayaquil el 15 de abril de 2012, por parte del señor Jesús Fichamba, en donde se lee:

[...] Ante la aseveración del ciudadano Gustavo Pacheco Cucalon de que el compositor, doctor Luis Padilla Guevara, habría suscrito y firmado un supuesto documento de coautoría con la Editorial Hispavox en Madrid, España, el veintisiete de septiembre de aquel año, debo declarar la imposibilidad de que aquello haya ocurrido, ya que el mencionado compositor no integró el grupo conformado por el arreglista Gustavo Pacheco, el manager ingeniero Pablo Salame y mi persona, que viajamos a grabar la histórica canción en un estudio de grabación de la capital de España [...] el compositor Padilla viajó con su familia a realizar una gira por Europa sin pasar por Madrid, por lo que físicamente no pudo haber suscrito documento alguno en dicha localidad. Reafirmo lo que ya he declarado en los medios de difusión ecuatorianos, de que el autor de la letra y la música de *LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA* es el compositor doctor Luis Padilla Guevara [...] ⁵⁶.

8.8.2.9.- Informe pericial de documentología, suscrito por el TLGO WILLIAN ESTÉVEZ TOSCANO, perito criminalístico de la ZONA 8, en cuyas conclusiones se lee:

LA FIRMA DUBITADA OBRANTE SOBRE EL TEXTO QUE SE LEE SR. LUIS PADILLA GUEVARA EXISTENTE EN EL CONTRATO DE FECHA MDRD A VEINTISIETE DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO ENTRE JOSE GUSTAVO PACHECO CUALON Y LUIS PADILLA GUEVARA Y EDICIONES MUSIVALES HISPAVOX S.A., DESCRITO EN EL ACÁPITE

2.1.1.1. DOCUMENTO DUBITADO GUARDA IDENTIDAD CALIGRÁFICA Y MORFOLÓGICA CON LAS FIRMAS INDUBITADAS DE LOS DOCUMENTOS OBRANTES TANTO EN LA FISCALÍA COMO EN LA DIRECCIÓN DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO EN LA DIRECCION NACIONAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN QUITO – ECUADOR, DETALLADOS EN EL ACÁPITE 2.2. DOCUMENTOS INDUBITADOS, POR LO TANTO PROVIENE DE LA MISMA PERSONALIDAD GRÁFICA.⁵⁷

8.8.2.10.- Confesión judicial rendida por el ciudadano LUIS ALBERTO PADILLA GUEVARA, en donde responde a un conjunto de preguntas, entre las que se encuentran las siguientes: “1. [...] Aproximadamente lo conocí al señor pacheco en el 1972 cuando grave (sic) una de mis primeras canciones, letra y música en la fábrica de discos ifesa; 3. Soy compositor; 4. No soy músico”⁵⁸; “5. Si conoce al Sr. José Gustavo Pacheco Cucalon como arreglista musical?”⁵⁹: “respuesta: como arreglista musical”⁶⁰; 6.- “Si conoce al Sr. José Gustavo Pacheco Cucalon

⁵¹ Foja 1-3; y, 246 del expediente jurisdiccional.

⁵² “Art. 5 Fines. 1.- Son fines de la Sociedad: a) El ejercicio y la administración de los derechos patrimoniales de autor. b) La promoción cultural de las obras para la revalorización y difusión del repertorio social. c) La defensa de los derechos morales y corporativos de sus miembros en los términos previstos en sus normas internas”. Estatutos De La Sociedad General De Autores Y Editores España.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Fojas 269-271 del expediente jurisdiccional.

⁵⁷ Fojas 336-346 del expediente jurisdiccional.

⁵⁸ Fojas 304-305 del expediente jurisdiccional.

⁵⁹ Foja 301 del expediente jurisdiccional

⁶⁰ Foja 304 del expediente jurisdiccional.

como músico?”⁶¹: “ R. Vuelvo y repito como músico lo conozco; 9. Jamás he convenido con el señor Pacheco en este tipo de acuerdo, vuelvo a repetir el señor no es coautor, simplemente se lo contrató como arreglista [...]”⁶²

8.8.2.11.- Múltiples recortes de periódico, diarios y revistas relacionado con publicaciones de la obra musical “ La Pinta, La Niña y La Santa María” , que constan de fojas 83100; y, 106107 del expediente jurisdiccional.

8.8.3.- Contando con todos estos medios probatorios la autoridad administrativa en su acto administrativo genera *inferencias probatorias* que se describen a continuación:

8.8.3.1.- “ Se presume que surgió una obra derivada susceptible de protección con todas las formalidades pertinentes”⁶³, ya que, el señor Luis Padilla “ *afirmó que se contrató al señor Pacheco en calidad de arreglista*”⁶⁴.

8.8.3.2.- Se ha demostrado de autos la autoría por parte del señor “ Luis Padilla de la letra y partitura de la obra musical LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”⁶⁵, como la “ autoría del derecho de autor derivado en base al mérito de los arreglos musicales de la misma obra por parte del señor GUSTAVO PACHECHO CUCALON”⁶⁶.

8.8.3.3.- “ En el caso sub examine, se ha puesto en evidencia la existencia de la obra musical: LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA de letra y partitura Luis Padilla Guevara y la transformación de la misma mediante arreglo musical de tal categoría que constituye obra derivada de la mencionada cuyo autor es Gustavo Pacheco”⁶⁷.

8.8.3.4.- Posterior a la identificación de estas inferencias particulares, la autoridad administrativa llega a la conclusión final de que:

En tal sentido, sin perjuicio de que la conducta presunta infractora del señor Gustavo Pacheco al haberse proclamado autor de la obra en cuestión, puede haberse atenuado en virtud de la dificultad de diferenciar la obra primigenia de la obra derivada, es inadmisibles que se confundan las calidades de autor de la letra y par-

titura con la calidad de autor de los arreglos de la obra en cuestión (obra derivada).

Por lo tanto, si bien no cabe imponer una multa al accionado en virtud de la señalada circunstancia atenuante, el mismo no debió asimilar su calidad de autor de obra derivada en calidad de arreglista de la obra en cuestión, con la de autor de la letra y partitura de la misma, toda vez que la conducta vulnera los derechos morales sobre la paternidad de la obra del accionante⁶⁸.

8.8.3.5.- Ahora bien, conforme se mencionó anteriormente el procedimiento administrativo *sub judice* cumple unos fines propios; y, se encuentra claramente determinado con normas previas (seguridad jurídica – juridicidad), empero de ello, para esta Sala resulta irracional y arbitrario que por parte de la administración activa, sin tener ningún tipo de razón válida y suficiente en la construcción de su voluntad; y, desnaturalizando absolutamente el procedimiento administrativo de reivindicación del derecho de paternidad, saltándose las reglas de la lógica de encadenamiento, al afirmar:

8.8.3.5.1.- Que se presume la existencia de una obra derivada. La LPI en sus artículos 8, 9 y 20; y, la Decisión 351 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena reconoce la obra derivada y la protege jurídicamente, sin embargo, en ningún enunciado normativo nacional e internacional, así como tampoco en la doctrina autorizada señalan que se puede “ presumir que surgió una obra derivada” , conforme lo ha considerado la autoridad administrativa, pues concorde se identificó anteriormente el objeto de protección del derecho de autor es una obra intelectual que cumpla unos presupuestos claramente determinados; y, para su tutela no requiere de formalismos ni ritualidades.

8.8.3.5.1.1.- Profundizando sobre el tema, es importante establecer que las obras derivadas para ser consideradas como tal, deben cumplir un conjunto de presupuestos, pues no toda transformación de la obra originaria implicará la existencia de una obra derivada. Estos presupuestos están marcados por:

a) *Aspecto subjetivo*: “teniendo en cuenta que en la

⁶¹ Foja 301 del expediente jurisdiccional.

⁶² Foja 304 del expediente jurisdiccional.

⁶³ Foja 24 del expediente jurisdiccional.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Foja 24 vuelta del expediente jurisdiccional.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Foja 25 vuelta del expediente jurisdiccional.

⁶⁸ *Ibidem*.

obra derivada cabe separar la aportación de dos autores al menos: el que realiza la transformación de la obra anterior y el creador de la primera”⁶⁹; b) *Perspectiva del objeto*: esta clase de obras “derivan, proceden o nacen de la transformación de otra obra preexistente”⁷⁰; c) *Autorización*: el autor de la obra derivada (en caso de no ser el mismo sujeto) necesita de “la autorización o consentimiento expresa del autor de la obra originaria”⁷¹ (artículos 8 literal l); y, 20 LPI) y, d) *Suficiente Originalidad*: que representa algún grado de creatividad (artículo 9 LPI). En la misma línea, considerando que nos encontramos ante una obra musical es preciso señalar que “no toda alteración de una obra musical determina la existencia de una transformación”⁷², empero, para el caso sub judice, la autoridad administrativa determinó que se “presume que surgido una obra derivada”⁷³; y, resolvió que existe un “arreglo musical”⁷⁴ que forma parte de las transformaciones típicas de las obras musicales.

8.8.3.5.1.2.- Ahora bien, en relación a la existencia de la obra derivada y sus presupuestos, el Tribunal de la Comunidad Andina en su interpretación prejudicial 125IP2016 señaló:

2.3. En efecto, una obra derivada es una obra que se basa en una obra preexistente. Implica una transformación de ésta y, por lo tanto, un cambio sin alterar sus elementos esenciales. Los elementos de una obra derivada son los siguientes:

- a) La existencia de una obra preexistente. Puede ser la obra original u otra obra derivada.
- b) Una transformación de la obra originaria en el sentido antes visto.
- c) Que sea original, de conformidad con el concepto delimitado líneas arriba. Se deben cumplir todos los requisitos para la protección por los derechos de autor; por lo tanto, si no se da la originalidad no es susceptible de protección. **Para determinar la originalidad en estos casos se debe hacer un análisis muy detallado; si los cambios no son**

lo suficientemente relevantes para diferenciar en su forma la obra supuestamente derivada de la preexistente, estaríamos frente a un caso de reproducción y no de una obra diferente.

d) Que la obra derivada **sea autorizada por el autor de la obra preexistente**, salvo que se encuentre en el dominio público. (Negrita fuera del texto)

8.8.3.5.1.3.- En cuanto a los arreglos musicales, como se mencionó al constituir una forma típica y específica de transformación de una obra musical, cuando la autoridad debe determinar su real existencia y por tanto asignar una autoría, se encuentra en el deber de valorar la originalidad de los arreglos musicales, pues, “para que un arreglo musical pueda considerarse una obra derivada debe suponer una aportación creativa que reúna suficiente originalidad. Esta originalidad puede afectar, respecto de la obra originaria al elemento melódico o a otros aspectos como los armónicos, rítmicos, de instrumentación, etc.”⁷⁵, sin embargo, para valorar el grado de originalidad y saber si las modificaciones son lo suficientemente relevantes (conforme lo determinado TCAN) no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano criterios claros y objetivos, sin embargo, las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales sirven oportunamente como referencia para determinar la real existencia de un arreglo musical, así los órganos judiciales estadounidenses han desarrollado el siguiente test:

- a) El test mecánico. La aplicación de este test conste en dilucidar si el arreglo musical era una transformación meramente técnica o mecánica y que, por consiguiente, cualquier músico experimentado podría realizar, en cuyo caso se concluía que tal arreglo carecía de originalidad necesaria para ser protegida como obra derivada. Dicho test fue aplicado en Estados Unidos, entre otros, en los pleitos Jollie vs Jacques, Cooper vs James [...]

⁶⁹ Raquel Román Pérez, “Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías”, (Madrid, Editorial Reus, 2003). Página 77.

⁷⁰ Rodrigo Bercovitz, Op. Cit. Página 198.

⁷¹ Ibídem. 199.

⁷² Héctor Ayllón Santiago, “El derecho de transformación de las obras del espíritu”, (Madrid, Editorial Reus, 2006). Página 212.

⁷³ Foja 24 del expediente jurisdiccional.

⁷⁴ Foja 26 del expediente jurisdiccional.

⁷⁵ España Tribunal Supremo, “Resolución No. 763/2012”, en el Recurso No. 1066/2010, emitida en fecha 18 de diciembre de 2012. Numeral 8.

b) Test de la sustancialidad. Dicho test fue adaptado para evitar una interpretación simplista o excesivamente centrada en elementos individuales de la obra modificada, olvidando el efecto global de la misma, así como para adaptarse a las nuevas tecnologías y modalidades de creación de las obras musicales. No obstante, el test de sustancialidad no reemplaza sino que constituye un complemento del anterior, de tal modo que el arreglo musical resultará protegido cuando, efectuada una comparación objetiva entre ambas obras (la originaria y el arreglo) el arreglo musical presente diferencias [relevantes] con la obra musical originaria, como sucedía en el pleito Wood vs Boosey [...].

c) Test del oyente medio. Con idéntica finalidad de coadyuvar a los criterios precedentes, se comenzó a utilizar el test del oyente medio, consistente en que fuera un oyente medio el que determinase si apreciaba características singulares o diferencias sustanciales, entre la obra originaria y el arreglo musical. Test evidentemente criticado.

d) Test de la prueba pericial. Finalmente los tribunales acudieron al criterio de los expertos peritos musicales para determinar si existía originalidad en los arreglos musicales por constituir una modificación sobre la obra musical originaria lo suficientemente sustancial como para apreciar notables diferencias entre ambos tipos de obras [...]⁷⁶

8.8.3.5.1.4.- Sin embargo de estas consideraciones normativas y doctrinarias, que le permiten de alguna forma a la autoridad administrativa tener criterios particulares para determinar la existencia de una obra derivada, en el acto administrativo impugnado ni en el expediente existe datos o información que permita concluir que exista un arreglo musical como una transformación típica de la obra musical “La Pinta, La Niña y la Santa María”, así como tampoco se identifica en ninguna parte del acto administrativo que existan cambios suficientemente relevantes al comparar la obra originaria y su obra derivada, es más no se hace notar ni formal ni materialmente la existencia de dos obras y el orden cronológico de creación, en esa medida, al no cumplir con estándares impuestos por el TCAN

para determinar la existencia de una obra derivada, cobran sentido un conjunto de dudas, a saber: ¿Qué diferencia existía entre la obra originaria LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA y su obra derivada?; ¿Qué grado de creatividad tiene la obra derivada o cuáles son sus elementos objetivos que permiten presuponer la existencia de una obra derivada?; ¿En qué momento se generó la obra originaria y la obra derivada, acaso la obra derivada es la inscrita en 1991?; ¿Cómo obtuvo el consentimiento expreso el autor de la obra derivada para crear aquella?; ¿Cuál es la obra derivada: la registrada en 1991?

8.8.3.5.1.5.- Estas dudas quedan sin respuesta, pues la inferencia a la que llega la autoridad administrativa no tiene un respaldo objetivo y claro que le permita sostener aquello (pese a no estar en el procedimiento administrativo que le permite concluir ello). Así mismo es de interés académico delimitar que independientemente de la transformación de la obra, hasta en el caso de arreglos musicales el aporte del autor debe ser creativo, pues “no están protegidos cuando la contribución es meramente técnica, como ocurre con las simples transposiciones y transcripciones”⁷⁷.

8.8.3.5.1.6.- Por otro lado, es necesario señalar que en el procedimiento de tutela administrativa de los derechos de propiedad intelectual, no se puede emitir un acto administrativo declarando la existencia de obras derivadas en su forma de arreglos musicales; y, peor aún determinar la autoría sobre aquella, pues, para tal fin existen mecanismos adecuados reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

8.8.3.5.2. Asignar la autoría de la “presunta” obra derivada al ciudadano Gustavo Pacheco Cucalon. – Conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, la reivindicación del derecho de paternidad se relacionaba con el objeto de protección-obra musical “LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”, e identificar si existe una conducta que *violenta el derecho de paternidad*, empero, la autoridad administrativa al emitir el acto administrativo impugnado se alejó de la finalidad del procedimiento administrativo, constituyendo situaciones jurídicas alejadas a lo determinado por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, rompiendo el principio – derecho a la

⁷⁶ Decisiones citadas en la obra: El derecho de transformación de las obras del espíritu. Op. Cit. Páginas 96 – 97.

⁷⁷ Ibídem 118.

seguridad jurídica en sus esferas de certeza y previsibilidad, esto se presenta, al momento de determinar que existe una obra derivada como arreglo; y, que su autor sería el señor Gustavo Pacheco.

8.8.3.5.2.1.- Sin embargo, es oportuno determinar que el beneficio de ser asignado/a como autor/a de una obra musical a una persona, merece que la autoridad cuente en el procedimiento con “pruebas razonablemente disponibles y suficientes [...] que permita cerciorarse con suficiente seguridad”⁷⁸ sobre la titularidad del derecho de autor determinado en la decisión, caso contrario no se estaría garantizando el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

8.8.3.5.3.- Afirmar que existen 2 obras, una primigenia y otra derivada que generaría una dificultad de diferenciar la obra. – Considerando que la afirmación inicial del demandante fue que es “compositor de la música de la obra LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”⁷⁹, la autoridad administrativa determina que aquella situación puede prestarse a confusiones, pues, el demandante (Gustavo Pacheco) únicamente sería autor de una presunta obra derivada en calidad de arreglista, en cambio, que el autor de letra y partitura de la obra originaria sería el ciudadano Luis Padilla, empero, conforme se determinó en los párrafos 8.8.3.5.1; y, sus diferentes sub numerales de esta sentencia, no se han cumplido con los estándares para identificar que exista una obra derivada, por ende tampoco existe un criterio objetivo para afirmar una confusión para diferenciar “las obras”; y, peor aún la pruebas razonablemente disponibles y suficientes para asignar la autoría a determinada persona.

8.8.3.6.- Con todos estos presupuestos, conforme el acto administrativo impugnado, la autoridad administrativa habría verificado la existencia de vulneración del derecho de paternidad, generando inferencias probatorias irracionales e incoherentes en relación con el procedimiento administrativo y la naturaleza misma de la reivindicación.

8.9.- ¿Qué medidas legalmente previstas ordenó la autoridad administrativa (acto administrativo impugnado) en el procedimiento de tutela administrativa de los derechos de propiedad intelectual?

8.9.1.- Comprendiendo el tipo y naturaleza de procedimiento administrativo en el que nos encontramos, así como, que la congruencia entre

lo inicialmente petitionado; y, los planteamientos en defensa de los derechos e intereses de los sujetos de la relación jurídica en el procedimiento administrativo, la Autoridad administrativa no sancionó conforme lo prescribe el artículo 339 de la LPI la conducta del ciudadano José Pacheco, argumentando para tal efecto la presencia de “atenuantes”, dado aquello por la dificultad de diferenciar entre la obra primigenia y la obra derivada, sin embargo, reivindicó el derecho moral de paternidad del solicitante Luis Padilla Guevara; y, generó una obligación de no hacer (carga) al ciudadano Gustavo Pacheco Cucalón, en proclamarse como autor de la obra LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA, toda vez que le corresponde la calidad de autor de la obra derivada consistente en un arreglo musical.

8.9.2.- Esto implica por supuesto que, si bien no se le sancionó económicamente al ciudadano Pacheco, se le asignó la autoría de una “presunta” obra derivada, cuando aquel en ningún momento solicitó la reivindicación de su paternidad, a más de que, se le prohibió proclamarse como autor de la obra tantas veces referida.

8.9.3.- No siendo objeto del procedimiento administrativo la autoría de la presunta obra derivada, no es jurídicamente procedente que la autoridad administrativa escapando del ejercicio de sus competencias ordene una medida no prescrita en los artículos 334 y 339 de la LPI, pues como hemos referido anteriormente el procedimiento administrativo fue propiamente desnaturalizado, a más de que, esta conducta vicia propiamente el contenido (elemento objetivo) del acto administrativo al no tener efectiva congruencia con la causa (elemento subjetivo) señalada por el ordenamiento jurídico para ejercer la función administrativa (emitir acto administrativo).

8.10.- Con las consideraciones que anteriormente se han expuesto, esta Sala llega a la conclusión que el procedimiento administrativo desde su esfera de complejo conjunto de actividades coherentes, así como su propia finalidad se encuentran vulnerados gravemente, pues se ha prescindido de las reglas previamente fijadas por el ordenamiento jurídico al emitir el acto administrativo por parte del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual cuando resolvió el Recurso de Reposición, particular que ocasiona por supuesto la nulidad del acto

⁷⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Decisión C-628/21”, emitida el 27 de abril de 2023.

⁷⁹ Foja 76 del expediente jurisdiccional

administrativo conforme lo prescribe el artículo 129 numeral 1 letra e) del ERJAFE⁸⁰, sin que por aquello se deje de considerar que los derechos a la seguridad jurídica (esfera de certeza y previsibilidad), igualdad (formal), legalidad (objetiva), juridicidad (respeto al debido procedimiento), presunción de inocencia (la carga de la prueba sobre la comisión de la infracción le corresponde a la administración) de los sujetos de la relación jurídica sustantiva administrativa se encuentren gravemente lesionados por la actividad de la administración pública, particular que genera también la nulidad del acto administrativo conforme el artículo 129 numeral 1 letra a) del ERJAFE.

Otras consideraciones

8.11.- Ahora bien, en relación a la pretensión del legitimado activo sobre que se le reconozcan derechos como coautor de la obra musical “LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA”, esta Sala no se puede pronunciar, pues como se ha mencionado anteriormente el procedimiento administrativo que dio origen a la actividad impugnada se trata de una tutela administrativa de derechos de propiedad intelectual presentado por el señor Luis Padilla para reivindicar el derecho de paternidad sobre la obra antes descrita, en esa medida, resolver fuera del procedimiento regular, irrespetando las finalidades propias del procedimiento implicaría desestabilizar el sistema jurídico, empero de ello, al declararse la nulidad del acto administrativo impugnado, los sujetos de la relación jurídica sustan-

tiva tiene la facultad de presentar los recursos que estimen pertinentes sobre los actos administrativos que no se han declarado nulos, sin obviar los demás procedimientos que prescribe el ordenamiento jurídico para reivindicar los derechos de autor en caso de existir.

9.- Decisión

9.1.- 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**, resuelve:

9.2.- Aceptar el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el señor José Gustavo Pacheco.

9.3.- Casar la sentencia emitida por el TDCA-Guayaquil en el proceso No. 09802-2017-00580; y, por ende, aceptar parcialmente la demanda del ciudadano José Gustavo Pacheco declarando únicamente la nulidad del acto administrativo impugnado.

9.4.- Se rechazan las demás pretensiones del legitimado activo.

9.5.- Actúe la doctora Nadia Fernanda Armijos, como Secretaria Relatora;

9.6.- Notifíquese y cúmplase.

f) DR. IVAN RODRIGOLARCO ORTUÑO (PONENTE) JUEZ NACIONAL. DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO JUEZ NACIONAL. DR. MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DIAZ JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

RESUMEN DE FÁCIL COMPRENSIÓN

La Corte Nacional de Justicia determina que sí existe el yerro de falta de aplicación de un enunciado normativo relativo a la valoración de la prueba (artículo 208 del COGEP), por lo que, casa la sentencia recurrida; y, emita decisión de mérito declarando únicamente la nulidad del acto administrativo impugnado. La Sala especializada en la decisión desarrolló conceptos relacionados con el procedimiento administrativo de tutela de derechos de propiedad intelectual, derechos morales de autor, derecho de paternidad, obra derivada, arreglo musical, y otros.

VOTO SALVADO

Juicio No. 09802-2017-00580

Juez Ponente: Dr. Patricio Secaira Durango

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

NAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 27 de octubre del 2023, las 10h11.

VISTOS: 1.- AVOCO: Conocemos

⁸⁰ Se aplica el ERJAFE conforme lo prescrito en su artículo 2, al estar conformado el IEPI y sus órganos de dirección en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central. Ver artículos 346, 349, 353 de la LPI.

la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 372018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 09802-201700580**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:

SEGUNDO.- ANTECEDENTES:

2.1 El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, expidió sentencia de mayoría dentro de esta causa signada con el No. **09802-2017-00580**, el 28 de julio del 2021, las 15h39, promovido por el ciudadano JOSÉ GUSTAVO PACHECO CUCALÓN, en contra del INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, actual SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES (SENADI), del ciudadano LUIS ALBERTO PADILLA GUEVARA en calidad de tercero coadyuvante; y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la cual se resuelve rechazar la demanda propuesta, ratificando el contenido de la resolución impugnada respecto de la autoría de la

obra LA PINTA LA NIÑA Y LA SANTA MARIA del ciudadano Luis Padilla Guevara y como autor de lo obra derivada, al ciudadano Gustavo Pacheco Cucalón; sin costas ni honorarios que regular.

2.2 RECURSO: El ciudadano Gustavo Pacheco Cucalón, parte actora en el juicio de instancia, interpone recurso de casación en contra de dicha decisión judicial, por el caso **cuarto** del artículo 268 del COGEP, por *falta de aplicación* de la norma de valoración probatoria contenida en el artículo 208 del COGEP, que a su vez habría provocado la **falta de aplicación** de los artículos 6, 12, 13, 18 letra c) y 50 de la Ley de Propiedad Intelectual.

2.3 ADMISIÓN: El Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 25 de agosto del 2022, las 09h29, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

3.- COMPETENCIA: 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 (COFJ); y, 270 del COGEP. Corresponde señalar que la audiencia de sustentación del recurso de casación fue realizada el día lunes 10 de abril de 2023, a partir de las 11h00, conforme los artículos 273 y 313 del COGEP; diligencia en la que el recurrente sustentó su recurso; habiendo las contrapartes, ejercido su derecho de contradicción, para luego producirse la réplica y contraréplica de los pronunciamientos de las partes. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia reanudó la audiencia el 17 de agosto de 2023, a partir de las 15h00, para generar el pronunciamiento oral de la decisión adoptada.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo sustancial la defensa del derecho objetivo y su correcta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de última instancia, es por ello que el recurso ataca las sentencias o autos definitivos que ponen fin al proceso judicial. La defensa del rigor de la norma jurídica, orientada a evitar y proscribir la arbitrariedad, por su inadecuado uso por parte de los órganos jurisdiccionales; esto es, la denominada NOMOFILAQUIA, es competencia de la Corte Nacional de Justicia que

la ejerce por medio de sus Salas Especializadas; es por ello que, siendo un recurso extraordinario, su propósito no es la administración de justicia respecto de las posiciones procesales que tienen las partes que integran un juicio, ya que ello es una competencia privativa de los Juzgados, Cortes y Tribunales de instancia. Su finalidad es el control jurisdiccional de los pronunciamientos de Cortes Provinciales y Tribunales Distritales, a fin de que pueda uniformar la jurisprudencia, brindando la seguridad jurídica que requiere la sociedad.

En un proceso de instancia, la demanda se dirige a que los órganos judiciales reconozcan o restablezcan los derechos u obligaciones controvertidos entre actores y demandados; ejerzan la potestad jurisdiccional del Estado, respecto de las controversias que enfrentan las partes y que, el Juez, como tercero imparcial, está obligado a dar solución jurídica ese conflicto.

En la casación, en cambio, la *petitium*, tiene un propósito distinto, ya que el recurso ataca la decisión misma, generando un proceso jurisdiccional, podría decirse, ya no jurisdiccional judicial, sino jurisdiccional de control, de la legalidad de la sentencia o auto que es objeto del reproche de aquella parte procesal que sufre agravio con el fallo de instancia; por consiguiente, es un medio para asegurar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, por medio de la correcta aplicación del derecho objetivo, material o instrumental.

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en sentencia de mayoría, para tomar la decisión de desestimar la demanda presentada por la que se impugna la Resolución No. 057-2017-CPI-1S dentro del Trámite No. 11-1104-RV-1S-RR-2015, formula como consideraciones principales, las siguientes:

Que no existe discusión sobre la originalidad de la obra ya que se ha reconocido que el autor de la letra de la canción LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARIA, es el ciudadano Luis Padilla Guevara, lo que se ha establecido también en la resolución expedida dentro del recurso de revisión administrativo, en la que se ha dicho: “*En tal virtud, se presume que el accionado GUSTAVO PACHECO CUCALÓN posee un derecho de autor generado por su mérito y categoría de arreglista; de tal forma que sería titular de la obra La pinta, la Niña y la Santa María, derivada de la obra musical preexistente La Pinta, la Niña y la Santa María, cuyo autor de la letra y partitura es el señor LUIS PADILLA GUEVARA*”; de modo que la discusión judicial recae en

determinar si el actor del juicio, tiene la calidad de coautor de esa obra.

Señala que la coautoría se concibe como la actividad que contribuye para la creación de la obra; que, el accionante, en su demanda advierte ser el autor de los arreglos de la obra musical.

Que, la titularidad de la obra puede ser de orden original o derivada, conforme los artículos 5 de la Decisión 351 y 9 de la Ley de Propiedad Intelectual. Que en el caso, aprecia que Luis Padilla Guevara, petitionó al IEPI, una tutela administrativa de derechos de autor y derechos conexos, sustentado en que el domingo 18 de enero de 2009, en un programa de televisión se ha presentado el ciudadano Gustavo Pacheco Cucalón, como compositor de la mencionada obra, de acuerdo con su curriculum vitae.

Que ese es un derecho moral, reivindicándose en primera instancia la paternidad de la obra a su autor Luis Padilla Guevara; que sin embargo, se ha presentado, por parte del actor del juicio, un recurso de revisión, sustentado en la suscripción del contrato que corre de fojas 39 a 41 de los autos; sobre el cual, se remiten a lo que señala el Tribunal Andino de Justicia que determina que las características de los derechos morales son: inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, los que no son limitados en el tiempo y que incluso la muerte del autor no extingue su derecho, pues continúan en cabeza de sus causahabientes y luego, su defensa corresponde al Estado. Que, el segundo inciso del artículo 11 de la Decisión 351, aun en el caso de que se cedan los derechos patrimoniales, el creador de la obra tiene derecho a reivindicar la paternidad de la misma; de modo que, estima el Tribunal, “*aunque exista un contrato suscrito por los señores PADILLA Y PACHECO en el que conste que son COAUTORES, el derecho de paternidad que tiene el autor de la obra originaria, puede reclamarla en cualquier momento, y es precisamente en la resolución que atiende este recurso en donde se establece que el señor LUIS PADILLA GUEVARA es el autor de la obra, y señala como arreglista al señor PACHECHO*”.

Situación que se confirma con el acta notarial de 3 de agosto de 1985, documento suscrito antes del contrato en mención, “*cuya parte pertinente señala: “... La séptima canción denominada LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARIA, compuesta por LUIS PADILLA, fue interpretada por JESUS FICHAMBA*”.

Respecto al acto administrativo impugnado, afirma el fallo atacado, que el derecho solicitado por Luis Padilla Guevara, fue aceptado su recurso de reposición, “*reivindicando el derecho de paternidad del señor*



LUIS PADILLA GUEVARA, respecto de la obra LA PINTA LA NIÑA Y LA SANTA MARIA, como autor de la letra y la partitura; y, a la vez establece también el derecho de autor de la obra derivada, conforme lo determina el artículo 9 literal d) de la Ley de Propiedad Intelectual”; habiéndose verificado que la resolución recurrida en sede administrativa es razonable y fundamentada en los artículos 8 y 9 de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo además lógica y comprensible; determinando por ello el Tribunal que el acto administrativo impugnado goza de la debida motivación; razones que determinan que los juzgadores desechen la demanda.

7.- DEL RECURSO INTERPUESTO: El casacionista Gustavo Pacheco Cucalón, en su manifiesto recursivo afirma que el 27 de septiembre de 1985, en Madrid-España, suscribieron junto con Luis Padilla Guevara, un contrato de edición de la canción La Pinta, la Niña y la Santa María, en calidad de coautores, con la compañía HISPAVOX, cediéndole los derechos exclusivos de autorizar, publicar, arreglar, traducir, adaptar etc., dicha obra.

Que, el 29 de octubre de 1991, Luis Padilla Guevara, había inscrito la obra, sin el conocimiento suyo, en la Unidad de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, del Ministerio de Educación y Cultura; inscripción realizada a través de un fonograma grabado en un cassette, sin acompañar letra ni partitura.

Que en 2009, el casacionista, ha sido convocado ante el IEPI, con una Tutela Administrativa No. 625-09KG, en el cual se ha emitido la Resolución 003-20109-G-TA-DA-IEPI- de 23 de febrero de 2010, por la cual se reivindica el derecho patrimonial y moral de la obra en favor de Luis Padilla, como único autor de su letra y música, imponiéndole la sanción pecuniaria de mil quinientos dólares, porque no ha demostrado la coautoría primigenia alegada; Tutela en la que no fue posible presentar el contrato firmado con la compañía HISPAVOX, debidamente apostillada; documento que una vez obtenido, determinó que presente un recurso extraordinario de revisión; dentro del cual, la Primera Sala del Comité de Propiedad Intelectual, expidió la Resolución 318-2016-GOI-1S de 13 de mayo de 2015, rechazando la Tutela Administrativa y ordenando el archivo del expediente, resolución que, en su considerando SEXTOI estableció que se presume que el accionado posee derechos de autor generado por su mérito y categoría de arreglista, de tal forma que sería el autor de la obra, cuyo derecho de autor de letra y partitura es el señor Luis Padilla; derechos que no estaban es

discusión, pues los únicos que estaban en conflicto eran los que corresponden a Gustavo Pacheco.

Que Padilla Guevara, formuló recurso de reposición en contra de esa resolución, alegando que es el único autor de la obra en disputa; recurso que mereció la expedición de la Resolución 057-2017-CPI-1S de 7 de marzo de 2017, por la cual se aceptó el recurso, revocando la subida en grado, reivindicando la paternidad de la obra a Luis Padilla como autor de música y partitura, señalándolo como autor de la obra derivada como arreglista y prohibiéndole que se proclame como autor de la música de esa obra.

Señala el recurso que el Tribunal Distrital, admitió las pruebas presentadas por la accionante y demandada; no obstante, aprecia que en la sentencia no se pronuncia sobre los documentos privados que contenían la declaración de hechos y constitución de los derechos de autor a su favor, ni sobre los documentos públicos que vinculaban a la obra con el editor; documentos con los cuales se prueba su participación en la autorización para la edición de la canción en calidad de coautor.

Sostiene el casacionista además, que el Tribunal Distrital no se pronuncia sobre las razones por las que ninguna de las pruebas producidas por él, fueron consideradas en la sentencia, restringiendo su análisis a determinar la validez del acto administrativo en base a los derechos del tercero coadyuvante, refiriéndose únicamente al Acta Notarial del Festival OTI, e indica que dicha Acta Notarial podía ser valorada únicamente en cuanto a la fecha de otorgamiento, fecha y declaración del funcionario que la firma, mas no sobre la veracidad de las declaraciones.

Se refiere a que tanto en el contrato de edición, así como en la declaración de obra en España, se reconoce la autoría del actor sobre la publicación de la misma; los cuales contienen hechos trascendentes para el proceso y constituyen derechos a su favor. Por lo indicado manifiesta que el Tribunal Distrital no aplica los artículos 6, 12, 13, 18 letra c) y 50 de la Ley de Propiedad Intelectual, preceptos sustantivos con los cuales señala se puede verificar al leer el contrato, que al ser compositor de la música también podía recibir el reconocimiento de paternidad junto con Luis Padilla Guevara.

7.2 Sobre el caso cuarto del artículo 268 del COGEP:

El caso cuarto del artículo 268 del COGEP invocado, establece:

“ 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 contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta de norma sustantiva, que consiste en la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que a su vez conduce a la equivocada aplicación de normas de derecho material. Por lo dicho, en esta causal concurren dos violaciones sucesivas: la primera, de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y la segunda, de violación de normas de derecho, como consecuencia de la primera.

Cuando se invoca la cuarta causal del artículo 268 del COGEP, la fundamentación del recurso debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba respecto de los que el Tribunal ha incurrido en el yerro, b) el modo en el que se ha cometido el yerro, esto es si por aplicación indebida, falta de aplicación o por errónea interpretación; c) qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, d) explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. Elementos estos que son copulativos; es decir, deben existir coetáneamente, de modo que la falta o defecto de cualquiera de ellos determina la improcedencia del recurso de casación.

7.3 Análisis y motivación:

7.3.1 Este Tribunal de Casación observa que el recurso interpuesto y que ha sido admitido, se sustenta en la causal cuarta por falta de aplicación del artículo 208 del COGEP, norma que dispone:

Art. 208. Alcance probatorio. *El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes.*

Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.

En el recurso de casación presentado, el recurrente manifiesta que la infracción de esa norma de regulación de la prueba, habría conducido a la violación de las normas sustantivas contenidas en los artículos 6, 12, 13, 18.c) y 50 de la Codificación de Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006, que establecían:

Ley de Propiedad Intelectual

Art. 6.-*El derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con:*

a) *La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que esté incorporada la obra;*

b) *Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra; y,*

c) *Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos por la ley.*

Art. 12.-*Se presume autor o titular de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, sigla o cualquier otro signo que lo identifique aparezca indicado en la obra.*

Art. 13.-*En la obra en colaboración divisible, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de que es autor, salvo pacto en contrario. En la obra en colaboración indivisible, los derechos pertenecen en común y proindiviso, a los coautores, a menos que se hubiere acordado otra cosa.*

Art. 18.-*Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor: (...)c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;*

Art. 50.-*Contrato de edición es aquel por el cual el autor o sus derechohabientes ceden a otra persona llamada editor el derecho de publicar y distribuir la obra por su propia cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas.*

7.3.2 La falta de aplicación de una disposición jurídica implica, que el juzgador en la decisión que se interpela, omite aplicar una norma jurídica, debiendo haberlo hecho para dar solución a la controversia puesta a su resolución; es por ello que se estima que el yerro de falta de aplicación se genera cuando el fallador desconoce la existencia de la disposición normativa llamada a solucionar el problema jurídico materia del proceso judicial; o, porque sabiendo de su existencia deja de considerarla por ignorar que esa norma es la aplicable a los hechos que han surgido del proceso judicial,



por tener el rigor de oportunidad en el caso; lo que puede ocurrir cuando la norma ha sido modificada por acto legislativo o por haber sido interpretado su alcance, por el órgano público competente, o modulada su aplicación en el tiempo, por sentencia de Corte Constitucional; elementos que potencialmente fueron omitidos por el juzgador.

La sentencia recurrida, de manera formal no ha aplicado el artículo 208 del COGEP, que establece que el instrumento público hace fe contra terceros, respecto de: su otorgamiento, fecha y “declaraciones que en ellos haga el servidor público” que autoriza el documento, pero no hace fe, respecto de la verdad de esas declaraciones que hayan hecho los interesados; declaraciones que si hacen fe contra los declarantes. Ahora bien, en los términos del propio recurso de casación interpuesto, inicialmente, no se hace mención del artículo 208 del COGEP, aunque si ocurre aquello en el complemento del recurso dispuesto por el Conjuerz Nacional, en la cual fundamenta su recurso, con relación a la causal y yerro denunciado, afirmando que:

“... por otro lado, el Acta Notarial (Art. 208 del COGEP) a la que si le dan valor probatorio, únicamente podía ser valorada en cuanto a la fecha de otorgamiento, fecha y declaración del funcionario que la firma, mas no sobre la veracidad de las declaraciones contenidas en ella. (...) Para el Tribunal toda la prueba del expediente administrativo y del actor, no merece una sola referencia en la sentencia, pese a que el Acta Notarial a la que se refiere, y que dice: “... La séptima canción denominada LA PINTA, LA NIÑA Y LA SANTA MARÍA, compuesta por LUIS PADILLA fue interpretada por JESÚS FICHAMBA.” Solamente precisa quienes figuran como compositor e intérprete de manera general, como lo hace sobre las otras canciones que participaron en el festival”.

“Tan vaga es el Acta Notarial en este aspecto, que le atribuye la calidad de COMPOSITOR y no AUTOR, cuando existe una distinción entre uno y otro, debido a que la letra y la música de la canción fueron creadas por dos personas distintas, compositor es quien hace la música, no quien escribe la letra y, habitualmente, el compositor (autor der la música) la expresa en una partitura, que luego es leída por los músicos. Sobre este aspecto reiteradamente señalado en todo el proceso judicial y de trascendencia, los jueces no hacen ninguna diferencia”.

En ese contexto es claro que el artículo 208 del COGEP, que se denuncia como infringido, que

hace relación a la fe que genera el instrumento público, solo puede ser aplicado al caso específico del Acta Notarial, a la que reiteradamente refiere el casacionista, documento en el cual el Notario que lo otorga, no incorpora declaración alguna que hayan hecho persona alguna, sino que dicho fedatario público, solo se remite a dejar constancia de hechos relativos a la integración del jurado calificador de las obras que han participado en el festival musical, sus intérpretes y compositores; así como a los resultados de esas participaciones; información en la que aparece la obra musical La Pinta, la Niña y la Santa María, interpretada por Jesús Fichamba, apareciendo como compositor el señor Luis Padilla; documento sobre el cual el casacionista hace este mismo señalamiento.

Uno de los principios que informan las características de los casos de procedencia del recurso de casación es el de trascendencia, el cual determina que la infracción de una norma, afectadora de las formas o las ritualidades, por si solas no son suficiente elemento que permita casar la decisión judicial; ya que para ello es indispensable que el yerro sea de tal manera protuberante que su existencia determinaría que esa decisión hubiere tenido un resultado distinto al que obra de la resolución atacada; esa protuberancia o densidad infraccional, también ha de estar condicionada a la existencia de un perjuicio o agravio al casacionista que tenga la calidad de difícil o imposible reparación. Elementos estos que permiten casar el acto judicial recurrido para ser sustituido por una decisión de mérito que supere el yerro aducido por el recurrente, aunque el resultado no sea necesariamente favorable al casacionista. De lo que se ha expresado, a juicio de esta Sala Especializada, resulta evidente que la falta de aplicación del artículo 208 del COGEP, que efectivamente, refiere una norma de valoración de la prueba documental, cuya omisión se ha producido en la circunstancia formal en la sentencia recurrida; sin embargo, es claro también que ni la norma legal ni la prueba que a ella asigna el recurrente, tienen la trascendencia suficiente para que el recurso, por el yerro denunciado, pueda generar que la sentencia interpelada pueda ser casada, ya que su procedencia está condicionada también a esa trascendencia. Situación que también se agrava cuando, el casacionista no menciona qué norma o normas han sido usadas indebidamente en lugar de las omitidas, generando que la proposición jurídica en la que se sustenta el recurso sea incompleta.

Ello implica que siendo improcedente el yerro relativo a violación de norma de valoración de

la prueba, no pueda accionarse la consecuente violación indirecta de las normas de derecho sustantivo que señala como infringidas; determinando, en su conjunto la improcedencia del recurso analizado.

8.- DECISIÓN: Con sustento en las consideraciones expresadas en párrafos anteriores, 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 por JOÉ GUSTAVO PACHECO CUCALÓN, consecuentemente, **NO**

CASA la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, el 28 de julio de 2021. Actúe la Dra. Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO)**. DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**. DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL**.

Certifico.-



VI

Juicio Nro. 17741-2016-1264

Fecha: 30 de octubre de 2023, las 10h18

TEMA: En este caso, se realiza un breve desarrollo sobre las pretensiones en materia contencioso administrativo. Cuando debe invocarse la causal por vicios de incongruencia *citra petita*.

SÍNTESIS

El actor demanda la nulidad del acto administrativo mediante el cual le suprimieron su puesto de trabajo, así como del expedido para negar su reclamo. Se ampara en el artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de incongruencia *citra petita*. La Sala señala que no obstante que la noción de recurso en esta materia ya ha sido superada, el procedimiento contencioso administrativo es un verdadero proceso contradictorio, cuyo fin es el control de legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas. Toda vez que, los argumentos presuntamente omitidos por el a quo, no son pretensiones de la demanda, mal podrían ser aceptados como válidos para examinarse a través de esta causal. Por consecuencia, no prosperan estos fundamentos, la Sala rechaza el cargo por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de casación, por el vicio de incongruencia *citra petita*. Se rechazó el recurso de casación y por lo tanto, no casó la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2016-1264

Juez Ponente: Dr. Milton Velásquez Díaz

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

Quito, lunes 30 de octubre del 2023, las 10h18.

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17741-2016-1264:

1. Antecedentes procesales

1.1. El 3 de mayo de 2004, Iván Jaime Ubilla Rodríguez presentó una demanda contencioso administrativa en contra del Gerente General del Banco Central del Ecuador y de la Procuraduría General del Estado para que se declare la nulidad o la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual le suprimieron su puesto de trabajo, así como del expedido para negar su reclamo. En ese contexto, solicitó que se ordene su reintegro al puesto que venía desempeñando, al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más los beneficios legales, incluidos intereses y los valores dispuestos por el

Reglamento Interno de Recursos Humanos del Banco Central del Ecuador.

1.2. Mediante sentencia de 4 de octubre de 2016, las 09h10, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil ("TDCA") resolvió rechazar la demanda y, en consecuencia, ratificó la legalidad de la actuación administrativa. Contra esta decisión, Iván Jaime Ubilla Rodríguez interpuso recurso de casación, por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.3. Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 17 de agosto de 2023, las 08h35, la conjuer nacional Hipatia Ortiz Vargas admitió parcialmente el recurso de casación, por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.4. Una vez que se han dictado autos para resolver, y siendo el momento procesal oportuno, esta Sala considera:

2. Competencia

2.1. Esta Sala está integrada por los jueces Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines

Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. Su conformación resultó de tres sucesos:

1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
2. La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante Resolución No. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,
3. Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

2.2. Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación.

2.3. En este caso, el sorteo electrónico radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango.

3. Validez procesal

3.1. No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

4. Fundamentación del recurso de casación

Causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de incongruencia *citra petita*.

4.1. Según el recurrente, la sentencia reconoció que él solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado. De igual manera, que aceptó que solicitó la nulidad por falta de notificación de los actos que sirvieron de fundamento para la supresión del puesto de trabajo, especialmente los que tienen las razones técnicas o económicas y funcionales para la supresión.

4.2. En ese orden, manifestó que el fallo impugnado no se refirió: 1. Al punto fundamental de la demanda relacionado con la nulidad del acto por haber sido expedido en clara violación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 21 de la LOSCCA; 2. A la inexistencia legal de los actos administrativos preparatorios por falta de notifica-

ción al administrado; y, 3. A puntos fundamentales de la demanda relacionados con los actos simulados, y las verdaderas razones de la desvinculación del Banco Central del Ecuador.

5. Problema jurídico

5.1. Analizar si la sentencia incurrió, por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, en el vicio de incongruencia *citra petita*.

6. Análisis

Causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de incongruencia *citra petita*.

6.1. La incongruencia, según la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, es un error *in procedendo*, que puede ocurrir en tres situaciones: i. cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); ii. cuando se otorga algo diferente a lo solicitado (*extra petita*); y, iii. cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

6.2. En este orden, cuando se analiza este cargo casacional, el tribunal deberá observar la “*inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones*” [Santiago Andrade, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005) 147].

6.3. Criterio similar ha sido el de nuestra jurisprudencia cuando ha señalado que:

[E]l Tribunal de Casación ha de realizar el cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas, para de allí concluir si el fallo casado se halla conforme con tal contenido o si, por el contrario, hay incongruencia [Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 31 de enero del 2001. R.O. No. 289. 21/marzo/2001, pág. 38].

6.4. En el presente caso, el recurrente ha optado por el vicio de *citra petita*, el cual acaece cuando “*se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones*” [Jorge Cardoso, Manual Práctico de Casación Civil (Bogotá: Temis, 1984) 84]. Es en tal sentido que, el recurrente consideró que, el TDCA omitió resolver algunas de sus supuestas “pretensiones” sobre la nulidad del acto administrativo [4.2. *ut supra*].

6.5. Sin embargo, previo a examinar la ocurrencia del vicio acusado, resulta importante realizar algunas puntualizaciones sobre la pretensión en materia contencioso administrativa.

6.6. La competencia revisora de la legalidad atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su formulación más típica, solo después de que



la Administración haya dictado la norma o el acto contra el que se dirige la actuación (presupuesto o exigencia identificada como la necesidad de acto previo) y su concepción como un proceso impugnatorio, en el que se combate la legalidad de esa norma o actuación, ha determinado la tradicional denominación de aquel proceso como “recurso” y la afirmación de su carácter revisor de la legalidad de la actuación administrativa” [Segundo Menéndez Pérez, Derecho Procesal, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020), 9].

6.7. No obstante que la noción de “recurso” en esta materia ya ha sido superada, considerándose al contencioso administrativo como un verdadero proceso contradictorio, permanece como atribución de esta jurisdicción el control de legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas. De suerte que, dicho control, consiste en la facultad de **anular decisiones de la Administración** por ser contrarias a derecho, **las de reparar los efectos de su actividad como Administración**, y además la de **condenar y obligar a la Administración Pública a realizar las prestaciones que la Ley le impone, o cesar actividades materiales** que carecen de apoyo legal [Luis Cosculluela, *Manual de Derecho Administrativo* (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2020), Págs. 537-538], así como, **revisar cualesquiera cuestiones de legalidad para buscar la anulación** (como pretensión procesal) bien contra una **disposición**, o bien **contra un acto** [Santiago González-Varas, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III* (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2012), Págs. 386-387].

6.8. Estas facultades, *contrario sensu*, se traducen en las pretensiones originarias que podrían proponerse ante la jurisdicción contencioso administrativo. Es así como, autorizada doctrina ha reconocido, en general, **dos pretensiones**: la primera, se enfoca en la **anulación** de las actuaciones administrativas (actos o normas jurídicas) [Santiago González-Varas. Op. Cit., 391].

6.9. Sobre la anulación de los actos administrativos es importante puntualizar que, ésta puede ocurrir tanto en acciones subjetivas o de plena jurisdicción, como en objetivas o por exceso de poder. La diferencia radica en que, en esta última, los juzgadores se limitan a declarar su anulación, mientras que en la otra, además, deben ordenar la reparación **del derecho subjetivo vulnerado** [Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano* (Quito: Andrade y Asociados, 2007) 194].

6.10. En ese contexto, la acción subjetiva o de plena jurisdicción puede tener pretensiones subsi-

diarias para el **reconocimiento de una situación jurídica individualizada**, la cual resulta como consecuencia lógica de la ilegalidad, tratando de reponer al estado anterior al originado por la actuación anulada [Santiago González-Varas. Op. Cit., 391, 390-393]. En nuestro entorno, dependerá de su gravedad -nulidad o ilegalidad-, pues ello comporta consecuencias jurídicas diferentes. Entre éstas, podrían pedirse: remuneraciones dejadas de percibir, beneficios legales, reintegro, compensación económica, entre algunas otras.

6.11. Ello, sin perjuicio de que, existen ciertos reconocimientos o reparaciones predeterminados en la ley o en la jurisprudencia, que se otorgan automáticamente una vez que ha sido declarada la nulidad o la ilegalidad del acto administrativo; por supuesto, en la tramitación de una acción subjetiva, como se ha indicado.

6.12. La segunda, por su parte, se concentra en buscar una **prestación** -dar, hacer o no hacer-, aplicándose cuando interese una actuación a la cual se incluye una indemnización, la cesación o actuación en caso de vía de hecho [Santiago González-Varas. Op. Cit., 391, 394-396], la indemnización en temas de responsabilidad del Estado o el reconocimiento de una prestación en el ámbito contractual, entre otras.

6.13. Ya en el caso concreto, efectivamente, tratándose de una acción subjetiva, el accionante pretendió (i) la nulidad o la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual le suprimieron de su puesto, así como del expedido para negar su reclamo (pretensión de anulación), (ii) el reintegro al puesto que venía desempeñando, (iii) el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más los beneficios legales, incluidos intereses (pretensión subsidiaria) y (iv) los valores dispuestos por el Reglamento Interno de Recursos Humanos del Banco Central del Ecuador (prestación).

6.14. Con lo cual, contradictoriamente con la petición efectuada en su demanda, el recurrente intenta que se reconozcan como pretensiones los fundamentos de su acto de proposición, en cuanto a la falta de notificación de los actos preparatorios, la violación del inciso tercero del artículo 21 de la LOSCCA y los supuestos actos simulados, cuando estos **únicamente son argumentos** a través de los cuales se busca demostrar la presunta ilegalidad de la actuación administrativas para obtener, justamente, la anulación y, en su caso, las consecuencias jurídicas que de ello deviene.

6.15. No obstante, en el supuesto anterior, no estamos ante un vicio de incongruencia por *citra petita*,

sino ante una incongruencia frente a las partes, la cual surge cuando se deja de contestar aquellos argumentos que inciden significativamente en la resolución del problema jurídico o apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador [Caso No. 1158-17-EP, op, cit., párr. 87]. De forma que, “la omisión de responder a los argumentos relevantes de las partes es un asunto que afecta a la suficiencia de la motivación” [CCE. Caso No. 1951-13-EP. Sentencia No. 1951-13-EP/20, de 28 de octubre de 2020, párr. 26].

6.16. Por esta razón, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha dicho, acertadamente, que las pretensiones o excepciones no atendidas en la parte resolutoria de la decisión, deben ser atendidas por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio *citra petita*; mientras que, aquellos argumentos relevantes de las partes, sobre los cuales no se haya pronunciado el tribunal de instancia, deben ser revisados por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de motivación [CNJ. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de julio de 2022. Juicio No. 09802-2017-01006].

6.17. En esta línea de interpretación, siendo que los argumentos presuntamente omitidos por el TDCA [4.2. *ut supra*] no son pretensiones de la demanda, mal podrían examinarse a través de esta causal. Por consecuencia, no prosperan estos fundamentos.

6.18. Una vez realizadas estas precisiones, corresponde revisar si en la parte dispositiva de la decisión se resolvió la pretensión de nulidad, considerando que el demandante hizo expresa relación a ésta en su recurso de casación. En este orden, se observa que, en la parte dispositiva del fallo, el TDCA resolvió:

Rechaza[r] la demanda de impugnación propuesta por el señor Ubilla Rodríguez Iván Jaime, contra el Gerente General del Banco Central del Ecuador, por los derechos que éste representa de la Institución, por impropio y **ratifica la legalidad del acto administrativo impugnado.**

6.19. En consecuencia, resulta evidente que la pretensión de anulación fue rechazada, ratificándose la legalidad de la actuación administrativa. Con ello, además, fueron inadmitidas aquellas pretensiones

subsidiarias de reintegro y pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más beneficios legales e intereses. En consecuencia, no se verifica la ocurrencia del vicio de incongruencia por *citra petita*.

6.20. Sin perjuicio de ello, a manera de obiter dicta, es importante advertir que al encontrarnos frente a un proceso de supresión de partidas, mal podría realizarse la notificación de las actuaciones de carácter preparatoria antes de haber identificado a los sujetos a los cuales se les aplicará la medida. Además de ello, el accionante no sustentó la relevancia de este argumento en la decisión de la causa, tratándose de ‘actos preparatorios’, más aún cuando el TDCA sostuvo que: “En consecuencia de ese proceso de selección, se anexó a este informe el listado de las 294 personas a quienes se les debería suprimir sus partidas, la resolución administrativa de supresión de partidas para cada uno de los casos y la respectiva notificación” [considerando CUARTO].

6.21. De igual manera, se observa que la supuesta simulación de los actos, ha sido desarrollada al amparo de la figura de la posible desviación de poder, siendo ésta rechazada. Finalmente, de la presunta violación del inciso tercero del artículo 21 de la LOSCCA, únicamente corresponde precisar que no se ha argumentado su incidencia en la resolución del problema jurídico, lo cual haría inconducente, de todas formas, la incongruencia frente a las partes.

6.22. Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de incongruencia *citra petita*.

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala Especializada 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:

7.2. Rechazar el recurso de casación y, por lo tanto, no casar la sentencia impugnada. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO JUEZ NACIONAL. DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO JUEZ NACIONAL
Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En este caso, se realiza un breve desarrollo sobre las pretensiones en materia contencioso administrativo. Además, se determina cuando debe invocarse la causal por vicios de incongruencia *citra petita*, es decir, omitir resolver sobre una pretensión o excepción; y cuando debe acusarse la falta de motivación, por omitir pronunciarse sobre un argumento relevante.



Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA
DE LO CONTENCIOSO
TRIBUTARIO
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 17510-2019-00075
Fecha: 15 de mayo del 2022, las 17h43

TEMA: Indebida aplicación del Art. 4 de la Resolución del SRI, por haber contrariado el 2do. art. innumerado después del 4 de la LRTI

SÍNTESIS

La empresa INDUSTRIAL SURINDU S.A. interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Quito. La empresa argumenta que la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Quito contiene decisiones contradictorias e incompatibles, así como falta e indebida aplicación de normas sustantivas.

La Sala analizó la pertinencia de la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición tributaria suscrito entre la Confederación Suiza y el Ecuador, señalando que al ser empresa ecuatoriana la que pagó el ISD no es aplicable el CDI. Respecto a la falta de aplicación del 2do. Art. innumerado después del Art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno y sobre la indebida aplicación de la Resolución No. NACDGERCGC150000052, la Sala analiza que para que una jurisdicción sea considerada de menor imposición debe cumplir al menos con dos de las tres condiciones previstas. En las normas *up supra*.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2019-00075

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Quito, lunes 15 de mayo del 2023, las 17h43,

VISTOS: El señor Luis Mario Soro Guevara en su calidad de Gerente General de la compañía INDUSTRIAL SURINDU S.A., interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 30 de septiembre del 2019, las 09h18, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2019-00075, propuesto en contra de la Resolución No. 117012018RDEV368297, emitida el 12 de noviembre del 2018 por la DIRECCIÓN ZONAL 9 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, con los efectos jurídicos señalados en el fallo y se niega el pago indebido reclamado.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de

la Constitución de la República del Ecuador; 184, 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 269 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- En virtud del sorteo de la causa del 26 de agosto del 2022, a las 10h38, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, José Dionicio Suing Nagua (Jueces Nacionales) y Gustavo Adolfo Durango Vela (Juez Nacional encargado, Ponente). Mediante Resolución Nro. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; además, con Resolución Nro. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional. El Pleno de la Corte Nacional de

Justicia, mediante Resolución Nro. 2, de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua. Mediante oficio Nro. 635-SG-CNJ, la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, ratificado mediante oficio Nro. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y abalado con Acción de Personal No. 166-UATH-2021-NB de 19 de febrero de 2021.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- El representante legal de la compañía INDUSTRIAL SURINDU S.A., interpone recurso de casación (fs. 167 a 179 vta.) el cual es calificado de oportuno por el Tribunal de instancia en auto de 29 de octubre del 2019, las 09h31 y remite el proceso a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ERRORES ALEGADOS Y ADMITIDOS.- Mediante auto de 2 de marzo del 2022, las 08h31, dictado por el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, se admite a trámite el recurso de casación, por el **caso 2** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, por el vicio de contener **decisiones contradictorias**; y por el **caso 5** del mismo artículo 268 COGEP por **falta de aplicación** del 2do. artículo innumerado siguiente al Art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno y Art. 24.5 del Convenio para evitar la doble imposición entre Ecuador y Suiza; y, **aplicación indebida** del Art. 4 de la Resolución NAC-DGER-CGC15-0000052 del Servicio de Rentas Internas, SRI.

QUINTO: VALIDEZ PROCESAL.- De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, como así también lo manifestaron los procuradores en la audiencia de casación, por lo que, se declara la plena validez del mismo. Cabe recalcar que a la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales que denotan su validez: providencia de jueves 27 de abril de 2023, las 16h33, dictada por el Juez Nacional Ponente en la que se convoca a las partes a audiencia de casación en vía telemática para el día jueves 4 de mayo de 2023, a las 11h00, misma que efectivamente se

realizó, y en la cual fueron escuchadas las partes procesales a través de sus procuradores judiciales; por la Administración Tributaria, el Abg. Gabriel Mauricio Dueñas Villacís; y por la parte actora, compañía INDUSTRIAL SURINDU S.A., ahora recurrente, la Abg. Gissela Valeria Ushiña Pardo, quienes intervinieron con sus alegatos, debidamente autorizados e hicieron uso de su derecho a la réplica y contrarréplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD, que contiene la grabación de la misma. La Sala suspendió la audiencia y entró a deliberar, se reanudó al cabo de quince minutos en el que el juez ponente manifestó que no pudo llegar a una decisión y en consecuencia difiera la audiencia para el día lunes 15 de mayo de 2023, a la 10h30; la que efectivamente se realizó y en la que se dio a conocer oralmente el veredicto al que en forma unánime ha llegado la Sala. Se cumple ahora con la obligación legal de notificar por escrito la sentencia emitida.

SEXTO: ARGUMENTOS DE LA EMPRESA ACTORA RECURRENTE POR LOS VICIOS SEÑALADOS:

6.1. La empresa casacionista hace una relación de los antecedentes del caso y respecto del caso 2 del Art. 268 del COGEP manifiesta que, en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se han adoptado **decisiones contradictorias**; pues dentro del reclamo administrativo planteado que finalizó con la Resolución No. 117012018RDEV368297, el SRI solicitó un certificado a la administración tributaria suiza del que se desprenda la tasa impositiva de impuesto a la renta que la empresa beneficiaria de dividendos (ENTREPRISES MAGGI S.A) pagó y así validar el reintegro del Impuesto a la Salida de Divisas, ISD que reclama. Ante la imposibilidad de obtener un certificado por parte de la administración tributaria suiza, la empresa entregó vasta información para que se verifique la tasa impositiva de ENTREPRISES MAGGI S.A., por cuanto, en Suiza se tributa el impuesto a la renta en tres niveles: federal, cantonal y comunal; sin embargo, el SRI no analizó todas las pruebas aportadas. La sentencia recurrida en el numeral 6.2.: “RESPECTO DE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA” señala que: a) No se puede establecer si el documento solicitado a la administración tributaria suiza era indispensable para analizar el pago indebido por concepto de ISD; b) La omisión de este análisis en el acto administrativo le resta comprensibilidad, por lo tanto, es razón suficiente para declarar la falta de motivación de la resolución impugnada; y, c) No se



fundamentó la razón de la importancia de la referida certificación o su necesidad a efectos de rechazar el derecho invocado por la compañía. Estos razonamientos son contradictorios e incompatibles con lo señalado en la sentencia recurrida y contenidos en la motivación de la misma (acápites 6.3.4.-de las exoneraciones tributarias- y 6.3.5.-de la prueba-); pues, si bien es cierto, el Tribunal *A quo* reconoce la falta de motivación de la resolución impugnada e incluso declara su nulidad en función de las conclusiones antes señaladas, las mismas no se toman en consideración el momento de resolver y se contraponen con los criterios de exoneraciones tributarias y con las pruebas presentadas. Respecto de las exoneraciones tributarias, dice la casacionista, según el Tribunal de instancia su representada no cumple con los presupuestos normativos para considerar que los dividendos distribuidos no se encuentra en un paraíso fiscal o un régimen de menor imposición; manifiesta que, la contradicción se expresa en el hecho de que, por un lado, la sentencia considera que la resolución impugnada carece de motivación concatenada y suficiente que permita verificar su legitimidad, lo que impide confirmar o modificar la conclusión a la que llega el acto, lo que evidencia la nulidad de la Resolución No. 117012018RDEV368291; mientras que, por otra parte, el mismo Tribunal en el acápite 6.3.4. de la sentencia recurrida, cuestiona el cumplimiento de la condición de que el beneficiario de los dividendos -ENTREPRISES MAGGY-, empresa residente fiscal suiza no se encuentre domiciliada en un paraíso fiscal o régimen de menor imposición para probar la exención del ISD, sin justificar dicho cuestionamiento sin un análisis íntegro del 2do. artículo innumerado siguiente al 4 de la LRTI que correspondía en este caso; de esta manera, el Tribunal de instancia incurre en la misma falta de motivación que establece en contra del SRI. Por otra parte, el Tribunal *A quo* establece que en el expediente del proceso no existen elementos probatorios que sustenten la pretensión de la empresa actora, lo que demuestra que los criterios expuestos son contradictorios, pues, por una parte se reconoce la nulidad de la resolución impugnada, al verificarse la falta de motivación con la que se emitió; y por otra parte, establece que la ausencia del certificado de la autoridad suiza que verifique la tarifa impositiva del impuesto a la renta atribuible a esa jurisdicción, es un elemento que permite probar lo alegado por SURINDU S.A., -que se encuentra exenta del ISD en los pagos por dividendos a sus accionistas suizos, motivo por el cual se solicitó el reintegro

de lo indebidamente pagado, desconociendo la información incorporada en el proceso en el que se verifica el beneficiario efectivo del dividendo y su residencia fiscal. En el escrito de aclaración del recurso presentado por la parte actora, se especifica que la causal interpuesta corresponde a la causal segunda respecto a que la sentencia recurrida adopta decisiones contradictorias.

6.2. Respecto del **caso 5**, esto es, la **falta de aplicación** del 2do. artículo innumerado siguiente al 4 de la LRTI, la empresa casacionista manifiesta que: **6.2.a.** De acuerdo con la sentencia emitida, el cumplimiento de los supuestos normativos para considerar aplicable la exención señalada en el Art. 159 numeral 5 de la LRTI, no se habría comprobado el hecho de que los dividendos se pagaron en favor de sociedades no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición. Dice el recurrente que, es necesario recalcar que la Confederación Suiza no se encuentra en el listado de paraísos fiscales emitido por el SRI; además, no aplica el artículo señalado que es la norma que define a los “paraísos fiscales”, esta falta de aplicación por parte del Tribunal *A quo* produce que se deje de analizar si para el presente caso se estarían cumpliendo al menos dos de las tres condiciones dispuestas por ley, para que pueda entenderse que ENTREPRISES MAGGI sea considerado como domiciliada en un paraíso fiscal o régimen de menor imposición, pues ninguna de las condiciones le es aplicable a dicha empresa suiza y, por lo tanto, nunca pudo ser un elemento para que el SRI niegue la devolución del pago indebido de ISD. Con la finalidad de establecer que, ninguna de las condiciones señaladas en la norma para ser considerado paraíso fiscal o régimen fiscal preferente o jurisdicción de menor imposición es aplicable en este caso, la casacionista analiza la primera condición dispuesta en la ley y fundamentado en la disposición del Art. 9 LRTI sobre las exenciones, señala que, si la ley ecuatoriana reconoce la exoneración total respecto de los dividendos distribuidos al exterior, siempre que hubieren pagado IR ecuatoriano de forma preliminar, cómo se puede exigir la verificación de una tarifa por concepto de IR por este mismo tipo de renta a ENTREPRISES MAGGI S.A. de Suiza. En todo caso, si del análisis se hubiera establecido que esta regla debía ser aplicada, la conclusión llevaría a indicar que el 60% de la tarifa de IR aplicable a un ingreso por dividendos que se encuentra exento en Ecuador como en Suiza, matemáticamente es igual a 0%, es decir, no es posible cumplir con la relación del 60% establecida

en esta condición respecto de un ingreso por dividendos cuya tarifa que es igual a 0% por encontrarse exentos. Con base en el Art. 38 LRTI que regula el crédito tributario para sociedades extranjeras y personas naturales no residentes, el 22% de IR causado por INDUSTRIAL SURINDU S.A., en el ejercicio 2017, le es atribuible a su accionista suiza ENTREPRISES MAGGI S.A. en relación con el dividendo que le fue distribuido, por lo que, no se puede argumentar que se requería evidencia de la tarifa a la cual la accionista suiza tributó en su país de residencia respecto de una renta sobre la cual ya se pagó el 22% en Ecuador y que en virtud del Art. 23 del CDI Ecuador-Suiza no debería ser gravado nuevamente. Dice que, considerando el tipo de renta (dividendos distribuidos en Ecuador) el SRI podía evidenciar si se llegó a pagar IR sobre el mismo sin la necesidad de solicitar verificaciones en otras jurisdicciones fuera de Ecuador, bastaba con revisar su base de datos; pues al haberse verificado el pago del 22% de IR sobre el dividendo distribuido a INDUSTRIAL SURINDU S.A. (contribuyente ecuatoriano) en favor de su accionista ENTREPRISES MAGGI (contribuyente suizo), no se cumple con el elemento diferenciador de que dicha renta no hubiere pagado una tarifa menor al 60% en relación con el IR en Ecuador, demostrando la falta de coherencia de la certificación solicitada por el SRI; reitera que ENTREPRISES MAGGI es una entidad amparada por el CDI suscrito entre Ecuador y Suiza. Sobre la segunda condición, la casacionista manifiesta que la norma exige que se verifique que la legislación del extranjero (Suiza) permita desarrollar actividades económicas, financieras, productivas o comerciales fuera de su jurisdicción a ciertos contribuyentes con el fin de tomar beneficios tributarios locales, por lo que debido al tipo de renta de la que se trata (dividendos) resulta irrelevante considerar la aplicación de esta condición, puesto que, la utilidad obtenida por inversiones en títulos valores es una renta obtenida del capital, a la que no se refiere la norma. Sobre la tercera condición señala que la legislación tributaria ecuatoriana en el artículo innumerado 5to. siguiente al 7 del RLRTI define al beneficiario directo justamente para verificar la aplicación del Principio de Transparencia Fiscal, mediante el cual se puede comprobar la realidad del beneficiario del ingreso, y que en el país existe una serie de mecanismos a través de los cuales el SRI exige información en relación con la propiedad de las sociedades contribuyentes tributarias ecuatorianas y los beneficiarios efectivos de las mismas. Al respecto señala

que la empresa actora ha cumplido con la presentación del “Anexo de Accionistas, Partícipes, Socios, Miembros del Directorio y Administradores”, por lo que, se ha evidenciado quienes son sus accionistas e inclusive el “Beneficiario Efectivo”. En el presente caso, las compañías del Grupo Nestlé en Ecuador, el beneficiario efectivo final reportado es la compañía Nestlé S.A. con residencia fiscal suiza. Con lo dicho, es evidente que la tercera condición tampoco se puede entender cumplida. Manifiesta que la falta de un análisis provocó el yerro alegado, puesto que, (i) Ninguna de las tres condiciones establecidas en la LRTI a efectos de establecer un Paraíso Fiscal/Régimen Fiscal Preferente/Jurisdicción de Menor Imposición es aplicable a la transacción objeto de la discusión ni afectan a las rentas recibidas por concepto de dividendos por parte de la accionista suiza de la empresa actora; (ii) Las condiciones para que se aplique la exención del ISD en los pagos/transferencias de dividendos realizados por INDUSTRIAL SURINDU S.A. en favor de la accionista suiza, se verifican plenamente, puesto que, se realizaron luego de la liquidación del IR a la compañía ecuatoriana; se efectuaron en beneficio de una entidad extranjera cuyo beneficiario efectivo no es un residente ecuatoriano; y, el beneficiario del dividendo es una entidad no residente en un Paraíso Fiscal/Régimen Fiscal Preferente/Jurisdicción de Menor Imposición. (iii) Al no ser un hecho contradictorio el pago del ISD, el mismo se constituye en indebido al verificarse el cumplimiento de la exención establecida por ley. Dice que ya existen casos similares en el que se ha reconocido el derecho que tienen las compañías sobre la devolución de lo pagado indebidamente por ISD en la distribución de dividendos a sus accionistas del exterior. Dice que la falta de aplicación alegada provoca resultados determinantes en la emisión de la sentencia.

6.2.b. Respecto de la **falta de aplicación** del numeral 5 del Art. 24 del CDI Ecuador-Suiza (Cláusula de Tratamiento no Discriminatorio), la empresa casacionista manifiesta que el Tribunal *A quo* realiza una aplicación errónea de esta cláusula. Dice que, lo expuesto en la sentencia, respecto al trato discriminatorio alegado por SURINDU S.A., está en plena inobservancia del Art. 425 de la Constitución de la República que, establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, en el que los convenios internacionales están sobre las distintas leyes y las resoluciones. Los arts. 1 y 3 del CDI Ecuador-Suiza, señalan el ámbito de aplicación del Convenio así como las definiciones generales utilizables en



este instrumento internacional, que ENTREPRES MAGGI S.A. es accionista de SURINDU S.A., y tiene residencia fiscal en Suiza desde el año 2003, por lo tanto, es una persona sobre la que aplican los beneficios y derechos establecidos en el CDI; el art. 24 del referido CDI incluye una cláusula de “no discriminación” que es de aplicación obligatoria y su interpretación, contrario a lo que sostiene el Tribunal *A quo*, garantiza a las inversiones extranjeras el mismo tratamiento que se da a las empresas o inversiones locales en los países renta sino para cualquier tipo de obligación tributaria que pueda considerarse más gravosa y, por tanto, discriminatoria. El trato discriminatorio alegado por SURINDU S.A., se refiere al tratamiento que aplicó el SRI a la distribución de dividendos en favor de ENTREPRES MAGGI S.A. pues, es discriminatorio generar un impuesto adicional del 5% de ISD por la transferencia de dividendos, lo cual no ocurriría si el inversionista directo fuera un residente ecuatoriano o un extranjero residente en otra jurisdicción, por lo tanto, este tratamiento es inadmisibles de acuerdo con el Art. 24 del CDI suscrito con Suiza. Sostiene que la causal de casación invocada se ajusta plenamente en el presente caso, pues, la falta de aplicación de la norma contenida en el Convenio Internacional provoca que se genere un trato discriminatorio en contra de ENTREPRES MAGGI en su calidad de inversionista suizo en Ecuador, lo que provoca resultados determinantes en la emisión de la sentencia.

6.2.c. Respecto de la **aplicación indebida** del art. 4 de la Resolución NAC-DGERCGC15-0000052 emitida por el SRI, argumenta que el Tribunal de instancia entiende que esta norma puede reformar las condiciones dispuestas por la ley en el 2do. artículo innumerado siguiente al 4 de la LRTI; dicha Resolución y, específicamente su art. 4, son determinantes para establecer si existe una jurisdicción de menor imposición involucrada en una transacción, aun cuando la Resolución fue emitida antes de la vigencia de la Disposición Reformatoria Quinta de la Ley Orgánica para la Aplicación de la Consulta Popular en la que se incluyó el segundo artículo innumerado siguiente al Art. 4 de la LRTI que es la norma de aplicación para identificar la existencia de Paraísos Fiscales/Regímenes Preferentes/Jurisdicciones de Menor Imposición. Dice que el yerro se evidencia cuando el Tribunal de instancia indica que la referida Resolución del SRI basta para identificar la existencia de un régimen de menor imposición sin atender el análisis que exige la norma legal para comprobar al menos 2 de las

3 condiciones expresamente incluidas en la LRTI. La aplicación indebida cometida por el Tribunal *A quo* se deriva de la inobservancia del Art. 425 de la CRE que, de acuerdo con el Art. 7 del CT, la autoridad que en ejercicio de la facultad reglamentaria deje de aplicar la ley, será responsable por abuso de autoridad. Sostiene, finalmente, que la aplicación indebida alegada provoca resultados determinantes en la emisión de la sentencia. Solicita se case la sentencia y se dicte una nueva en mérito de los autos.

SÉPTIMO: CONTESTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DEL SRI.-

7.1. Respecto al caso 2 del Art. 268 del COGEP por el vicio de **contradicción** en el que, a criterio de la recurrente, ha incurrido el Juzgador de instancia, el SRI en su escrito de contestación al recurso manifiesta que, es necesario remitirse a las pretensiones del actor consignados en su demanda: “se deje sin efecto la resolución que impugna y se disponga la devolución de USD. \$ 530.902,00 más intereses”, que al existir dos pretensiones, el Tribunal *A quo* analiza cada una de ellas y si bien, refiriendo a la primera, es claro en explicar que la resolución impugnada carece de motivación que permita verificar su legitimidad, produciendo en consecuencia, la nulidad del acto, pero no por ello, necesariamente implica que se tenga por aceptada la solicitud del pago indebido sino que debe determinar si el pago que indica el contribuyente ha cumplido con las condiciones necesarias para ser indebido. De otro lado indica que, la actora invoca dos vicios diferentes (contradictorio e incompatible) que, de acuerdo a la técnica casacional no son sinónimos, sino que cada uno tiene particularidades propias y que, al no ser individualizado el vicio incurrido, el recurso de casación deviene en infructuoso. Manifiesta que para que proceda la solicitud de pago indebido, el actor debía aportar el documento por el que se acredite que para el mes de mayo del 2018, el socio al que se le distribuyeron los dividendos no se encontraba domiciliado en un paraíso fiscal a través de la constatación de la tasa impositiva efectiva del IR o de otro de naturaleza idéntica a fin de aplicar la exención establecida en el numeral 5 del Art. 159 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, o que señale que la tasa impositiva efectiva de IR o impuesto de naturaleza idéntica, emitido por autoridad tributaria competente del país en que radicaba el beneficiario de los dividendos; la importancia de este documento radica en que es necesario demostrar cuál es la tasa impositiva efectiva de IR o de naturaleza idéntica, información que sólo puede ser suministrada por el

organismo competente del país en donde radica el beneficiario de los dividendos. Tampoco se demostró, manifiesta la autoridad tributaria la residencia fiscal del socio beneficiario de los dividendos, por lo que, no se aplicó la exención dispuesta en el Art. 159.5 de la referida Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria; de esta manera, se ha configurado todos los presupuestos necesarios del hecho generador del ISD, según la Ley. Si bien se ha evidenciado el pago realizado no se ha demostrado que este sea indebido. De otro lado, la empresa actora decidió denunciar dos vicios: contradicción e incompatibilidad, más, de la lectura del recurso, se desprende que sólo se remite a explicar las razones del por qué considera contradictoria pero no precisa las razones por las cuales considera que existe incompatibilidad. Sobre la contradicción en la sentencia dice que, si bien se declaró la nulidad del acto impugnado por falta de motivación, esto no implica que la solicitud de pago indebido deba ser aceptada, es evidente que no existe oposición en la ejecución de ambas resoluciones, pues, la una no depende de la otra para ejecutarse, como erróneamente lo configura el actor, sino que la petición de pago indebido no ha prosperado por falta de prueba. Adicionalmente dice que la parte actora no solicitó recurso de aclaración de la sentencia. Concluye diciendo que la sentencia se encuentra debidamente estructurada y explicada, por ende, el recurso interpuesto no procede.

7.2. En relación al caso 5, **por falta de aplicación** del 2do. artículo innumerado siguiente al Art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la autoridad tributaria manifiesta que, en el fallo recurrido no se ha configurado el vicio de falta de aplicación ya que sí se aplicó dicha disposición al caso en concreto, ni mucho menos se ha negado el derecho que esa norma reconoce. Manifiesta que del análisis que realiza el casacionista, referente a las condiciones señaladas en el referido artículo es necesario realizar algunas observaciones: respecto de la 1ra. condición dice que el recurso indica que no se han aplicado los Arts. 9 y 38 LRTI que nada tienen que ver con la demostración para determinar cuál es la tasa efectiva del IR o de impuestos idénticos. El actor, en este punto, realiza una serie de alegaciones sobre la información con la cual contaba el SRI para determinar el valor de la referida tarifa, sin embargo, no precisa cuáles son los documentos o datos en cuestión, a más de que a consideración del SRI, lo que debía analizar es cómo el Tribunal de instancia, bajo su criterio legal, no ha analizado esta condición al caso en concreto. Respecto de la 2da. con-

dición manifiesta que, el mismo actor indica que el análisis de esta es irrelevante debido a que el tipo de renta de que se trata-distribución de dividendos-no es aplicable al caso. Sobre la 3ra. condición, el recurrente no explica cómo es que el Tribunal de instancia no ha observado esta condición sino que, más bien, su explicación se centra en indicar que el SRI posee información en sus bases de datos con la cual puede verificar la propiedad accionaria de la empresa que distribuyó los dividendos pero no indica cuáles son estos documentos en concreto, a más de que tales argumentos debieron ser consignados en el proceso judicial y no en casación. Respecto del protocolo que modifica el CDI entre Ecuador y Suiza, manifiesta que este no está en vigencia y que, por lo tanto, no es aplicable a este caso. Dice que el actor debía demostrar, en el proceso de impugnación, que el beneficiario de los dividendos no estaba inmerso en ninguna de las condiciones del artículo innumerado a continuación del Art. 4 LRTI, pues, más allá del análisis que pueda realizar el Tribunal de instancia sobre dichas condiciones, sin prueba que verifique que, en efecto, el beneficiario de los dividendos distribuidos no se encontraba residiendo en un paraíso fiscal, régimen fiscal preferente o jurisdicción de menor imposición, no cabría la posibilidad de dictar una resolución fundamentada en meras estimaciones. Hace referencia al Art. 169 del COGEP respecto a la carga de la prueba y manifiesta que le correspondía a la sociedad actora presentar los documentos probatorios que demuestren que la sociedad a la que se le habían distribuidos los dividendos no se encontraba en un paraíso fiscal, régimen fiscal preferente o jurisdicción de menor imposición. Respecto al precedente jurisprudencial señalado por el actor, señala que éste no constituye un fallo de obligatoria aplicación. Solicita no casar la sentencia.

7.3. Respecto a la **falta de aplicación** del numeral 5 del Art. 24 del CDI Ecuador-Suiza (Cláusula de Tratamiento No Discriminatorio), el SRI hace referencia al Art. 2 del referido Convenio y señala que este instrumento internacional se aplica al impuesto a la renta, sobre el patrimonio y sobre aquellos impuestos de naturaleza idéntica o análoga, fundado en criterios doctrinarios sostiene que, el ISD no tiene igual naturaleza que los impuestos a la renta o sobre el patrimonio, por lo que, no le son aplicables las disposiciones contenidas en el CDI Ecuador-Suiza, por tanto es acertado que el Tribunal de instancia señale que no existe CDI entre Ecuador y Suiza que se aplique al ISD, para



lo cual señala la norma del art. 24 del referido CDI y, de manera específica, los numerales 4 y 5 de esta disposición internacional. Sobre esta última dice que el beneficiario de la distribución de los dividendos no se encuentra sometido en el Ecuador a ningún impuesto u obligación que no sea exigida o sea más gravosa que las que aplican para sus nacionales; en el presente caso, el ISD es un impuesto aplicable a cualquier persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos legales determinados para la existencia del hecho generador-transferencia de dineros al exterior-, siendo que la aplicación de las normas tributarias es de igual y general aplicación sin distinción o discriminación alguna tanto para nacionales como para extranjeros. Concluye manifestando que dentro del CDI no se ha contemplado regulación expresa que aplique para el ISD tal como lo indica el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida.

7.4. Sobre la aplicación indebida del Art. 4 de la Resolución No. NAC-DGERCGC15-000052 emitida por el SRI, manifiesta que el Tribunal de instancia efectúa el análisis del artículo innumerado a continuación del Art. 4 LRTI pero también toma en consideración el Art. 4 de dicha Resolución que es una norma que no contraría la disposición legal pues señala el concepto de jurisdicción de menor imposición. En tal virtud, se demuestra que el Tribunal *A quo* si aplicó la norma legal referida y, de acuerdo con la técnica casacional, no se ha configurado el vicio alegado por el actor. Finalmente dice que el Tribunal de instancia ha decidido fallar en la forma que lo hizo, por cuanto, el actor no presentó prueba alguna mediante la cual se pueda establecer que no se encontraba inmersa dentro de las tres condiciones previstas en el artículo innumerado al artículo 4 LRTI. Solicita no casar el fallo recurrido.

OCTAVO: ANÁLISIS DE ESTA SALA PARA RESOLVER EL CASO.-

8.1. Análisis del problema jurídico planteado.-

El recurso de casación se fundamenta en los casos 2 y 5 del Art. 268 del COGEP que disponen:

“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. (...) 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 numeral segundo se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que podría configurarse, de tres formas: 1) por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; 2) por incongruencia en la parte dispositiva del fallo en cuanto se adopten resoluciones contradictorias o incompatibles; y, 3) cuando la sentencia no cumpla el requisito constitucional y legal de la debida motivación.

El numeral cinco contiene los denominados errores *in iudicando* en la sentencia, en otras palabras, la violación directa de la norma sustantiva señalada por el recurrente. En este caso, de configurarse el error jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. Este es el caso que tiene como limitante revalorar las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia.

NOVENO: CASO SUB JUDICE A RESOLVER.- CASO 2 del Art. 268 del COGEP.-

El recurso de casación presentado por la empresa actora casacionista, se fundamenta en el supuesto de que la sentencia recurrida, en su parte dispositiva, adoptó decisiones contradictorias e incompatibles, al respecto de lo cual esta Sala de Casación considera:

9.1. Alcance doctrinario del error.- El autor Luis Cueva Carrión en su obra “La Casación en materia civil” (Ediciones Cueva Carrión. Ecuador. 2011, pág. 330) en lo referente a las decisiones contradictorias o incompatibles, manifiesta:

“La sentencia es pieza fundamental que pone fin a la instancia o al proceso, según el caso, en ella se decide sobre los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen la parte vertebral de todo juicio y su razón de ser; por lo tanto, debe ser redactada en forma clara, precisa, sin hacer uso de frases oscuras o indeterminadas; las decisiones que en ella se adopten no pueden ser incompatibles entre sí, ni contradictorias, de serlo, se tornaría difícil, imposible quizá, ejecutarla. Toda la sentencia debe guardar armonía y congruencia entre sus partes y con el proceso.”

De su parte, el doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro “La Casación Civil en el Ecuador” (Andrade & Asociados. Fondo Editorial. Págs. 135 y 136) expresa:

“...También pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y resolutive, 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. El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado”

9.2. CASO SUB JUDICE.- Para resolver sobre la contradicción alegada por la recurrente, resulta importante señalar el **“Objeto del proceso”**: “Dilucidar respecto de la legitimidad de la resolución nro. 117012018RDEV368297, emitida el 12 de noviembre de 2018 por la Dirección Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, con la cual negó su reclamo de pago indebido de impuesto a la salida de divisas, correspondiente al mes de mayo de 2018, atendiendo a su motivación; y, de ser el caso y en lo procedente, disponer la devolución de USD. \$ 530.902,00 más intereses.”

9.2.1. En esencia, el cuestionamiento de la parte recurrente, gira en torno al argumento de la existencia de una contradicción entre las decisiones del Tribunal de instancia que se materializa, a criterio del casacionista, en los numerales 6.2. y 6.3. de la sentencia recurrida. INDUSTRIAL SURINDU S.A., haciendo referencia a la contradicción, supuestamente incurrida, ha dicho: “a. **Conclusión 1:** “6.2. (...) Así, del texto del acto impugnado **no se puede establecer el motivo para que este documento sea indispensable para atender lo pedido**, pues sólo dice: “aa... el documento solicitado es necesario para que esta Administración Tributaria analice y verifique el reclamo de pago indebido de Impuesto a la Salida de Divisas argumentado por el contribuyente, lo cual únicamente es posible establecer con la información solicitada.” La Sala concluye que resulta fundamental establecer el motivo para que el certificado de la tarifa pagada en Suiza para determinar el carácter de indebido del pago. b. **Conclusión 2:** “6.3. (...) No obstante, en el proceso no obra elemento probatorio alguno, ya sea aquel requerido por la Administración Tributaria en su providencia nro. 117012018PDEV997295,

o cualquier otro correspondiente a la fecha del pago de los dividendos del año 2017 verificado en mayo de 2018 a través de transferencia bancaria-, que permita conocer cuál era la tasa impositiva efectiva de impuesto a la renta o impuesto de naturaleza idéntica o análoga, aplicable a rentas de la misma naturaleza que los dividendos, para el ejercicio fiscal en el que se efectuaron los pagos en el cantón de Suiza al que se realizó la transferencia, considerando que este es un país en que la carga impositiva suele variar de forma significativa entre sus diferentes regiones hecho de conocimiento público-;” La Sala concluye que para verificar el pago indebido debía contar con el certificado de la tarifa pagada en Suiza para determinar el carácter de indebido del pago. c. **Contradicción:** La Sala en el considerando 6.2 descarta el argumento del SRI respecto a la negativa del pago indebido respecto del certificado de la tarifa pagada en Suiza, y por otra parte, el considerando 6.3. establece la necesidad de dicho certificado para determinar la procedencia de la devolución del ISD pagado. Es decir, incurren en decisiones contradictorias respecto al mismo punto, verificándose así la causal segunda del Art. 268 del COGEP.” (Las negrillas no nos corresponde, subrayado sí)

9.2.2. De la revisión de los recaudos procesales así como del recurso presentado por el recurrente no se observa que en este último se haga el análisis de la incongruencia entre la parte considerativa con la parte dispositiva del fallo recurrido, requisito necesario e indispensable para que esta Sala pueda apreciar si en efecto existe el vicio acusado. El recurrente se refiere a una supuesta contradicción entre el ítem 6.2 y el 6.3 de la parte considerativa de la sentencia de instancia, pero no señala con precisión cuál es la incidencia que tiene la alegada contradicción en la decisión final o parte resolutive de la sentencia de instancia, por lo que, la proposición jurídica está mal configurada y esto basta para desechar el yerro alegado (También pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y resolutive, así lo establece la causal quinta- SANTIAGO ANDRADE).

9.2.3. En otras palabras, en los términos señalados en el numeral 2 del Art. 268 del COGEP, si la contradicción que se alega se halla en la parte considerativa de la sentencia, ésta, para que el vicio proceda, debe tener directa incidencia en la conclusión a la que ha llegado el juzgador, sin embargo, como se ha dejado anotado, la casacionista no ha señalado con precisión cuál fue la incidencia de este supuesto yerro en la decisión del Tribunal



de instancia; recuérdese que la causal alegada ataca la estructura misma de la sentencia y su falta de coherencia. La contradicción es un defecto de actividad lógica y para que haya contradicción en la decisión tomada (parte dispositiva) con algún considerando, por lo que, esta Sala especializada no puede analizar el yerro alegado ni tampoco subsanar los errores cometidos en el acto de proposición, considerando que el recurso de casación es dispositivo, de alta técnica jurídica y extraordinario.

Por las consideraciones señaladas se rechaza el recurso por la causal segunda del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP.

10. CASO 5 del Art. 268 del COGEP.- El recurso de casación presentado por la empresa actora casacionista también se fundamenta en la **falta de aplicación** del 2do. artículo innumerado siguiente al Art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno; así como del Art. 24 numeral 5 del Convenio para evitar la doble imposición entre Ecuador y Suiza; y, la **aplicación indebida** del Art. 4 de la Resolución NAC-DGERGCG15-0000052 emitida por el Servicio de Rentas Internas; esta Sala de Casación para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en el caso 5 en que funda el recurso la accionante y admitido por el señor Conjuez de la Sala considera:

10.1. Alcance doctrinario del error.- Muchos autores y estudiosos del tema se han pronunciado sobre los vicios alegados, por ejemplo, lo dice el jurista ecuatoriano Luis Cueva Carrión en su obra “La casación en materia civil” (Ediciones Cueva Carrión, 2011. Pág. 226):

“El error in iudicando tiene relación directa con el derecho sustantivo o de fondo; es el que se comete al violar las normas jurídicas de derecho sustantivo o material. Es el defecto en el juicio de derecho.”

La parte actora recurrente ha alegado la **falta de aplicación** de una norma de derecho. El autor, Luis Armando Tolosa Villabona, al respecto sostiene:

“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...” (Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Pág. 361).

La falta de aplicación “ocurre cuando el senten-

dor 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.”

El recurrente también ha alegado **aplicación indebida**, sobre este vicio el autor Luis Armando Tolosa Villabona, señala que:

“(…) es un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido. Se trata de una sentencia injusta, y el error, es error de subsunción o de aplicación. A la norma se la entiende rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos que no contempla” (Tolosa Villabona, Luis Armando. “Teoría y Técnica de la Casación”. 2008. Bogotá-Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 359).

Más contundente incluso cuando señala, sobre el vicio de **indebida aplicación**:

“(…) 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.” Para Calamandrei, al vicio de aplicación indebida puede llegarse “(…) por dos distintos modos que son perfectamente aplicables en nuestra técnica: porque, o puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), o pueda padecerse equivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.”

10.2. Normas aplicables al caso.- A fin de establecer si se configura o no los cargos alegados, esta Sala Especializada de Casación, detalla las normas de derecho que la empresa recurrente INDUSTRIAL SURINDU S.A. estima infringidas y que han sido admitidas por el Conjuez:

Ley de Régimen Tributario Interno

“2do. art. innumerado siguiente al Art. 4: Se considerarán como paraísos fiscales aquellos regímenes o jurisdicciones en los que se cumplan al menos dos de las siguientes condiciones: **1.** Tener una tasa efectiva de impuesto sobre la renta o impuestos de naturaleza idéntica o análoga inferior a un sesenta por ciento (60%) a la que corresponda en el Ecuador o que dicha tarifa sea desconocida. **2.** Permitir que el ejercicio de actividades económicas, financieras, productivas o comerciales no se desarrolle sustancialmente dentro de la respectiva jurisdicción o régimen, con el fin de acogerse a

beneficios tributarios propios de la jurisdicción o régimen. **3. Ausencia de un efectivo intercambio de información conforme estándares internacionales de transparencia, tales como la disponibilidad y el acceso a información por parte de las autoridades competentes sobre la propiedad de las sociedades, incluyendo los propietarios legales y los beneficiarios efectivos, registros contables fiables e información de cuentas bancarias, así como la existencia de mecanismos que impliquen un intercambio efectivo de información.- Exclusivamente con efectos tributarios, esta disposición se aplicará aunque la jurisdicción o el régimen examinado no se encuentre expresamente dentro del listado de paraísos fiscales emitido por el Servicio de Rentas Internas.- El Servicio de Rentas Internas podrá incluir o excluir jurisdicciones o regímenes en el listado referido en el inciso anterior, siempre que verifique lo dispuesto en el presente artículo respecto al cumplimiento o no de dos de las tres condiciones.”**

Convenio suscrito entre el Gobierno de la República del Ecuador y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio

“Art. 24. No discriminación.- (...) 5. No obstante las disposiciones del Artículo 2, lo dispuesto en el presente artículo se aplica a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación.”

Resolución NAC-DGERCGC15-0000052 del Servicio de Rentas Internas

“Art. 4.- Jurisdicción de menor imposición.- Tendrán el mismo tratamiento de paraíso fiscal, aquellas jurisdicciones cuya tasa efectiva de impuesto sobre la renta o impuestos de naturaleza idéntica o análoga sea inferior a un sesenta por ciento (60%) a la que corresponda en el Ecuador sobre las rentas de la misma naturaleza de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno, durante el último período fiscal, según corresponda.”

10.3. CASO SUB JUDICE.- Respecto a la **falta de aplicación** de las normas alegadas por la parte actora como infringidas, para que se configure el mismo se requiere de la presencia de dos elementos: el primero, debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutoria del fallo recurrido. Esta Sala de Casación, de manera uniforme en sus fallos, ha considerado que la fundamentación técnico-jurídica de esta causal debe orientarse a deter-

minar, en primer lugar, cuál es la norma a aplicarse a los hechos materia de la *litis* y que el juzgador dejó de aplicarla; posteriormente, argumentar sobre las razones por las cuales se debía aplicar la norma propuesta; luego, determinar que norma fue aplicada en lugar de aquella que da solución al problema jurídico materia de la decisión judicial; y, finalmente, demostrar la incidencia o trascendencia del vicio en la decisión tomada por el juzgador. El cumplimiento de todos estos requisitos permite a la Sala analizar la existencia o no del yerro alegado.

10.3.1. Como se ha referido *ut supra* este es el caso que tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia; sin embargo, ha de partirse del objeto de la *litis* señalado en la sentencia y fijado por las partes de común acuerdo con el juzgador en la audiencia preliminar, la misma que consistió en: **“4.2. Objeto del proceso:** Sin oposición de las partes, así quedó fijado el objeto de la *litis*: “Dilucidar respecto de la legitimidad de la resolución nro. 117012018RDEV368297, emitida el 12 de noviembre de 2018 por la Dirección Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, con la cual negó su reclamo de pago indebido de impuesto a la salida de divisas, correspondiente al mes de mayo de 2018, atendiendo a su motivación; y, de ser el caso y en lo procedente, disponer la devolución de USD. \$ 530.902,00 más intereses.” (La negrilla no nos corresponde)

10.3.2. De la revisión de los recaudos procesales así como de los hechos probados se puede determinar que: **(i)** La compañía INDUSTRIAL SURINDU S.A. distribuyó los beneficios sociales obtenidos durante el ejercicio económico del año 2017 a los accionistas que constan en el Libro de Acciones y Accionistas. **(ii)** La compañía actora, con fecha 29 de mayo de 2018, a través del Citibank N.A., sucursal Ecuador efectuó un pago al exterior por concepto de dividendos a su accionista ENTREPRISES MAGGI S.A., entidad parte del Grupo de Compañías de Nestlé a nivel mundial, con domicilio fiscal en Suiza. **(iii)** INDUSTRIAL SURINDU S.A. presentó un reclamo administrativo de pago indebido solicitando el reintegro de USD 530.902.00 por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas, ISD por la transferencia de pago de dividendos generados en el ejercicio 2017 en favor de los accionistas extranjeros de la compañía. **(iv)** El Servicio de Rentas Internas, SRI emitió la Resolución No. 117012018RDEV368297, notificada el 13 de noviembre del 2018, la misma que resuelve negar la petición de pago indebido por concepto de



Impuesto a la Salida de Divisas.

10.3.3. Por los efectos que pueda producir, emparezaremos por el análisis de la **falta de aplicación** del Art. 24.5 del Convenio suscrito entre el Gobierno de la República del Ecuador y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, esgrimido por el recurrente, convenio que contiene la cláusula de tratamiento NO Discriminatorio; el *Juzgador A quo* en la sentencia recurrida sobre el tema ha manifestado: “6.3.7. **DEL TRATO DISCRIMINATORIO:** La compañía actora alega existir un trato discriminatorio, atentatorio con el convenio para evitar la doble tributación suscrito con Suiza, toda vez que, por ausencia del documento emitido por la Administración Tributaria del país de residencia fiscal, en el que se pueda identificar la tasa impositiva de impuesto a la renta de la empresa beneficiaria de los dividendos. En este sentido, es de considerar, en términos generales, que la discriminación supone una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades, lo cual no se observa en el caso en cuestión, pues tal condicionante de la exoneración del pago del impuesto a la salida de divisas, debe ser acreditada, de forma general e igualitaria, por todos quienes la invoquen, siendo que en el proceso no se demostrado forma de discriminación alguna.”; en definitiva, el Tribunal de instancia ha tratado expresamente la alegación de la empresa casacionista, llegando a una conclusión determinada; sin embargo es necesario señalar que, el pago de ISD lo realizó la compañía INDUSTRIAL SURINDU S.A., en calidad de sujeto pasivo del impuesto; y de acuerdo a los hechos considerados en la sentencia de instancia, que no han sido motivo de controversia SURINDU es una empresa domiciliada en el Ecuador y por tanto OBLIGADA al pago de este impuesto, cuando se cumpla el hecho generador del tributo, al punto que quien presenta el reclamo de pago indebido y la acción contenciosa en contra de la resolución que le niega la devolución es la empresa ecuatoriana; por tanto de ninguna manera le es aplicable el Convenio para evitar la doble imposición tributaria suscrito entre la Confederación Suiza y el Ecuador puesto que quien ha pagado el ISD no es una empresa domiciliada en Suiza, como para sostener la aplicación del referido convenio. De este concreto análisis se desprende que no es aplicable dicho Convenio al presente caso, por tanto se rechaza el cuestionamiento a la sentencia por falta de aplicación del referido convenio.

10.3.4. Respecto a la **falta de aplicación** del 2do. Art. innumerado después del Art. 4 de la Ley de

Régimen Tributario Interno, LRTI., alegado por la empresa recurrente, por la íntima relación que tienen, vamos a proceder a analizar juntamente con el error también denunciado respecto a la **aplicación indebida** del Art. 4 de la Resolución No. NAC-DGERCGC15-0000052 dictada por el Servicio de Rentas Internas, pues corresponde a la misma construcción del yerro alegado.

10.3.5. Esta Sala Casacional, luego de la revisión del fallo de instancia, así como del contenido del recurso planteado por la empresa casacionista, considera necesario analizar la referida Resolución No. NAC-DGERCGC15-0000052, publicada en el suplemento del Registro Oficial nro. 430 de 3 de febrero de 2015 del Servicio de Rentas Internas, pues a decir de la recurrente las normas reglamentarias no pueden reformar las condiciones dispuestas por la ley, sostiene que: “El Tribunal A quo realiza una aplicación indebida de esta norma al entender que la misma puede reformar las condiciones dispuestas por ley en el segundo artículo innumerado siguiente al Art. 4 de la LRTI. (...)” El segundo artículo innumerado después del 4 de la LRTI contiene el tratamiento de los considerados paraísos fiscales, para cuyo efecto esboza y puntualiza el concepto de jurisdicción de menor imposición, y dispone que para ser considerado como tal ha de cumplirse al menos DOS de las siguientes condiciones (son 3): la primera sobre la tasa efectiva de impuesto a la renta o impuesto de naturaleza idéntica o análoga que, ha de ser inferior a un sesenta por ciento (60%) a la que corresponde en el Ecuador sobre las rentas, que es la única condición a la que se refiere tanto el SRI en la resolución impugnada y que el Tribunal de instancia en su sentencia manifiesta (*no emitirá pronunciamiento alguno, por no corresponder*), en otras palabras ni en fase administrativa ni en la jurisdiccional se explica ni analizan las 2 condiciones restantes: (2. que el ejercicio de actividades económicas, no se desarrolle sustancialmente dentro de la respectiva jurisdicción o régimen, 3. Ausencia de un efectivo intercambio de información conforme estándares internacionales de transparencia), condiciones que sin ninguna duda correspondían ser demostradas y probadas por el ente de control tributario, según lo sostiene el Tribunal de instancia al señalar que en la prueba debe estarse a lo señalado en los Arts. 158, 169 y 311 del COGEP; es decir que deben probarse todos los hechos alegados por las partes; pero sobre los actos impugnados corresponden a la administración tributaria demostrar los hechos del contribuyente de los que se concluya la existencia de la obligación tributaria

y su cuantía. En conclusión, esta Sala considera que efectivamente existe una indebida aplicación del Art. 4 de la Resolución No. NAC-DGERC-GC15-0000052, por haber contrariado el 2do. Art. innumerado después del 4 de la LRTI, y por tanto se configura el vicio denunciado y se procede a casar la sentencia recurrida; sin embargo, como se ha verificado que en el fallo de instancia no existen hechos probados respecto al descarte de los tres numerales contenidos en el art. innumerado 2 después del 4 de la LRTI, esta Sala no puede emitir la sentencia de mérito correspondiente por falta de elementos probatorios y no puede, aventurarse sin ellos, a emitir la misma. Por este motivo, procede devolver el expediente al Tribunal de instancia para que considerando la casación aquí declarada, proceda a resolver el asunto controvertido valorando los hechos que sólo los juzgadores de instancia pueden hacerlo.

DÉCIMO PRIMERO: DECISIÓN.-

11.1. Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LE-**

YES DE LA REPÚBLICA, resuelve **CASAR** la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha el 30 de septiembre del 2019 en el proceso No. 17510-2019-00075 y por cuanto no existen hechos probados y analizados sobre los cuales esta Sala pueda aplicar la norma sustantiva cuyo yerro se ha producido, se dispone reenviar los autos al mismo Tribunal Contencioso Tributario de Quito, para que emita sentencia de mérito.

11.2. Sin costas.

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

11.4. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 838-UATH-2022-OQ, de 28 de julio de 2022.

f) DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA, JUEZ NACIONAL (PONENTE). DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ, JUEZA NACIONAL. DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA, JUEZ NACIONAL.

Certifico.-



II

Juicio Nro. 17510-2020-00061
Fecha: 7 de julio del 2023, las 10h29

TEMA: Indebida aplicación del Art. 4 de la Resolución del SRI, por haber contrariado el 2do. Art. innumerado después del 4 de la LRTI

SÍNTESIS

La deducción dispuesta en la ley aplica únicamente en los casos de donación, resuelve que quienes venden un inmueble adquirido a título gratuito (herencia, prescripción) casos similares a la donación, puede aplicarse por analogía (Art. 14 del Código Tributario), la disposición del primer inciso del Art. 559 del COOTAD, de modo que, la administración tributaria deberá proceder a liquidar el impuesto, considerando como valor de adquisición el avalúo del inmueble a la fecha de la delación de la herencia. Considera la Sala que, en lugar de las referidas normas, el Tribunal de instancia en su afán de favorecer a la parte actora afirma que *"(...) el bien adquirido por sucesión por causa de muerte, naturalmente sí reporta un valor de adquisición otorgado por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Distrito (...); no obstante, no sustenta tal afirmación en ninguna norma legal que deje sin piso o vuelva inaplicables a los artículos 4 del COT y 559 del COOTAD, limitándose a atar su argumento a doctrina sobre la prueba. Que, en lugar de las referidas normas cita y aplica el artículo 122 del COT, que regula el pago indebido, afirmando que "(...) el criterio que este Tribunal observa y comparte, pues, indefectiblemente, para establecerse la existencia de un posible pago indebido, debe verificarse el pago y su calidad, en el marco del artículo transcrito. Es así como, conforme lo manifestado en los considerandos que anteceden, en el proceso no se ha demostrado que las actoras tengan la calidad de sujetos pasivos del impuesto por utilidades o plusvalía, en tanto no se ha verificado ni utilidad –conforme lo ampliamente expuesto ni plusvalía en la venta del inmueble adquirido por herencia de sus padres (...)" lo cual no tiene ningún sentido, más aún cuando el objeto de la controversia versó sobre pago en exceso, no pago indebido.* Finalmente la Sala llama la atención a los juzgadores de instancia, por la poca prolijidad en el análisis que realizan, siendo la adquisición del inmueble en cuestión a título gratuito, similar al caso de adquisición por donación, la Sala considera que es perfectamente válido aplicar por analogía, la disposición del primer inciso del artículo 559 del COOTAD, de modo que, la administración tributaria deberá proceder a liquidar el impuesto, para lo que deberá considerar como valor de adquisición el valor del avalúo del inmueble a la fecha de la delación de la herencia, a lo que se sumarán los valores por contribuciones especiales de mejoras, valor que se restará del valor de la compra venta y el valor así obtenido aplicará la tarifa del 10% del impuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00061

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Quito, viernes 7 de julio del 2023, las 10h29,

VISTOS: El magister Juan Alvarracín Criollo, procurador judicial del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, interpone recurso de casación en contra del fallo dictado el 15 de septiembre de 2021,

9h28, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en el juicio de impugnación No. 17510-2020-00061.

1. Antecedentes procesales.

1.1. Objeto de la controversia.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en sentencia de 15 de septiembre del 2021, 9h28, en audiencia preliminar y conjuntamente con las partes, determinó el objeto de la controversia en los siguientes términos: *“Dilucidar respecto de la legitimidad de la resolución nro. RESOL-DMT-JTD-2019-004937, emitida el 11 de noviembre de 2019 por el director metropolitano tributario del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, con la cual negó el reclamo administrativo de pago en exceso del impuesto a la utilidad por la transferencia de dominio del predio nro. 530885; y, en consecuencia, de ser el caso y en lo procedente, se disponga la devolución de USD. \$33.556,25 más intereses.”*

1.2. Resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito en el fallo referido resolvió aceptar la demanda presentada por las actoras señoras Gabriela, Erika y Evelyn Baer Crespo y declaró la ilegitimidad de la Resolución No. RESOL-DMT-JTD-2019-004937, emitida el 11 de noviembre de 2019 por la autoridad tributaria municipal, y al no haber verificado la ocurrencia del impuesto por utilidades y plusvalía, dispuso el reintegro a las actoras de lo solicitado, esto es USD. \$ 33.556,25 más intereses.

1.3. Recurso de aclaración y ampliación.- Mediante escrito de 20 de septiembre de 2021 presentado por el doctor Juan Alvarracín Criollo, procurador judicial del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, solicita al Tribunal de instancia que se aclare y amplíe la sentencia notificada en el sentido de que se aclare: *“(...) el porque debía el sujeto activo del tributo a) Probar la verificación del hecho generador, si las mismas actoras, tanto en sede administrativa como judicial, han reconocido expresamente que han transferido el dominio de un bien adquirido a título gratuito, con la consiguiente ganancia para ellas, es decir, han reconocido que ha ocurrido el hecho generador; y, b) Probar la calidad de sujetos pasivos de las actoras, si ellas al haber reconocido que por su actuar ha ocurrido el hecho generador, es lógico que adquieren la calidad de sujetos pasivos.”* Así mismo solicita que se aclare *“(...) por qué considera como hecho generador del tributo por utilidad a la*

adquisición de las señoras actoras, si éste acto no es el que da origen al impuesto sino la venta hecha por ellas.”; y, solicita se amplíe la sentencia señalando si las actoras presentaron pruebas de la deducción por mejoras.

1.4. Resolución del recurso de aclaración y ampliación.- El Tribunal de instancia mediante auto de 27 de septiembre del 2021, las 12h51, respecto del recurso de aclaración y ampliación presentado por la parte demandada, dispuso, en base a lo solicitado que: en lo que atañe a la aclaración, no se puede establecer cuál es la oscuridad en el texto del fallo recurrido, siendo que, al contrario, denota su completo entendimiento, por lo que el recurso interpuesto tan solo expresa la inconformidad del recurrente. Sobre la ampliación solicitada, manifestó que la sentencia no ha dejado de resolver punto controvertido alguno, ni ha omitido en decidir sobre frutos, intereses o costas, como requiere el Art. 253 del COGEP, por lo que, no existe nada que ampliar. Así pues, las partes deben estar a lo dispuesto en el fallo recurrido y en la Ley.

1.5. Recurso de casación.- Mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2021, 18h15, el procurador judicial de la autoridad demandada, interpone recurso de casación (fs. 273 a 279), con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos “COGEP”, por contener la sentencia decisiones contradictorias o incompatibles y falta de motivación de la sentencia, infringiendo las disposiciones del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República y del artículo 89 del COGEP; y, por el caso quinto por el vicio de falta de aplicación de las normas contenidas en el artículo 4 del Código Tributario y del artículo 559 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización “COOTAD”.

1.6. Calificación del recurso.- El Tribunal de instancia en auto de 16 de noviembre del 2021, 10h58, calificó el recurso de conformidad con el artículo 269 del COGEP, y dispuso que se remita el proceso a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.7. Admisión.- Mediante auto de 3 de octubre de 2022, 14h51, dictado por la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, se admitió a trámite el recurso de casación exclusivamente por el **caso cinco** del artículo 268 del COGEP, por el vicio de **falta de aplicación** de las normas contenidas en los artículos 4 del Código Tributario y 559 del COOTAD.



2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa realizado el 19 de diciembre de 2022, a las 13h10, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional, José Suíng Nagua, Juez Nacional; y, Gustavo Durango Vela Juez Nacional (e), ponente en la presente causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suíng Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suíng Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero de 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalado con la acción de personal No. 166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Validez procesal

3.1. No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no adolece de nulidad, por lo que se declara el proceso válido.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. Argumentos de la parte recurrente por el vicio señalado.- La administración tributaria seccional casacionista manifiesta que la falta de aplicación del artículo 4 del Código Tributario en la sentencia del Tribunal *A quo* se produce cuando se pasa por alto el hecho de que dicha norma dispone claramente que las deducciones tributarias sólo pueden ser establecidas por ley no siendo proce-

dente realizar interpretaciones forzadas o extensivas a favor del contribuyente.

4.2. Que, en el año 2019 las actoras vendieron un predio en USD \$ 430.000,00 que heredaron de sus padres, por tanto al no haber incurrido en gasto alguno (costo de adquisición) para ser titulares del derecho de dominio, al momento de venderlo no tenían derecho a que su impuesto a las utilidades disminuya en razón de un costo de adquisición ficticio (avalúo del predio a la fecha de la herencia por USD 335.562,62) y así lo declararon (en 0); no obstante, posteriormente pretendieron se les reconozca ese valor en una posterior solicitud de pago en exceso, la que fue negada por el Gobierno Municipal fundamentada en los artículos 4 del Código Tributario y 559 del COOTAD.

4.3. Que, de acuerdo a esta normativa, dice la casacionista, las deducciones deben estar establecidas en la ley y de acuerdo a la norma del COOTAD solo para donaciones, que no es el caso de las actoras, el avalúo de la propiedad es deducible del Impuesto a la Utilidad en la transferencia de bienes urbanos, como costo de adquisición. Que, no es posible establecer con exactitud cuál o cuáles son las normas que fueron aplicadas en lugar de los referidos artículos 4 COT y 559 COOTAD (que dan solución al problema jurídico) no obstante, de los numerales 6.1, 6.2 y 6.3 se puede colegir que el Tribunal de instancia aparentemente opta por aplicar los artículos 13 y 16 del Código Tributario (numeral 6.2.1), referentes al hecho generador del tributo, para establecer la errada premisa de que no se configuró el hecho generador del tributo objeto de la controversia y aceptar la demanda presentada.

4.4. Que, en lugar de las referidas normas, el Tribunal de instancia en su afán de favorecer a la parte actora (y en contradicción con lo afirmado en el 6.2.1), opta en el numeral 6.2.1.1 por afirmar que "(...) *el bien adquirido por sucesión por causa de muerte, naturalmente sí reporta un valor de adquisición otorgado por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Distrito Metropolitano de Quito, a través de su avalúo catastral en las respectivas fechas, y que corresponde a USD. \$ 349.360,97*", no obstante, no sustenta tal afirmación en ninguna norma legal que deje sin piso o vuelva inaplicables a los artículos 4 del COT y 559 del COOTAD, limitándose a atar su argumento a doctrina sobre la prueba.

4.5. Que, en lugar de las referidas normas cita y aplica (numeral 6.3 de la sentencia) el artículo 122 del COT, que regula el pago indebido,

afirmando que “(...) el criterio que este Tribunal observa y comparte, pues, indefectiblemente, para establecerse la existencia de un posible pago indebido, debe verificarse el pago y su calidad, en el marco del artículo transcrito. Es así como, conforme lo manifestado en los considerandos que anteceden, en el proceso no se ha demostrado que las actoras tengan la calidad de sujetos pasivos del impuesto por utilidades o plusvalía, en tanto no se ha verificado ni utilidad-conforme lo ampliamente expuesto- ni plusvalía en la venta del inmueble adquirido por herencia de sus padres (...)” lo cual no tiene ningún sentido, más aún cuando el objeto de la controversia versó sobre pago en exceso, no pago indebido.”

4.6. Sostiene que la falta de aplicación de los artículos 4 del COT y 559 COOTAD fue absolutamente determinante y trascendente en la decisión del Tribunal *A quo*, pues, de haberlos aplicado el resultado hubiese sido el de desechar la demanda propuesta, precisamente porque el beneficio de deducción por costo de adquisición para el cálculo del impuesto a la utilidad en la venta de inmuebles, está expresa y exclusivamente limitado en el artículo 559 COOTAD para las adquisiciones por donación, el cual no es el caso de las actoras. Solicita casar la sentencia.

4.7. Contestación del recurso por la parte actora.- Señala que la entidad casacionista no considera que la sentencia expedida por el Tribunal *A quo* sí consideró en su motivación el **artículo 4 del Código Tributario**, pues, el punto 6.2 del “Principio de Legalidad”, hace referencia a la mencionada disposición. Dice que esta norma sirvió de respaldo al Tribunal para señalar que el principio de legalidad, previsto en la Constitución y en el Código Tributario, es la limitación formal del poder tributario, el que debe enmarcarse dentro de la capacidad contributiva del contribuyente y la prohibición constitucional de toda confiscación (incluida a través de tributos) como la limitación material. Manifiesta que la normativa tributaria que regula el impuesto a la utilidad o plusvalía se encuentra señalada en el COOTAD en la cual se detallan los elementos de la obligación tributaria que incluyen el objeto imponible, sujetos activo y pasivo, cuantía del tributo o forma de establecerla, exenciones y deducciones, con lo cual se verifica la aplicación del artículo 4 del Código Tributario, estableciéndose las deducciones de este impuesto en los artículos 557 y 559 del COOTAD, y en esta última disposición se señala que los contribuyentes pueden deducirse del precio en la venta de inmuebles, además de las mejoras, el costo de

adquisición de los mismos, valor que no quiere ser reconocido por el GAD del Distrito Metropolitano de Quito, por una interpretación restrictiva a dicho artículo.

4.8. Respecto a la falta de aplicación del artículo 559 del COOTAD dice que el recurrente se contradice al señalar que el Tribunal de instancia no está aplicando esta norma para determinar el impuesto a la utilidad o plusvalía, pues en el mismo recurso se reconoce que en la sentencia se está aplicando esa norma pero sobre hechos que considera no aplicables, ya que se está considerando como costo de adquisición del inmueble que se vende, el avalúo de la propiedad al momento en el que lo adquirieron por herencia y que esto sólo debe aplicarse en la determinación del impuesto, cuando se transfieren inmuebles que hubieren sido adquiridos por donación. Manifiesta que no es correcto el señalar que el Tribunal no está aplicando el artículo 559 del COOTAD, pues, sí lo está haciendo, ya que sí está considerando en la determinación del impuesto generado por la transferencia del inmueble realizado en el mes de febrero del 2019, un costo de adquisición que se puede deducir del valor de venta del inmueble, lo cual se prevé de forma expresa en el referido artículo del COOTAD.

4.9. Que, el recurrente insiste en considerar que en transferencias de dominio de inmuebles adquiridos a título gratuito, diferente a una donación, no pueden considerar para determinar la utilidad o plusvalía gravado con este impuesto, como deducción del precio de venta, un costo o valor de adquisición, queriendo aplicar el impuesto sobre la venta bruta de inmuebles y no sobre su utilidad (es decir, un impuesto al ingreso y no a la ganancia), a pretexto de interpretar el artículo 559 del COOTAD de forma restrictiva, pues, en el mismo se hace referencia a que el costo de adquisición, en el caso de donaciones, será el avalúo de la propiedad en la época de adquisición.

4.10. Que, desconocer a las actoras el derecho que tienen de determinar el impuesto, deduciendo del valor de venta, el costo de adquisición del inmueble, que en este caso corresponde al avalúo de la propiedad en la época de adquisición ya que se adquirió por herencia, representa una violación a los principios tributarios constitucionales y legales de igualdad, equidad y generalidad. Manifiesta que el GAD Municipal del Distrito Metropolitano de Quito, pretende aplicar una disposición sobre la determinación de la base imponible del impuesto a la utilidad en la transferencia de



bienes inmuebles, sin considerar el principio constitucional de igualdad previsto en el artículo 11.2 y los principios tributarios de generalidad y equidad, que pretenden que las normas tributarias sean generales para todos los contribuyentes que se encuentren en igualdad de condiciones.

4.11. Que, al pretender la Administración Municipal que el impuesto a la utilidad en la transferencia del inmueble de las actoras, se determine sin considerar la deducción del precio de venta, el costo de adquisición, que en el presente caso, es el valor catastral al momento de la adquisición del inmueble sobre el cual se pagó el impuesto a la renta sobre el ingreso por la herencia, genera un cobro confiscatorio de dicho impuesto, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 323 de la Constitución de la República, que se relaciona estrechamente con el de la “capacidad contributiva”, pues tal impuesto se está determinando únicamente sobre el precio de venta “bruto”, como si todo el precio fuere una ganancia.

4.12. Que, esta “tesis” no reconoce que al haber “adquirido” el bien, se pagó un impuesto a la herencia sobre un “avalúo” que es el valor al que el bien “entró” al patrimonio del heredero, que posteriormente vendió el bien. De otro lado, tampoco el Municipio de Quito considera el artículo 13 del Código Tributario que dispone que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica, y que cuando una misma ley contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación que, en este caso, son los de igualdad, generalidad y equidad, previstos en el artículo 5 del Código Tributario y en el 300 de la Constitución.

4.13. Que, solo el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito está realizando esta interpretación restrictiva y errada sobre la forma de determinar el Impuesto a la utilidad o plusvalía. Solicita se deseche el recurso de casación interpuesto y se ratifique la sentencia emitida por el Tribunal *A quo* y se disponga la devolución de los valores pagados en exceso más los correspondientes intereses.

5. Problema jurídico

5.1. Delimitación del problema jurídico.- El problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el vicio señalado en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, esto es, la falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo contenidas en los artículos 4 del Código Tributario y 559 del COOTAD, puesto que se alega que en la determinación del impuesto por la utilidad y plusvalía, generado en la transferencia de bienes inmuebles, se debe determinar la base imponible que es la utilidad o plusvalía, deduciendo del valor de venta de un inmueble, el valor de su adquisición, el cual, en caso de haber sido adquirido a título gratuito (herencia), se debe utilizar el avalúo de la propiedad a la fecha de adquisición del mismo.

6. Análisis del tribunal de casación

6.1. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, admitido por la Conjuenza de la Sala, considera:

6.2. 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.”¹

6.3. Las normas señaladas de falta de aplicación son: **a) Artículo 4 del Código Tributario.** “Reserva de ley.- Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.” **b) Artículo 559 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.-** “Deducciones adicionales.- Además de las deducciones que hayan de efectuarse por mejoras y costo de adquisición, en el caso de donaciones será el avalúo de la propiedad en la época de adquisición, y otros elementos deducibles conforme a lo que se establezca en el respectivo reglamento, se deducirá: a) El cinco por ciento (5%) de las utilidades

¹ Tolosa Villabona, Luis Armando. Teoría y Técnica de Casación. Civil, Penal, Laboral, Penal Militar, Acciones de Grupo, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2008), 359.

líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta, sin que en ningún caso, el impuesto al que se refiere esta sección pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición; y, b) La desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central.”

6.4. El recurrente cuestiona la sentencia porque a su decir el Tribunal no toma en cuenta la disposición que señala que las deducciones deben estar previstas en la ley (artículo 4 del Código Tributario) y que de haber aplicado el artículo 559 del COOTAD, habría ratificado la decisión de la administración de no reconocer el derecho a devolución de lo excesivamente pagado.

6.5. El Tribunal de instancia en su decisión considera que habiéndose comprobado que las actoras adquirieron el inmueble a través de la transmisión por causa de muerte, siendo transmisión a título gratuito, concluye que no se ha verificado el hecho generador del tributo por utilidad. Establece además que no se ha demostrado que las actoras tengan la calidad de sujetos pasivos del impuesto por utilidades o plusvalía, en tanto no se ha verificado ni utilidad ni plusvalor en la venta del inmueble adquirido por herencia de sus padres, evidenciándose así el desmedido cobro del tributo. Concluye que el pago resulta fuera de la medida legal, por lo que resuelve que la resolución impugnada que niega el pago en exceso es ilegal.

6.6. Revisado lo resuelto por el Tribunal y confrontado con los cuestionamientos formulados por el recurrente se encuentra que el Tribunal no hace expresa referencia al artículo 4 del Código Tributario; establece que no se produce el hecho generador y que las actoras no están sujetas al pago del impuesto a la utilidad, porque adquirieron el bien a título gratuito, mediante herencia por causa de muerte. Tampoco se advierte que realice una referencia expresa al contenido del artículo 559 del COOTAD, aunque de manera implícita podría decirse que toma como referencia su contenido, sin justificar por qué las actoras deben tomar como deducible el valor del avalúo lo que equivale a falta de aplicación.

6.7. Una primera referencia necesaria en torno al impuesto, como está previsto en la ley es que incluye dos conceptos, la **utilidad** y la **plusvalía** que bien podría entenderse que se aplica, cuando ocurra lo uno o lo otro, pues no se trata de dos impuestos sino de uno solo.

6.8. El hecho generador del impuesto es la utilidad y la plusvalía que obtenga quien como propietario

(dueños dice el artículo 558 del COOTAD) de un predio urbano lo transfiera, a título oneroso, pues será la única manera de obtenerlas.

6.9. Para verificar existencia la utilidad y plusvalía, se debe considerar el valor de adquisición y el valor de transferencia, considerando los deducibles como las contribuciones especiales de mejoras (artículo 557 del COOTAD), el cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta, sin que se pueda cobrar si han transcurrido veinte años a partir de la adquisición (artículo 559 del COOTAD).

6.10. De la breve referencia de los elementos esenciales del impuesto en análisis, se tiene que en el presente caso, quienes venden el inmueble lo adquieren a título gratuito, como bien hereditario, por lo que no existe valor de adquisición, situación que no está considerada en la normativa que regula el impuesto, como tampoco lo está la prescripción adquisitiva de dominio, otro caso de adquisición a título gratuito.

6.11. Lo que si contempla el mismo artículo 559 del COOTAD es que cuando la adquisición ha sido a título de donación, el valor del avalúo será el de la época de la adquisición, de modo que quien habiendo adquirido un bien por donación lo transfiere a título oneroso, es válido aplicar la regla del valor del avalúo para establecer la utilidad y plusvalía.

6.12. Siendo la adquisición del inmueble en cuestión a título gratuito, similar al caso de adquisición por donación, la Sala considera que es perfectamente válido aplicar por analogía, permitido por el artículo 14 del Código Tributario, la disposición del primer inciso del artículo 559 del COOTAD, de modo que, la administración tributaria deberá proceder a liquidar el impuesto, para lo que deberá considerar como valor de adquisición el valor del avalúo del inmueble a la fecha de la delación de la herencia, a lo que se sumarán los valores por contribuciones especiales de mejoras, más el tiempo transcurrido desde la fecha de adquisición, valor al que restará del valor de la compra venta y el valor así obtenido aplicará la tarifa del 10% del impuesto. De existir diferencias a favor de las accionantes, deberá devolverse a las accionantes con los respectivos intereses.

6.13. No está por demás llamar la atención a los juzgadores de instancia por la poca prolijidad en el análisis que realiza al confundir conceptos básicos como el **pago indebido** que supone la inexistencia de la obligación con el **pago en exceso**,



cuya premisa por el contrario, es la existencia de la obligación pero que se satisface en demasía.

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala especializada 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:

7.2. Casar la sentencia en los términos expuestos en el considerando sexto de este fallo.

7.3. Comuníquese, publíquese y devuélvase a la

Sala de origen.

7.4. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la Doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 838-UA-TH-2022-OQ de 28 de julio de 2022.

f) DR. GUSTAVO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL (PONENTE). DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL. DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

La Sala especializada de lo Contencioso Tributario al analizar el vicio de falta de aplicación de las normas acusadas, que tiene como argumento que la deducción dispuesta en la ley aplica únicamente en los casos de donación, resuelve que quienes venden un inmueble adquirido a título gratuito (herencia, prescripción) casos similares a la donación, puede aplicar por analogía (art. 14 del Código Tributario), la disposición del primer inciso del art. 559 del COOTAD, de modo que, la administración tributaria deberá proceder a liquidar el impuesto, considerando como valor de adquisición el avalúo del inmueble a la fecha de la delación de la herencia.

ACLARACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00061

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 19 de julio del 2023, las 16h39.

VISTOS.PRIMERO: La abogada Ana Cristina Barriga, procuradora judicial de las señoras Gabriela, Erika y Evelyn Baer Crespo, solicita aclaración de la sentencia emitida por esta Sala Especializada de Casación el 7 de julio de 2023, las 10h29. Mediante decreto de 29 de agosto de 2022, se corrió traslado por 48 horas a la parte demanda para que se pronuncie sobre tal pretensión. De las constancias procesales, se advierte que, dentro del término concedido, la procuradora fiscal de la autoridad tributaria demandada no da contestación al recurso horizontal presentado por la parte actora. Siendo este el estado de la causa, para resolver, se considera:

SEGUNDO: En el recurso horizontal de aclaración, presentado por la procuradora judicial de las señoras Baer Crespo, solicita: *“(1/4) se aclare la sentencia notificada el 7 de julio del 2023, por cuanto presenta una oscuridad al no establecerse el tiempo en el cual la administración tributaria debe realizar la liquidación del impuesto a la utilidad y plusvalía dispuesta en el numeral 6.12 de la sentencia.”*

TERCERO: RESOLUCIÓN.- El Código Orgánico General de Procesos, norma aplicable a

este caso, en el artículo 253, establece que: *“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”*⁰ Bajo este precepto normativo, considerando que no se trata de un recurso que permita refutar, cuestionar o controvertir nuevamente los aspectos ya resueltos en la sentencia u otros ajenos a la Litis, los jueces que dictamos la sentencia, verificamos que el pedido de aclaración del considerando 6.12, no procede pues es redactado de manera clara y sencilla sin que se observe alguna deficiencia o error que deba ser subsanado, pues **su redacción no es ininteligible o existe vaguedad en su alcance que permita interpretaciones equivocadas de lo decidido. Con lo expuesto, al no existir** oscuridad alguna que aclarar, se rechaza el pedido efectuado por las hermanas Baer Crespo, no sin antes señalar que, toda sentencia judicial es de inmediato cumplimiento. Notifíquese y Devuélvase.-

f) DR. GUSTAVO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL (PONENTE). DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL. DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

III

Juicio Nro. 17510-2020-00285
Fecha: 14 de noviembre del 2023, las 10h19

TEMA: La caducidad aplicable es la de tres años, prevista en el Art. 94.1, no la de 6 años prevista en el Art. 94.2 del Código Tributario por no existir ocultamiento de rubros en la declaración tributaria

SÍNTESIS

Analizado el tema en controversia y en consonancia con el alcance del artículo 145 del RALRTI, norma reglamentaria que permite la facturación conjunta de equipo y servicio, se trata de la misma clase de servicio, es decir la misma actividad económica, por lo que, en concordancia con la línea jurisprudencial de la Sala, se trata de una diferencia de rubros que no justifica para considerar la existencia de ocultamiento de rubros alegada por la Administración Tributaria, consiguientemente la caducidad aplicable es la de 3 años, prevista en el artículo 94.1, no la de 6 años del 94.2 del Código Tributario. En el caso, caducó la facultad determinadora de la Administración Tributaria, respecto de los meses de enero y febrero de 2016, y así se declara, lo que vuelve ilegal la determinación practicada por la Administración, respecto de estos meses. Respecto a la falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil, la Sala señala que al tenor del contenido literal de la norma, 94.2 del Código Tributario, los elementos que regulan tales disposiciones del Código Civil son ajenas a la aplicación de la caducidad, pues la norma no condiciona a la intencionalidad expresa o manifiesta de perjudicar a la administración, pues será suficiente con demostrar la existencia del hecho del ocultamiento o la declaración parcial para la aplicación de este plazo de caducidad.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00285

Juez Ponente: Dr. José Dionicio Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 14 de noviembre del 2023, las 10h19.

VISTOS: El abogado Juan Francisco Carrasco, en calidad de Procurador Judicial de la compañía Otecel S.A., interpone recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría de 22 de junio del 2022, las 09h26 dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en el juicio de impugnación N° 17510-2020-00285(1).

1. Antecedentes procesales

1.1. Objeto de la controversia.- “[...] Establecer si es procedente disponer la baja de las actas de determinación Nos. 17202024901003767 y 17202024901003768 emitidas por el director zo-

nal 9 del SRI por concepto de IVA de los meses de enero y febrero y marzo a diciembre como agente de percepción y retención del ejercicio 2016, de acuerdo con las alegaciones de las partes. [...]”

1.2. Resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario en el juicio objeto del recurso dispuso: “[...] aceptamos parcialmente la demanda interpuesta por el abogado Juan Francisco Carrasco Velasco, en calidad de procurador judicial de la compañía OTECEL S.A. y en consecuencia declara: 1) Se confirma la legalidad y validez de la glosa No. 3.7.1.1 de las actas de determinación No. 17202024901003767 y No. 17202024901003768 de 17 de julio de 2017, emitidas por el director zonal 9 del Servicio de Rentas Internas; y, 2) Dispone la baja de las glosas, 3.7.1.2 y 3.7.1.3, de las actas de determinación No. 17202024901003767 y No. 17202024901003768, según corresponda, confor-



me la motivación expuesta en el considerando octavo del presente fallo. [...]"

1.3. Recurso de casación.- En escrito de 24 de agosto del 2022, las 13h20, el abogado Juan Francisco Carrasco, Procurador Judicial de la compañía Otecel S.A., interpone recurso de casación al amparo de los casos segundo y quinto del artículo 268 del COGEP, por los vicios de falta de motivación en la sentencia; errónea interpretación de los artículos 45 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, 94 del Código Tributario; y falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil.

1.4. Calificación. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario calificó el recurso de casación en auto de 26 de agosto del 2022, las 16h16, en el término de los artículos 266, 269 y 271 del COGEP.

1.5. Admisión: En auto de 28 de junio del 2023, las 12h39, el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez de la Sala, declara la admisibilidad del recurso de casación planteado.

2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa realizado el 03 de octubre del 2023, las 12h04, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional y José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional, ponente en la causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero del 2021 el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalada con la acción de personal No. 166UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. La Sala Especializada de lo Contencioso

Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Validez procesal

3.1. No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no adolece de nulidad alguna, por lo que se declara el proceso válido.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. El recurrente acusa el caso segundo del artículo 268 del COGEP, por la deficiencia motivacional de incongruencia debido a que el fallo recurrido no da respuesta a los argumentos relevantes de OTECEL, en particular, respecto de la glosa Impuesto al valor agregado sobre ventas locales gravados con tarifa 12%, no declarado ni pagado, no fueron analizados todos los asuntos controvertidos y alegados por la compañía, resultando la sentencia privada de motivación.

4.1.1. Que en la sentencia recurrida la falta de motivación se evidencia por incongruencia argumentativa la cual de acuerdo con la Corte Constitucional "*alude a las respuestas que el juzgador debe dar a los argumentos (relevantes) de las partes*" y que en la misma sentencia se ha confirmado que este tipo de incongruencia "*vulnera siempre el debido proceso en la garantía de la motivación, es decir, el segundo de los elementos de la tutela judicial efectiva al afectar el deber de motivación.*"

4.1.2. Que al analizar la glosa alegada, el Tribunal *A quo* no hace un análisis respecto al argumento de la compañía sobre las facturas por diferencia de equipos, a pesar de que este fue uno de los argumentos más importantes para desvirtuar las alegaciones del SRI respecto a que el equipo era transferido gratuitamente a los clientes de OTECEL.

4.1.3. Que una de las deficiencias motivacionales de una sentencia es la incongruencia, la cual implica no resolver las alegaciones de las partes. En este caso, la Sala obvió analizar el argumento relevante de OTECEL respecto a las facturas por diferencia de equipos que son emitidas por la compañía las cuales permitían soportar que no existía una transferencia gratuita de los equipos y que la compañía percibió y pagó el IVA que le correspondía como consecuencia de dicha transferencia de bienes.

4.1.4. Que la motivación conforme lo señalan los artículos 76 numeral 7 literal l de la Constitución, 89 del COGEP y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, comprende el análisis de los fundamentos de hecho y de derecho, de manera lógica y congruente, pues sólo así quien tiene la facultad de resolver puede arribar a conclusiones adecuadas.

4.1.5. Que la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en los siguientes términos sobre la doble dimensión de la garantía de la motivación que es, simultáneamente, un derecho y una obligación, *“En este orden de ideas, la garantía de motivación actúa por un lado como derecho de las personas a tener pleno conocimiento de por qué se ha tomado una decisión que les afecta directa o indirectamente y por otro, como deber de los funcionarios públicos, cuya finalidad es principalmente limitar la discrecionalidad y proscribir la arbitrariedad. Por esta razón, todas las servidoras y servidores públicos, entre ellos, las autoridades jurisdiccionales, están obligados a motivar sus resoluciones.”* De igual forma, ha mencionado que *“hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico ley o la jurisprudencia impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones.”*

4.1.6. En el presente caso, existe una incongruencia frente a las partes ya que no se ha analizado uno de los argumentos de la compañía incluidos en la demanda presentada, 1. La Sala no contestó ni analizó los argumentos relevantes de OTECEL, en específico el argumento de que con las facturas por diferencias de equipos se puede evidenciar que no existe una transferencia gratuita del equipo y sobre todo que la transferencia de estos se encontraba gravada con IVA. La falta de contestación y análisis de los argumentos implica una incongruencia argumentativa que afecta la decisión de los jueces. 2. La incongruencia es frente a las partes ya que implicó no haber escuchado a una de las partes procesales, en este caso a OTECEL. 3. La incongruencia es por acción ya que la Sala en medio párrafo analiza este argumento relevante de la parte actora con tergiversaciones, ya que se limita a indicar que en las facturas por diferencia de equipo no se ha podido identificar el número de IMEI que permita correlacionar así el equipo transferido con el que consta en la factura.

4.1.7. Que la Corte Constitucional ha señalado que garantizar a las partes la posibilidad de presentar argumentos sería insuficiente si se concediera a la autoridad el poder para ignorarlos al momento de decidir. Por lo tanto, es necesario que la autoridad justifique de manera específica y adecuada su decisión, cumpliendo de esta manera con el estándar de congruencia argumentativa, demostrando que por lo menos consideró en su decisión de manera pertinente las posiciones manifestadas por las partes, y expresando las razones particulares por las que aquellas no influenciaron la decisión final. Que la jurisprudencia constitucional es clara en el sentido de que toda acción que se traduzca en una privación o limitación del derecho a la defensa pondrá al administrado en una situación de indefensión que constituye una violación de derechos constitucionales que se deberá resarcir.

4.1.8. Que en aplicación del derecho a la defensa, el Tribunal *A quo* estaba en la obligación de contestar a todas las alegaciones de las partes; más aún las alegaciones relevantes que tenían como objeto que la Sala evidencie que no existía una transferencia gratuita de equipos y por tanto la supuesta diferencia por IVA alegada por el SRI. Sin embargo, el fallo al carecer de congruencia argumentativa produjo una restricción del derecho a la defensa y, en consecuencia, una violación de derechos constitucionales que, a su vez, comprometen la responsabilidad del Estado y de los funcionarios a quienes se atribuya tal vulneración.

4.1.9. Que si la Sala hubiese analizado el argumento de OTECEL indudablemente hubiera concluido que (i) los equipos telefónicos no son entregados de manera gratuita, tanto es así que cuando un cliente da por terminado el plan contratado de forma anticipada, paga la diferencia del equipo que le fue entregado con el plan y (ii) que el precio de los equipos estaba inmerso en el valor de los servicios gravados con IVA que fueron contratados por los clientes de la Compañía. En consecuencia, se hubiera dejado sin efecto la glosa alegada.

4.2. Errónea interpretación del inciso segundo del artículo 145 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Que en el considerando 8.2 Motivación del fallo recurrido, el Tribunal *A quo* analizó la glosa denominada Impuesto al Valor Agregado sobre ventas locales gravadas con tarifa 12% no declarado ni pagado”, y, dentro de su análisis se refiere a una norma sustantiva, esto es, al inciso segundo



de artículo 145 del RLRTI que regula la base imponible del IVA en la prestación de servicios.

4.2.1. Que la norma acusada dispone que si con la prestación de servicios gravados con IVA (en el caso de OTECEL los servicios de telefonía móvil) se suministran mercaderías también gravadas (en este caso de OTECEL los teléfonos y chips), se entenderá que el valor de tales mercaderías (los teléfonos y chips), sin incluir el IVA, forma parte de la base imponible del servicio, aunque se facture separadamente. Que OTECEL actuó sobre la base de dicho artículo pues transfirió a sus clientes equipos (teléfonos y chips) como parte de los planes postpago de telefonía móvil contratados por éstos y percibió el IVA correspondiente en las facturas que mes a mes emitió por concepto de dichos planes.

4.2.2. Que el argumento del SRI para levantar la glosa alegada, fue que OTECEL entregó a sus clientes equipos de manera gratuita y no pagó el IVA que le correspondía por tratarse de una transferencia de bienes. En sentencia la Sala afirmó que al alegar la aplicación del artículo 145 del RLRTI OTECEL “*pretende desconocer su obligación de gravar por separado el IVA de los bienes y servicios facturados...*” y, sobre la base de esa errada interpretación concluyó que “*...de ninguna manera se puede inferir (suponer) que, en las facturas consta el IVA de los equipos vendidos, cuando la factura no identifica por una parte el valor del bien y por otra, la del servicio.*”

4.2.3. Que el hecho de que OTECEL transfirió equipos (teléfonos y chips) como parte de los planes contratados por los clientes fue reconocido y confirmado por la propia Administración Tributaria “*OTECCEL S.A. cumplió parcialmente respecto de las operaciones detalladas en el cuadro Nro. 8 de la presente acta borrador de determinación, dado que no declaró el IVA correspondiente a la transferencia de equipos incluidos tanto en los planes postpago como en la modalidad prepago.*”

4.2.4. Que el Tribunal *A quo* identificó como hechos no controvertidos y probados que, 1. OTECEL presta servicios de telefonía móvil a través de dos modalidades, esto es, planes prepago y postpago. Para acceder al servicio de telefonía móvil se requiere de un teléfono y de una tarjeta o chip. 2. OTECEL transfirió equipos (teléfonos y chips) a sus clientes y esos equipos estaban incluidos o, en otras palabras, formaban parte de los planes prepago y postpago contratados por sus clientes. 3. Los servicios de telefonía móvil y los equipos transferidos por OTECEL estaban, en el año 2016, gravados con tarifa 12% o 14% del

IVA. 4. En el año 2016, OTECEL emitió facturas a sus clientes por concepto de planes postpago y prepago gravadas con tarifa 12% y 14% del IVA, pero en esas facturas no desglosó el precio de los equipos transferidos.

4.2.5. Que bajo el sistema postpago, OTECEL vende a sus clientes planes a largo plazo, y como contraprestación los clientes pagan un valor mensual que incluye tiempoaire y puede incluir también la adquisición de un equipo. En esos planes, OTECEL emitió facturas denominadas “no ciclo” por la transferencia del equipo al cliente que soportan la salida del inventario y no gravan IVA (comprobantes que fueron observados por el SRI) pues esos bienes forman parte de los planes adquiridos por los clientes, planes respecto de los cuales mes a mes OTECEL emitió facturas denominadas “ciclo” por concepto de tarifa plan gravadas con 12% y 14% del IVA.

4.2.6. Que se incurre en yerro al afirmar que OTECEL tenía la supuesta obligación de gravar por separado o desglosar el valor e IVA de los bienes y servicios facturados. A fin de desentrañar el sentido o alcance del segundo inciso del artículo 145 del RLRTI, el Tribunal de instancia debía determinar si conforme a lo dispuesto en dicho artículo, (i) los contribuyentes pueden, de forma conjunta, prestar servicios y transferir bienes gravados con IVA o (i) si es necesario desagregar el valor de los servicios prestados y bienes transferidos.

4.2.7. Que si la Sala hubiese interpretado correctamente la norma alegada, habría concluido que OTECEL sí podía emitir facturas por concepto de planes que incluyan el valor de servicios y bienes, y, en consecuencia, que no era necesario que OTECEL desagregue el valor de los equipos; toda vez que el referido artículo dispone que “*se entenderá que el valor de tales mercaderías sin incluir el IVA forma parte de la base imponible de este servicio.*”

4.2.8. Que el yerro del Tribunal *A quo* le hizo concluir no solo que OTECEL debía desagregar el valor de los servicios y de los bienes sino también que el artículo 145 del RLRTI “*... contraría lo dispuesto en el artículo 64 de la LRTI, norma que tiene jerarquía sobre el reglamento y que obliga a hacer constar por separado el valor de las mercancías transferidas o el precio de los servicios prestados y la tarifa del impuesto, así como el IVA cobrado...*”

4.2.9. Que si bien el artículo 64 de la LRTI dispone que en las facturas debe constar por separado el valor de las mercaderías transferidas o el precio de los servicios prestados, la tarifa del impuesto y el IVA cobrado, esa disposición no es contraria

a lo dispuesto en el artículo 145 del RLRTI pues ese artículo regula un caso especial en el que conjuntamente con la prestación de servicios se transfieran bienes. El artículo 64 de la Ley utiliza la conjunción “o” pues se refiere a dos opciones o casos o, esto es, cuando se transfieren bienes (caso 1) o cuando se prestan servicios (caso 2); mientras que el artículo 145 del RLRTI complementa lo dispuesto en la ley al regular un caso distinto (caso 3) que supone la prestación de servicios y transferencia de bienes de forma conjunta, en este caso, a través de un plan de telefonía celular.

4.2.10. Que OTECEL no se inventó un mecanismo para ofertar sus servicios y transferir con esos servicios los bienes (equipos) indispensables para su prestación, sino que se ajustó a la normativa tributaria que reconoce que la facturación conjunta de bienes y servicios es una práctica comercial y común. Por ejemplo, cuando se prestan servicios de construcción llave en mano, el constructor no tiene obligación de emitir una factura en que la desagregue cada uno de los bienes que utilizó en la construcción sino una factura por los servicios de construcción. Es así que el artículo 145 del RLRTI acepta que en el valor de los servicios se incluya el precio de los bienes cuando se transfieren de forma conjunta y no exige que en las facturas se desglose o diferencie el valor de los bienes.

4.2.11. Que el artículo 13 del Código Tributario es la norma sustantiva que regula la interpretación de las normas de naturaleza tributaria, y dispone, en lo pertinente, que “*Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica.*” Los métodos admitidos en derecho no pueden ser otros que los previstos en el artículo 18 del Código Civil, que es la norma que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, contiene las reglas jurídicas generales de interpretación aplicables a todas las materias. La regla primera del mencionado artículo 18 indica que “*1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.*”

4.2.12. Que del fallo recurrido no se puede colegir sobre la base de qué norma jurídica la Sala realiza su labor interpretativa, pero parecería ser que lo hace de forma espontánea, pues, es claro que no atiende ni al artículo 13 del Código

Tributario, ni a la regla primera del artículo 18 del Código Civil. La interpretación que el Tribunal realizó del artículo 145 del RLRTI es errada porque incorrectamente concluyó que las facturas emitidas por OTECEL evidencian una doble facturación de los bienes de naturaleza corporal y que esa actuación no se prevé en norma alguna, sin perjuicio de que la compañía la considere adecuada para sus fines comerciales, lo que no puede ser observado por la Sala.

4.2.13. Que el artículo 145 del RLTI dispone que, si con la prestación de servicios gravados con el 12% del IVA se suministran mercaderías también gravadas con esa tarifa, se entenderá que el valor de tales mercaderías, sin incluir el IVA, forma parte de la base imponible de este servicio, aunque se facture separadamente. ¿Por qué el artículo 145 del reglamento se refiere a una facturación separada? La respuesta es que es necesario emitir una factura para soportar la salida del inventario y por esa razón el artículo antes citado se refiere a una facturación separada.

4.2.14. Que OTECEL así como otras compañías que aplican lo dispuesto en el artículo 145 del RLRTI emiten una factura que soporta la salida del inventario y transferencia del equipo sin IVA para no duplicar el cobro de ese impuesto ya que el valor de los equipos forma parte de los planes contratados por sus clientes y es en la factura de esos planes que se liquida el IVA correspondiente. Contrariamente a lo señalado por el Tribunal, OTECEL no tenía que demostrar que la factura que emitió por concepto de la transferencia de bienes soportaba la salida de los equipos (teléfonos y chips) de su inventario, pues ese era un hecho no controvertido. Es decir, no estaba en discusión el hecho de que OTECEL transfirió bienes muebles de naturaleza corporal pues sí lo hizo ya que, para soportar esas salidas de su inventario, emitió las facturas respectivas.

4.2.15. Que el yerro determinó que el Tribunal concluya que la actuación de OTECEL es adecuada para fines comerciales, pero no tributarios al no existir norma que justifique su actuación. Al respecto, en el fallo se señaló que “*Esta doble facturación de los bienes de naturaleza corporal a efectos de verificación del hecho generador y posterior declaración de IVA, no se prevé en norma alguna, sin perjuicio de que la compañía la considere adecuada para sus fines comerciales, lo que no puede ser observado por este tribunal.*” OTECEL actuó en apego a lo dispuesto en el artículo 145 del RLRTI, es decir, al comercializar de forma conjunta o



en paquete los servicios de telefonía móvil y los equipos actuó correctamente no solo desde un punto de vista comercial sino también de cumplimiento tributario.

4.2.16. Que la Sala afirmó que el artículo 145 del RLRTI no le permitía a OTECEL incluir el costo del bien en el servicio y por tanto que OTECEL actuó sin sustento normativo. Es decir, la Sala realizó un análisis incorrecto de la premisa mayor del silogismo (yerro interpretativo de la norma sustantiva invocada) y basó su análisis en presupuestos no contemplados en la norma y, en consecuencia, su conclusión no se adecuó a la norma.

4.2.17. Que se desprende que el yerro determinó que el Tribunal *A quo* desconozca que, en aplicación del artículo 145 del RLRTI, OTECEL sí percibió y pagó el 12% y 14% del IVA sobre los equipos (teléfonos o chips) transferidos a sus clientes y facturados como parte de los planes de telefonía adquiridos por éstos. La conclusión del Tribunal es contraria a derecho pues sí existe norma expresa que regula los casos de comercialización conjunta de bienes y servicios.

4.2.18. Que el Tribunal reconoció que, desde un punto de vista comercial, OTECEL actuó adecuadamente al comercializar sus servicios y bienes de forma conjunta, pero al interpretar erradamente el artículo 145 del RLRTI afirmó que la actuación de OTECEL no tenía asidero normativo pues en las facturas emitidas por concepto de los planes contratados, OTECEL debía desagregar el valor de los servicios prestados y equipos transferidos. Con la correcta interpretación de la norma se habría concluido que OTECEL no tenía obligación de desglosar el valor de los bienes pues, para efectos del IVA, el valor de éstos se entiende incorporado en el valor de los servicios. Y al confirmar que OTECEL transfirió equipos como parte de los planes adquiridos por sus clientes y que respecto de esos planes emitió mes a mes facturas gravadas con tarifa 12% y 14%; el Tribunal habría concluido que OTECEL cumplió con su obligación de percibir el IVA correspondiente.

4.2.19. Errónea interpretación del artículo 94 del Código Tributario. En los numerales 8.1 De la caducidad de la facultad determinadora respecto de los meses de enero y febrero de 2016 y 8.5 Pronunciamiento conclusivo sobre la alegación de la caducidad de la facultad determinadora respecto de IVA de los meses de enero y febrero de 2016; el Tribunal *A quo* examinó la alegación de OTECEL respecto a la caducidad de la facultad

determinadora y, dentro de su análisis, se refirió al artículo 94 del Código Tributario que regula los plazos y presupuestos para que la administración tributaria ejerza válidamente su facultad determinadora.

4.2.20. Que el artículo 94 del Código Tributario establece que, respecto a los tributos cuya determinación se encuentra a cargo del sujeto pasivo, la autoridad tributaria podrá ejercer su facultad determinadora en 3 años contados a partir de la fecha de presentación de la declaración; o, en 6 años contados a partir de la fecha de vencimiento para presentar la declaración respectiva. De modo general, el plazo de 6 años es procedente cuando el tributo no se hubiere declarado en todo o en parte, por tanto, el plazo de 3 años es aplicable al universo de presupuestos que no se encasillen en la omisión antes referida.

4.2.21. Que este artículo no puede interpretarse íntegramente sin remitirse a lo que ha dicho la jurisprudencia respecto a lo que se debe entender por omisión en la declaración. Precisamente, el Tribunal *A quo* señaló que “*En la especie, respecto al IVA de los meses de enero y febrero de 2016, como se ha dejado indicado en el numeral 8.1 de este fallo, por parte de la accionante se evidencia que no ha declarado en todo o en parte, esto es ha ocultado rubros, por lo tanto se configura el presupuesto jurídico previsto en el artículo 94 numeral 2 del Código Tributario.*” Es decir, para determinar si operó la caducidad de la facultad determinadora es preciso establecer la naturaleza y origen de las glosas y, en particular, de la glosa denominada Impuesto al Valor Agregado sobre ventas locales gravadas con tarifa 12% no declarado ni pagado.

4.2.22. Que el argumento del SRI para levantar esta glosa fue que OTECEL entregó a sus clientes equipos de manera gratuita y no pagó el IVA que le correspondía por tratarse de una transferencia de bienes. Por su parte, la compañía argumentó que percibió y pagó el IVA sobre la transferencia de equipos a favor de sus clientes pues el precio de los equipos (teléfonos y chips) estaba inmerso o incluido en el valor de los servicios (planes contratados por sus clientes) gravados con IVA y, por tanto, que no hubo una entrega gratuita.

4.2.23. Que tras valorar la prueba, lo cual no se discute en este cargo, la Sala llegó a dos conclusiones importantes, la primera, que OTECEL transfiere equipos celulares y tarjetas SIM para ejecutar su actividad económica; y, la segunda, que OTECEL no demostró que cobró y facturó el IVA sobre equipos celulares transferidos a sus

clientes pues, a pesar de la prueba aportada, no desglosó el valor del bien en las facturas emitidas por concepto de las planes de telefonía contratados por sus clientes.

4.2.24. Que existen cuatro elementos trascendentes que se han inferido a partir del contenido del fallo recurrido, i) para desvirtuar la glosa Impuesto al Valor Agregado sobre ventas locales gravadas con tarifa 12% no declarado ni pagado, tanto del acta No. 17202024901003767 (IVA enero y febrero de 2016), como en el acta No. 1720204901003768 (IVA marzo a diciembre de 2016) OTECEL practicó 8 medios de prueba, la valoración de la prueba no se discute; ii) la Sala determinó como un hecho no controvertido que OTECEL transfiere equipos celulares a sus clientes para la prestación de sus servicios; iii) OTECEL no demostró a través de la prueba practicada, que cobró y facturó el IVA sobre los equipos celulares transferidos a sus clientes, pues no se desglosó en la factura el valor del bien ni el valor del servicio; y, iv) el SRI no demostró que OTECEL actuó con dolo o mala fe, buscando irrogar un perjuicio al fisco.

4.2.25. Que con el objetivo de desentrañar cual es alcance de la omisión a la que se refiere el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario y que puede incurrir un contribuyente a la hora de declarar un tributo; resulta imprescindible repasar lo que ha dicho la jurisprudencia y doctrina al respecto, pues la normativa legal, por sí sola, es insuficiente para determinarlo. Para empezar, Juan Carlos Mogrovejo, en una investigación denominada “la caducidad en los actos de determinación de la obligación tributaria de la administración y su tratamiento en la legislación ecuatoriana”, dice respecto al plazo de caducidad de 3 y 6 años “*El legislador tampoco es claro al respecto, porque no es indicador absoluto que el contribuyente que declaró dentro del tiempo debido haya obrado de buena fe y que las eventuales inconsistencias constatadas por la administración obedezcan a errores formales, aritméticos o de cálculo y, por otro lado, se condene de antemano al sujeto pasivo que por declarar extemporáneamente cargue el estigma de mal contribuyente, sobre el que verificándose eventualmente inconsistencias en su declaración, sean atribuidas a errores sustanciales como claros indicadores de INTENCIONALIDAD DE PERJUDICAR AL FISCO*” Así, el autor en cuestión señala que la intencionalidad de perjudicar al fisco es un elemento decisor a la hora de definir si aplica el presupuesto contenido en el numeral 1 o 2 del artículo 94 del Código Tributario.

4.2.26. Que en las sentencias dictadas dentro de los juicios No. 09501-2017-00793 y 17510-2018-00020, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, ha sostenido que, para que el plazo de caducidad de 6 años se habilite, “*debe demostrarse por parte de la autoridad de control, que el contribuyente efectivamente ha ocultado un rubro que encaje en un tipo de renta o ingreso (partiendo del concepto de renta señalado en el Art. 2 de la LRTI) ya que no basta la simple diferencia numérica entre lo que pueda glosar la administración controladora y aquel valor declarado por el contribuyente, pues de ser ese el caso, todas las determinaciones serían de 6 y no de 3 años.*”

4.2.27. Que la misma Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la CNJ, en la Resolución No. 152009, recurso 12-2008, y dentro de los juicios Nos. 09501-2017-00365 y 17510-2017-00427, sostuvo que el plazo de caducidad de 6 años es aplicable cuando ha existido omisión de ingresos o conceptos en la declaración del impuesto, siempre que dicha omisión se haya realizado con la finalidad dolosa de perjudicar al fisco, es decir, cuando se pretende dejar de tributar sobre lo debido y reducir las arcas fiscales; en consecuencia, la omisión por errores de buena fe, y por cualquier causa que no sea el fin doloso de perjudicar a la Autoridad Tributaria, no acarrea la ampliación del plazo de caducidad; tampoco puede considerarse como omisión de conceptos la mera discrepancia de criterios entre el SRI y el contribuyente, pues ello no es asimilable con la mala fe.

4.2.28. Que la jurisprudencia ha reiterado en innumerables ocasiones que, cuando el Código Tributario prescribe que la omisión de rubros en una declaración habilita a la Administración Tributaria a ejercer su facultad determinadora en 6 años, no se refiere a cualquier omisión, sino a una de carácter doloso, donde el contribuyente tiene la intención positiva de irrogar un perjuicio al Estado al disminuir la base imponible del tributo que por ley debe pagar. Es este presupuesto fáctico al que la norma castiga con una extensión del plazo de caducidad, pues el ordenamiento jurídico pretende que la Administración Tributaria tenga la mayor cantidad de tiempo para perseguir tributos que han sido dolosamente omitidos y que, por tanto, afectan a la sociedad entera.

4.2.29. Que el yerro que se produce, ocurre porque se interpreta erróneamente el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, al atribuirle un alcance que no tiene, pues considera que toda



omisión de rubros, sin discriminación, amerita la extensión del plazo de caducidad a 6 años. En el caso concreto, conforme se desprende del fallo, el Tribunal *A Quo* no llevó a cabo un examen o razonamiento orientado a determinar si la supuesta omisión de OTECEL estuvo direccionada a perjudicar al SRI, fue producto de una discrepancia de criterios o correspondió a un error de la Compañía; pues el examen que realizó el Tribunal se limitó a declarar que la prueba practicada por OTECEL no permitió evidenciar de forma convincente e inconfundible el valor desglosado del bien y servicio por cada factura y que, consecuentemente, existió una omisión de rubros en las referidas declaraciones que justificó la extensión del plazo de caducidad a 6 años.

4.2.30. Que la interpretación correcta del numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, es la señalada por la Dra. Anita Izquierdo en su voto salvado, pues es coincidente con toda la jurisprudencia a la que he hecho referencia, toda vez que, a efectos de determinar si el plazo de caducidad de 6 años era aplicable al caso, no era suficiente con validar si existió una omisión de rubros en las declaraciones, sino ir más allá y definir si aquella omisión fue deliberada, consciente, de buena o de mala fe, o si las diferencias determinadas corresponden a discrepancias de criterios entre el SRI y OTECEL.

4.2.31. Que no se ha probado que OTECEL omitió de forma voluntaria y consciente declarar el IVA por las ventas de equipos a sus clientes durante el ejercicio fiscal 2016. De conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República, toda persona es inocente salvo que se demuestre lo contrario, y en la misma línea de esta disposición, el artículo 722 y 1475 del Código Civil prescriben, respectivamente “*la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse*” y “*el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse*” Es así que, por mandato constitucional y legal, el SRI debió demostrar en legal y debida forma durante la audiencia de juicio la omisión dolosa y jamás lo hizo.

4.2.32. Que el motivo por el cual el Tribunal *A Quo* consideró que el IVA por la transferencia de equipos celulares a los clientes de OTECEL no fue declarado en los meses de enero y febrero de 2016, fue porque en las facturas no se desagregó el bien transferido y el servicio prestado, es decir, porque no se pudo diferenciar que valor correspondía al equipo celular o las

tarjetas SIM, y que valor correspondía al servicio de telefonía.

4.2.33. Que si el Tribunal *A Quo* hubiese interpretado correctamente el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario en su sentido real, dándole el alcance que le corresponde, hubiese tenido que diferenciar el motivo de las diferencias, es decir, corroborar si se trató de una omisión dolosa, de un error de buena fe o de una diferencia de criterios entre las partes (ejercicio que sí se llevó a cabo en el voto salvado y que, efectivamente concluyó que en este caso existió una diferencia de criterios) y, solo sobre esa conclusión, decretar si el plazo de caducidad de 6 años era aplicable o no a la situación concreta. En virtud de que esto no ocurrió, pues el Tribunal de instancia interpretó que toda omisión incluidas aquellas derivadas de errores de buena fe de los contribuyentes habilitan a extender el plazo de caducidad, entonces llegó a la conclusión de que el plazo de caducidad debió ser de 6 años.

4.2.34. Que en este caso se configuró una errónea interpretación de una norma sustantiva de derecho que ocurre cuando el juzgador acierta en la norma, pero la de un sentido y alcance que no tiene. La errónea interpretación de la norma fue de vital trascendencia para el fallo pues definió que la Sala ratifique que el acta de determinación por IVA de los meses de enero y febrero de 2016, fue emitida mientras la facultad determinadora del SRI todavía podía ejercerse. En específico, la Sala reconoció que el plazo de caducidad aplicable al caso era de 6 años, al señalar que OTECEL no demostró a partir de la prueba practicada en juicio, que se facturó y cobró el IVA por los equipos transferidos a sus clientes.

4.2.35. Que a partir de los hechos probados, se debe principalmente a que las facturas no contienen un detalle del valor del bien y del valor del servicio, es decir, no están desglosadas. Si la Sala hubiese interpretado correctamente el artículo 94 del Código Tributario, habría concluido que el plazo de caducidad aplicable a este caso era de 3, y no de 6 años, pues el SRI jamás demostró que OTECEL obró de mala fe ni con una intención manifiesta de perjudicar la recaudación del SI, siendo este presupuesto indispensable para que la omisión a la que hace referencia el numeral 2 de la referida disposición, sea procedente.

4.2.36. Falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil. La falta de aplicación de normas de derecho es la forma más clara de violación del derecho y sucede cuando el Juzgador, de-

biendo aplicar una norma, la omite. Como tal, la omisión implica el desconocimiento del derecho. Esta violación fue determinante en la parte resolutive del fallo, toda vez que la Sala concluyó que la facultad determinadora del SRI caducaba en seis años en lugar de tres, sin que el SRI haya demostrado que OTECEL obró de mala fe ni con una intención manifiesta de perjudicar la recaudación del SRI, siendo este presupuesto indispensable para que la omisión a la que hace referencia el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario sea procedente.

4.2.37. Que a efectos de determinar si el plazo de caducidad de 6 años era aplicable al caso, no era suficiente con validar si existió una omisión de rubros en las declaraciones, sino ir más allá y definir si aquella omisión fue deliberada, consciente, de buena o de mala fe, o si las diferencias determinadas corresponden a discrepancias de criterios entre el SRI y OTECEL.

4.2.38. Conforme a lo dispuesto en los artículos 722 y 1475 del Código Civil, la buena fe se presume y en todos los casos la mala fe o dolo debe probarse. Sobre esto, la doctrina ha sido unánime en el criterio de que no es admisible afirmar que ha concurrido el dolo, sin que este haya sido válidamente probado. En atención a lo dispuesto en el Código Civil para que el plazo de caducidad de 6 años haya sido aplicable, el SRI debió probar que OTECEL, de forma consciente y deliberada, omitió declarar el IVA percibido en sus ventas.

4.2.39. Que en este caso el SRI jamás acreditó la existencia del dolo por parte de OTECEL, aun cuando legalmente estaba obligado a probarlo, pues todo su argumento se soportaba en una supuesta actuación maliciosa por parte de la Compañía, que fue presumida sin que exista ninguna norma jurídica que así lo permita y ninguna prueba que lo respalde; no bastaba simplemente con alegar que se ha configurado una conducta dolosa, esta debió ser probada por la propia Autoridad Tributaria. En el proceso esto nunca ocurrió, pues el SI ni si quiera aportó medios probatorios que pongan de manifiesto, de forma fehaciente, la intención de OTECEL de tributar en menor proporción de la medida legal.

4.2.40. Que la falta de aplicación de los artículos del Código Civil antes citados, provocó que el Tribunal *A quo* considere que la facultad del SRI caducaba en el plazo de 6 años en lugar de 3, sin que se haya demostrado o probado por parte del SRI la mala fe o dolo. La jurisprudencia men-

cionada anteriormente, ha señalado que cuando el Código Tributario prescribe que la omisión de rubros en una declaración habilita a la Administración Tributaria a ejercer su facultad determinadora en 6 años; no se refiere a cualquier omisión sino a una de carácter doloso que implica que el contribuyente tenía la intención positiva de irrogar un perjuicio al Estado al disminuir la base imponible del tributo que por ley debe pagar.

4.2.41. Que en el caso analizado y conforme a lo disponen las normas antes citadas, el Tribunal a quo no podía presumir la mala fe y, en consecuencia, determinar que el plazo de caducidad era de 6 años. Para concluir que este plazo era aplicable al caso, el SRI debió demostrar en la etapa procesal oportuna en este juicio, que OTECEL omitió declarar parte del IVA de forma dolosa, y eso, Señores Jueces, jamás sucedió. Resulta importante señalar que no existe norma en el ordenamiento jurídico que le permita a la Autoridad Tributaria presumir que toda omisión en una declaración es, per se, dolosa.

4.2.42. Que de haberse aplicado los artículos 722 y 1475 del Código Civil, se habría llegado a la conclusión que la mala fe no puede presumirse y, por tanto, que al no haberse demostrado el dolo, operó la caducidad de facultad determinadora respecto de los meses de enero y febrero de 2016. Este razonamiento que nace de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil habría concluido en que la Sala acepte la demanda de OTECEL y reconozca que, respecto del Acta de Determinación No.17202024901003767, caducó la facultad determinadora del SI, toda vez que esa facultad fue ejercida luego de transcurridos más de tres años desde la fecha de presentación de las declaraciones del IVA de los meses de enero y febrero de 2016.

4.2.43. Que el Tribunal *A quo* se limitó a señalar que existió omisión de rubros y que, por tanto, era aplicable el plazo de caducidad de 6 años, “*Es decir, la H. Sala ha reiterado el criterio de que la caducidad prevista en el artículo 94 numeral 2 del Código Tributario, esto es, el entendimiento jurídico de “no haber declarado en todo o en parte” se produce cuando exista ocultamiento de un rubro. En la especie, respecto al IVA de los meses de enero y febrero de 2016, como se ha dejado indicado en el numeral 8.1 de este fallo, por parte de la accionante se evidencia que no ha declarado en todo o en parte, esto es ha ocultado rubros, por lo tanto se configura el presupuesto jurídico previsto en el artículo 94 numeral 2 del Código Tributario.*” Si el Tribunal *a quo* hubiese aplicado los artículos 722 y 1475 del Código



Civil, habría concluido que la facultad determinadora del SRI caducó pues dicha autoridad no demostró o probó la omisión dolosa de OTECEL respecto al pago del IVA.

4.2.44. Que la supuesta omisión del pago del IVA, per se, no le faculta al SRI a extender el plazo de caducidad de la facultad determinadora pues, conforme a los múltiples fallos dictados por la Corte Nacional, es indispensable demostrar la mala fe, ya que en todos los casos la mala fe no se puede presumir, así lo disponen los artículos 722 y 1475 del Código Civil que el Tribunal omitió aplicar.

4.2.45. La falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil, ocasionó que se concluya que la facultad determinadora del SRI caducaba en 6 años y, en consecuencia, que se confirme la legalidad del Acta de Determinación No. 17202024901003767 de los meses de enero y febrero de 2016. Si la Sala hubiese aplicado los referidos artículos habría reconocido que la mala fe o intención deliberada de perjudicar al Fisco no se presume y que al no haber el SRI probado el dolo, la facultad determinadora del SRI caducada en tres en lugar de seis años y, en consecuencia, que esa facultad caducó.

4.3 Contestación al recurso: En escrito de 23 de agosto del 2023, las 11h14, la abogada María José Arias Trujillo, en calidad de Procuradora Fiscal de la Administración Tributaria, da contestación al recurso de casación planteado por la compañía Otecel S.A.

4.3.1 Glosa 3.7.1.1 Impuesto al valor agregado sobre ventas locales gravadas con IVA tarifa 12% no declarado ni pagado. La compañía considera que la violación en que incurre el Tribunal *A quo* se produce por el incumplimiento del requisito de motivación por incongruencia argumentativa, sentencia No. 1158-17/21 de la Corte Constitucional. De la fundamentación del recurso de casación se observa que la compañía no fundamentó adecuadamente el cargo expresando dos vicios por incongruencia por omisión e incongruencia por acción los que no son compatibles entre sí.

4.3.2. Que la Corte Constitucional en sentencia No. 1158-17/21 abordó el vicio de incongruencia en los párrafos 85 al 93. La Corte en el párrafo 86 estableció que existe incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado

alguna cuestión que el sistema jurídico-ley o la jurisprudencia-impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos. En el párrafo 89 se especificó que la incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta.

4.3.3. Que recurso interpuesto se contradice estableciendo dos vicios tanto por incongruencia por acción como incongruencia por omisión. Al respecto, el recurrente manifiesta que a) El Tribunal A quo no hace un análisis respecto al argumento de la compañía sobre las facturas por diferencia de equipos a pesar de que este fue uno de los argumentos más importantes de la compañía (incongruencia por omisión); b) La incongruencia es por acción ya que la Sala de instancia en medio párrafo analiza este argumento relevante de la parte actora con tergiversaciones ya que se limita a indicar que las facturas por diferencia de equipo no se ha podido identificar el número de IMEI que permita correlacionar así el equipo transferido con el que consta en la factura (incongruencia por acción). Como se puede observar la compañía presenta dos vicios por incongruencia por un lado señala que el Tribunal A quo no analizó el argumento de la compañía sobre las facturas por diferencia de equipos y por otro lado señala que si analizó dicho argumento pero con tergiversaciones.

4.3.4. Que aplicando la lógica jurídica si A es A no puede ser B. Se colige entonces que la compañía no ha fundamentado adecuadamente el recurso imponiendo dos vicios que claramente son excluyentes entre sí ya que no puede haber omisión de resolver un punto alegado por la compañía y por otro lado resolver el mismo punto pero a criterio de la compañía con tergiversaciones.

4.3.5. Que de la lectura del recurso se observa que el Tribunal A quo no ha podido identificar el número de IMEI de los equipos que permita correlacionar así el equipo transferido con el que consta en la factura, bajo dicha afirmación de los juzgadores, ¿Cuál es la tergiversación? ¿A caso Otecel S.A. presentó como parte de la evidencia los códigos IMEI? o ¿por qué no serían relevantes los códigos IMEI para identificar los equipos?

4.3.6. Que respecto a las facturas, a decir de la compañía la Sala se ha limitado a cuestionar los códigos IMEI de los equipos sin analizar la facturación de la compañía, no existe ninguna

interpretación forzada o errónea de los acontecimientos en este caso de las pruebas aportadas, en cuanto que a las facturas la Sala indicó que si bien existen facturas que describen la venta de los servicios con IVA 12% o 14% también existen facturas que corresponden a la venta de equipos que se emiten con descuento del 100%, base imponible 0% por lo tanto con un IVA 0%. Aún cuando la compañía OTECEL justifica que la emisión de las facturas con descuento del 100% e IVA 0% como mecanismos para efecto de inventario no es posible correlacionar dichas facturas “por venta de equipos” con las facturas ciclo que al decir del actor se incluiría y cobraría en forma prorrateada la venta del equipo, pues las denominadas facturas ciclo no desagregan por una parte el valor del servicio y por otra el valor del bien.

4.3.7. Que las facturas ciclo no permiten relacionarlas con la factura de la venta del equipo, pues aun cuando la parte actora al practicar la prueba ha mencionado el número de la línea telefónica a la que corresponde el plan y ha confrontado con la factura de descuento, destacando que se trata de la misma línea, no obstante, tal ejercicio no es suficiente para admitir la vinculación entre dichas facturas, toda vez que como es bien sabido, el cliente puede mantener el número de su línea pero cambiar de equipo, de allí que la única forma efectiva e irrefutable de verificar que la factura correspondería al equipo transferido (costo cero), sería a través del IMEI o número de identificación del equipo, lo cual en el presente caso no se ha evidenciado.

4.3.8. Que la compañía ha tratado de demostrar que las facturas “por diferencia de equipos guardan relación con los adendum de inclusión de equipos, procediendo a leer el mismo número de celular en ambos documentos, pero como sea dicho no existe una correlación o identificación con el número de IMEI que permita tener la certeza de que el equipo transferido guarda relación con la factura ciclo en la que dice, se incluye en el precio del plan, el precio también del equipo. Que si bien las facturas ciclo (mensuales) emitidas a los clientes postpago contiene la descripción de tipo de plan o servicio adquirido como “ Tarifa Plan, Roaming, Atl Tiempo Aire Consumido Otras Operadoras”, entre otras, no contienen una identificación del porcentaje y valor que corresponde al equipo facturado, ni el costo que corresponde al servicio; y, si bien las facturas evidencian el cobro de un IVA 12% o 14% sobre los montos facturados, se establece que este IVA corresponde exclusivamente a los servicios

de telefonía facturados, más no demuestra la transferencia de ningún bien.

4.3.9. Que del análisis del Tribunal *A quo*, se concluye que no existe ninguna tergiversación por dos cuestiones, la primera que la compañía no proporcionó los códigos IMEI y ningún medio que permita identificar los equipos; y, segundo, la relevancia de los códigos IMEI es porque hubiesen permitido corroborar que el equipo transferido guarda relación con la factura ciclo en la que la compañía dice, se incluye en el precio del plan, el precio también del equipo.

4.3.10. Que se advierte que no se configura el vicio alegado por la compañía recurrente por incongruencia frente a las partes por acción ni por omisión. En el primer caso porque ha quedado demostrado que no existe ninguna tergiversación, y en el segundo porque ha quedado demostrado que la Sala realizó todo un análisis respecto de las facturas mencionadas por la compañía.

4.3.11. Errónea interpretación del inciso segundo del artículo 145 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Glosa 3.7.1.1. Impuesto al valor agregado sobre ventas locales gravadas con IVA tarifa 12% no declarado mi pagado. Como bien lo señala la compañía el caso quinto se trata de la transgresión directa de la norma y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, es decir, las partes se encuentran de acuerdo con los hechos. No obstante lo anterior, la compañía realiza una aplicación indebida de causales porque como quedó expuesto anteriormente esta no se encontraba de acuerdo con los hechos, tanto, es así que al amparo de la causal segunda alegó la configuración del vicio de incongruencia frente a las partes por acción respecto a la valoración que la Sala realizó de las facturas presentadas por OTECEL como prueba dentro del proceso para luego a través de la causal quinta del artículo 268 del COGEP, estar de acuerdo con los hechos.

4.3.12. Que a través de la causal quinta ya no cuestiona la valoración que el Tribunal *A quo* dio a la facturación realizada por OTECEL, de hecho está de acuerdo con la misma. Lo manifestado se evidencia cuando la compañía en la fundamentación de su recurso menciona como hecho probado, que “En el año 2016, OTECEL emitió facturas a sus clientes por concepto de planes postpago y prepago gravadas con tarifa 12% y 14% de IVA, pero en las facturas no desglosó el precio de los equipos transferidos”

4.3.13. Que lo anterior deviene en una aplica-



ción subsidiaria de la causal quinta lo que no es posible en el recurso de casación. Así las cosas, el mismo conjuer que calificó el recurso de casación interpuesto por OTECEL, dentro de otro caso análogo en el que confluían las causales segunda y quinta expresó que la técnica casacional impide la procedencia de causales subsidiarias dada la naturaleza y la autonomía de cada una de ella, pues están previstas para situaciones jurídicas específicas e incluso contradictorias. Por lo expuesto, la Administración Tributaria solicita que no pueden configurarse las causales segunda y quinta sobre un mismo hecho en el presente caso.

4.3.14. Que la compañía considera que existen 4 hechos probados, 1. OTECEL presta servicios de telefonía móvil a través de dos modalidades, esto es, planes prepago y postpago. Para acceder al servicio de telefonía se requiere de un teléfono y de una tarjeta o chip; 2. OTECEL transfirió equipos (teléfonos y chips) a sus clientes y esos equipos estaba incluido, o en otras palabras, formaban parte de los planes prepago y postpago presentados por sus clientes; 3. Los servicios de telefónica móvil y los equipos transferidos por OTECEL estaban en el año 2016, gravados con tarifa 12% y 14% de IVA; y 4. En el año 2016, OTECEL emitió facturas a sus clientes por concepto de planes postpago y prepago gravadas con tarifa 12% y 14% de IVA, pero en esas facturas no desglosó el precio de los equipos transferidos.

4.3.15. Que respecto a la errónea interpretación del artículo 145 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, la compañía expresa que la Sala debía determinar si conforme a lo dispuesto a la norma alegada (i) los contribuyentes pueden de forma conjunta, prestar servicios y transferir bienes gravados con IVA o (ii) si es necesario desagregar el valor de los servicios prestados y bienes transferidos. A criterio de OTECEL, si la Sala hubiese interpretado correctamente la norma, habría concluido que la compañía sí podía emitir facturas por concepto de planes que incluyan el valor de servicios y de bienes y en consecuencia que no era necesario que OTECEL desagregue el valor de los equipos; toda vez que el referido artículo dispone que se entenderá que el valor de tales mercaderías sin incluir el IVA forma parte de la base imponible de este servicio.

4.3.16. Que si bien el artículo 145 del RLRTI permite a los contribuyentes prestar servicios y transferir bienes en forma conjunta no implica que no deba demostrarse cuál es el valor pro-

porcional que corresponde al bien y cuál es el valor proporcional que corresponde al servicio; y que no existe ninguna errónea interpretación por parte del Tribunal respecto del mencionado artículo.

4.3.17. Que lo dispuesto en el artículo 145 de la RLRTI no implica bajo ninguna interpretación (si la del Tribunal o la del contribuyente) que la subsunción de los hechos a la norma en el presente caso no necesite de una verificación, es decir, no limita la facultad de control de la Administración Tributaria que permita concluir que efectivamente el valor de los bienes o las mercaderías forma parte de la base imponible del servicio.

4.3.18. Que en el presente caso, respecto a que el cliente paga el IVA del equipo ofertado, que fue consignado en el comprobante de venta con el 100% del descuento, en el plan del servicio contratado es erróneo, ya que el valor de dicho plan no tiene variación en el costo del servicio a través del tiempo para los usuarios de los planes sean estos que adquieran o no los equipos con OTECEL. Más allá de la discusión de si es necesario o no desagregar el valor de los servicios prestados y bienes transferidos la discusión está en de qué forma o bajo que documentos o prueba o sustento la Administración Tributaria puede verificar o puede entender inequívocamente que el valor de las mercancías se encuentre incluido en la facturación del servicio, porque el verbo “entenderá” no equivale a “aceptará”, es decir, que la facultad de control de la Administración no puede verse limitada bajo el artículo 145 del RLRTI ya que contiene un presupuesto normativo pero cuyo presupuesto de hecho debe ser probado.

4.3.19. Que el Tribunal *A quo* en el análisis que realizó de todas las pruebas presentadas por OTECEL concluyó que no existe una correlación o identificación con el número de IMEI que permita tener la certeza de que el equipo transferido guarda relación con la factura ciclo en la que dice, se incluye en el precio del plan, el precio también del equipo. Es decir, que OTECEL tenía una forma de probar que el valor de los bienes se encontraba inmerso en el valor facturado del servicio, pero no lo hizo.

4.3.20. Que el entendimiento correcto de la norma tiene un presupuesto normativo y otro fáctico. El primero permite a los contribuyentes prestar servicios en los que se incluya de manera conjunta el bien (lo que no ha sido cuestionado por el Tribunal ni el SRI) y el segundo esta correlacionado con la base imponible del servicio en la cual debe

incluirse el valor del bien en el verbo “debe” o en el propio verbo que utiliza la norma “entender”, que el valor del bien se encuentra incluido en la base imponible del servicio no es inamovible puede estar sujeto al control por parte del SRI y aunque no conste de forma desagregada el valor del bien y el equipo en la factura debe existir otro medio en el que pueda comprobarse que el valor de tales mercaderías está incluido en la base imponible de los servicios, caso contrario se estaría limitando la facultad de control de la Administración Tributaria y los contribuyentes podrían utilizar el mencionado artículo para no gravar el IVA de los bienes.

4.3.21. Que el Tribunal A quo mencionó un punto importante en su análisis, que a través del artículo 145 del RLRTI no se puede simplemente suponer que en las facturas consta el IVA de los equipos vendidos, lo que tiene lógica, porque la norma alegada hace referencia a la base imponible del servicio no a las condiciones de la facturación. Las condiciones de la facturación como lo menciona el Tribunal se establecen en el artículo 64 de la LRTI. En consecuencia no se configura el vicio por errónea interpretación del artículo 145 del RLRTI.

4.3.22 Respecto a la errónea interpretación del artículo 94 numeral 2 del Código Tributario. En el considerando 8.1 del fallo impugnado, el Tribunal A quo estableció el alcance del artículo 94 del Código Tributario señalando que la caducidad aplica en 6 años aun cuando exista declaración por parte del sujeto pasivo cuando no se hubiere declarado en todo o en parte. El no haber declarado el tributo supone ocultación de ingresos.

4.3.23. Que bajo el razonamiento expuesto de la Sala para poder establecer o verificar si existió o no ocultamiento de ingresos, procedieron previamente al examen de las glosas impugnadas, sus argumentos y pruebas a fin de determinar si hubo o no ocultamiento. El análisis del Tribunal respecto a la glosa 3.7.1.1 “Impuesto al Valor Agregado” sobre ventas locales gravadas con tarifa 12% no declarado ni pagado, tanto del acta 17202024901003767 (IVA enero y febrero de 2016), como en el acta No. 1720204901003768 (IVA marzo a diciembre de 2016), concluyó que confirma la glosa levantada ante lo cual es importante mencionar que la Administración Tributaria al determinar la glosa y conforme se mantiene como hecho probado en el Juicio estableció que, “Como se observa en las diferencias consignadas en la presente acta, el contribuyente omitió declarar un

rubro completo de las ventas gravadas con 0% sin derecho a crédito tributario correspondiente al seguro de desgravamen, cuyo hallazgo es considerado por la Administración Tributaria como una venta gravada como tarifa 0% e incorporado en su formulario 104. El contribuyente no declaró el impuesto al valor agregado (IVA) generado de los bienes otorgados a los usuarios con un descuento del 100%, debiendo tratarlos como un autoconsumo que genera un impuesto gravado con una tarifa 12%.”

4.3.24. Que el Tribunal A quo, consideró como hecho probado que la compañía OTECEL ha ocultado rubros, por lo tanto, la técnica casacional empleada en aplicación del caso quinto no guarda relación con los hechos que la Sala consideró como probados. La discusión de si en la aplicación del numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario debía aplicarse el criterio de mala fe en base a criterios expuestos en sentencias escogidas aleatoriamente por la compañía no puede dar lugar a la configuración de la causal quinta por cuanto la aplicación o no aplicación de un criterio expuesto en una sentencia no es parte del caso quinto ya que no constituye un precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante sobre el cual se pueda alegar error en la interpretación de una norma.

4.3.25. Que varios fallos de la Corte Nacional de Justicia han establecido que para que se configure el numeral 2 del artículo 94 es cuando se demuestre un ocultamiento de ingresos, no a simples errores y como ha quedado demostrado (hechos probados) la compañía ocultó ingresos lo que lógicamente ocasiona un detrimento en la recaudación respecto a los ingresos que la compañía ha omitido declarar, y no solo los ingresos sino que existe un IVA no pagado al fisco por dichas transacciones.

4.3.26. Que de la lectura del artículo 94 del Código Tributario, el numeral 2 es aplicable cuando los contribuyentes no hubiesen declarado los tributos a los que están obligados en todo o en parte. Entre los hechos probados en la sentencia se tiene que a) Existe transferencia de equipos; b) el SRI probó que existen facturas de equipos y chips con 100% de descuento e IVA facturado cero; y, c) del análisis de todos los medios probatorios presentados por la compañía no se evidencia que el valor de los equipos y chips este incluido en la facturación del servicio por cuanto en la facturación del servicio es opcional la adquisición de los equipos y no existe una correlación de los equipos con la facturación de OTECEL.



En consecuencia, OTECEL no declaró ni pagó el IVA en todo, configurándose lo establecido en el artículo 94 del Código Tributario. Además es de suma relevancia considerar que las sentencias citadas por el contribuyentes se refieren a la intención dolosa de perjudicar al fisco cuando se habla o se tiene como cierto una declaración “en parte” siendo que en el presente caso no se trata de un error de buena fe o por diferencias de criterios porque quedó demostrado que no existe declaración ni pago del IVA por los equipos celulares.

4.3.27. Que las sentencias respecto a caducidad a lo largo del tiempo no se han configurado en un precedente jurisprudencial obligatorio sobre el cual se pueda alegar la configuración del caso quinto. Si es así, también se debería considerar los fallos reiterativos de la Corte Nacional de Justicia que han mencionado que la caducidad opera en 6 años incluso cuando no pueda justificarse razonablemente el motivo de la omisión.

4.3.28. Que la compañía a través del caso quinto se encuentra de acuerdo con el hecho probado de que existió un ocultamiento de ingresos porque no pudo justificar razonablemente el motivo de la omisión y la Administración Tributaria demostró que no existe declaración ni pago de IVA por los equipos celulares lo que configura la aplicación de la caducidad de 6 años, no siendo aplicable criterios emitidos en sentencias respecto a la mala fe o intención dolosa de perjudicar al fisco primero porque no son un precedente jurisprudencial obligatorio; segundo porque ha quedado evidenciado en el análisis del Tribunal que existe ocultamiento de ingresos que han perjudicado al fisco; y, tercero porque no se trata de una declaración en parte que pueda atender a un error de buena fe sino que el hecho probado es que OTECEL no declaró ni pagó el IVA de los equipos. Por lo tanto, no se trata de simples diferencias en la declaración y en la contabilidad ya que el hecho probado es que existen facturas con 100% de descuento e IVA declarado cero, es decir, no es un simple error, sino un hecho cierto que el contribuyente no declaró el impuesto sobre los equipos.

4.3.29. Que en el presente caso es evidente un ocultamiento de ingresos que perjudica al fisco cuando se ha probado que OTECEL no declaró ni pagó el IVA de los equipos en su totalidad. Es decir, el criterio de que se configura una intención deliberada de ocultar ingresos es aplicable en la declaración en parte la que puede obedecer a un error de buena fe no así cuando ha sido probado que los contribuyentes no han declarado

ni pagado el tributo, aquí no hay intención deliberada porque es un hecho consumado la omisión de declarar el tributo en su totalidad. Por las consideraciones expuestas, no se configura el caso quinto alegado por la compañía recurrente por a) la técnica casacional con el caso quinto no puede modificar los hechos probados o aplicar criterios de sentencias que no constituyen un precedente jurisprudencial vinculante; b) el hecho probado es que OTECEL ocultó rubros, es decir no declaró ni pagó IVA respecto de los equipos, lo que implica que no declaró el tributo en su totalidad perjudicando al fisco.

4.3.30. Respecto a la falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil. De la fundamentación del recurso se aprecia que la compañía considera que para que opere la caducidad de 6 años debe demostrarse la mala fe o el dolo sin estos elementos no puede configurarse la caducidad de 6 años. Al respecto es importante mencionar que en el presente caso no se encuentra frente a una intencionalidad de causar un perjuicio al fisco, sino que este perjuicio existió y así quedó demostrado en el juicio, puesto que sobre la facturación de los equipos la compañía mantuvo descuentos del 100% con IVA cero, sin que en el valor del servicio se incluya el valor de los equipos primero porque en la facturación de los servicios el valor no varía en el tiempo y es el mismo para los clientes que adquieren o no los equipos. En consecuencia, la intencionalidad sobre la que pueda aplicarse los criterios de mala fe y dolo no existe, porque el perjuicio al fisco quedó demostrado.

4.3.31. Que si la compañía consideró que el Tribunal A quo no resolvió sobre la demostración de la mala fe o dolo al que supuestamente estaba obligada la administración tributaria la causal quinta no es la adecuada, porque lo anterior implica una valoración de los hechos lo que no es posible bajo el caso quinto, de considerar lo que menciona la compañía implicaría modificar los hechos probados. Por lo que, no se configura el vicio alegado por la compañía bajo el caso quinto del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil.

5. Problema jurídico

5.1. En base a los argumentos esgrimidos por el recurrente, corresponde determinar si el Tribunal de instancia incurrió en los vicios de falta de motivación, errónea interpretación y falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, por concepto de IVA de los meses de enero y febrero y

marzo a diciembre del ejercicio fiscal 2016.

6. Análisis del tribunal de casación

6.1. Caso segundo.- La falta de motivación, que se acusa con sustento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP consiste en una “(...) operación mental del juez dirigida a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles ser incluidos en la redacción de la resolución, por gozar de una adecuada justificación jurídica.” Fernando de la Rúa define a la motivación de la sentencia como “(...) el elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y derecho en los cuales el juez apoya su decisión.”

6.1.1. La trascendencia de la motivación ha merecido reiterados pronunciamientos de esta Sala Especializada y de la Corte Constitucional, la que en la sentencia No. 115817EP/21, de 20 de octubre de 2021, expresa que “La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.” La trascendencia del fallo referido es que en él, (51) expresamente la Corte Constitucional se aleja del test de la motivación vinculado con la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, que había establecido la misma Corte, con otra integración.

6.1.2. La Sala especializada por su parte, ha reiterado en varias decisiones, que la motivación es el ejercicio de confrontar los hechos con el derecho aplicable, como mecanismo válido para sustentar la decisión.

6.1.3. Las normas acusadas como infringidas son: **a) Constitución de la República del Ecuador: Art. 76 numeral 7, literal l.-** “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.” **b) Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 130. Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces.-** “Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.” **c) Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 130. Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces.-** “Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.”

6.1.4. El recurrente cuestiona la sentencia porque considera que el Tribunal A quo estaba en la obligación de contestar a todas las alegaciones de las partes, más aún las alegaciones relevantes que tenían como objeto que el Tribunal evidencie que no existía una transferencia gratuita de equipos y por tanto la supuesta diferencia por IVA alegada por el SRI. Que el fallo, al carecer de congruencia argumentativa, produjo una restricción del derecho a la defensa y, en consecuencia, una violación de derechos constitucionales.

6.1.5. En la sentencia el Tribunal establece que de la prueba practicada por la actora no ha podido demostrar de forma convincente e inconfundible que el valor cobrado y el IVA gravado corresponde en parte al servicio y en parte al equipo porque no se desglosa el valor del bien ni el valor del servicio, de manera que se pueda demostrar fehacientemente lo afirmado por la compañía, sin que proceda la alegación que realiza, que de conformidad con el artículo 145 del Reglamento para



la aplicación de la LRTI, se admite que cuando en la prestación de servicios gravados con IVA se transfieren también mercancías, se entiende que el precio de las mercancías, sin incluir el IVA, forman parte de la base imponible de dicho servicio, porque de ninguna manera se puede inferir (suponer) que, en las facturas consta el IVA de los equipos vendidos, cuando la factura no identifica por una parte el valor del bien y por otra, la del servicio, lo que contraría lo dispuesto en el artículo 64 de la LRTI, norma de superior jerarquía a la del reglamento.

6.1.6. Confrontado lo establecido por el Tribunal con los argumentos vertidos por el recurrente, no se advierte que se produzca la deficiencia motivacional de incongruencia alegada respecto de la glosa Impuesto al valor agregado sobre ventas locales gravados con tarifa 12%, no declarado ni pagado, pues se encuentra que si fueron analizados los asuntos controvertidos y alegados por la compañía, conforme se desprende del contenido del análisis resumido en el numeral precedente. Además, el argumento del recurrente resulta contradictorio, pues por un lado aduce falta de contestación y análisis de sus argumentos y por otra que el Tribunal en medio párrafo analiza este argumento relevante de la parte actora con tergiversaciones, porque se limita a indicar que en las facturas por transferencia de equipo no se ha podido identificar el número de IMEI que permita correlacionar así el equipo transferido con el que consta en la factura de servicios. Tales argumentos, contrario sensu, evidencian la inconformidad del recurrente, por no concordar el razonamiento del Tribunal a los argumentos de defensa del actor.

6.1.7. De los razonamientos del Tribunal se evidencia que si existe análisis de los argumentos del actor sobre el tema en discusión y no se limita a la imposibilidad de identificar el IMEI que permita correlacionar el equipo transferido con el que consta en la factura por servicios, lo cual habría servido únicamente para corroborar lo relatado por el actor en los casos de devolución de equipos, pues los razonamientos del Tribunal se desprenden de las pruebas actuadas, como la que señala cuando analiza las facturas ciclo y no ciclo: “... de la prueba actuada por la propia actora, se confirma las afirmaciones de la autoridad demandada, en el sentido de que la compañía habría emitido

factura de transferencia de bienes con descuento del 100% e IVA 0%.” O que “... las facturas ciclo no permiten relacionarlas con la factura de la venta de equipo, pues aun cuando la parte actora al practicar la prueba ha mencionado el número de la línea telefónica a la que corresponde el plan y ha confrontado con la factura de descuento, destacando que se trata de la misma línea, no obstante, tal ejercicio no es suficiente para admitir la vinculación entre dichas facturas, toda vez que como es bien sabido, el cliente puede mantener el número de su línea pero cambiar de equipo, de allí que la única forma efectiva e irrefutable de verificar que la factura correspondería al equipo transferido (costo cero) sería a través del IMEI o número de identificación del equipo, lo cual en el presente caso no se ha evidenciado.” O, “... y si bien las facturas evidencian el cobro de un IVA 12% o 14% sobre los montos facturados, se establece que este IVA corresponde exclusivamente a los servicios de telefonía facturados, más no demuestra la transferencia de ningún bien.”

6.1.8. En definitiva, son las deficiencias probatorias de la empresa actora las que conducen a rechazar sus argumentos, sin que se evidencie la deficiencia motivacional alegada. Al no configurarse el vicio, el cuestionamiento no procede y se lo rechaza.

6.2. Caso quinto. Glosa 3.7.1.1. La **errónea interpretación** que se acusa con sustento en el caso quinto del artículo 268 del COGER, “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.”¹

6.2.1. La norma acusada es el **Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno: Art. 145.-Base imponible en la prestación de servicios.-** “Para la determinación de la base imponible en la prestación de servicios, se incluirá en ésta el valor total cobrado por el servicio prestado. La propina legal, esto es el 10% del valor de servicios de hoteles y restaurantes calificados, no será parte de la base imponible. Si con la prestación de

¹ Tolosa Villabona, L.A.; *Teoría y Técnica de Casación ibidem.*, pp. 361.

servicios gravados con el IVA tarifa 12% se suministran mercaderías también gravadas con esta tarifa, se entenderá que el valor de tales mercaderías sin incluir el IVA forma parte de la base imponible de este servicio aunque se facture separadamente. Si el servicio prestado está gravado con tarifa cero, la venta de mercaderías gravadas con tarifa 12% se facturará con el respectivo desglose del impuesto.”

6.2.2. El recurrente acusa al Tribunal de establecer que el artículo 145 del RLRTI no le permitía a Otecel incluir el costo del bien en el servicio y por tanto que la empresa actora actuó sin sustento normativo.

6.2.3. En la sentencia el Tribunal confirma la glosa al no haber demostrado la compañía la declaración y pago del IVA. Descarta el argumento de que de conformidad con el artículo 145 del Reglamento a la LRTI se admite que cuando en la prestación de servicios gravados con IVA se transfieren también mercancías gravadas con este impuesto, se entiende que el precio de estas mercancías, sin incluir el IVA, forma parte de la base de dicho servicio, desconociendo la obligación de gravar por separado el IVA de los bienes y servicios facturados.

6.2.4. Analizados los argumentos del recurrente y confrontados con los razonamientos del Tribunal para ratificar la glosa, se encuentra que los mismos no se circunscriben únicamente al alcance del contenido del artículo 145 del Reglamento para la Aplicación de la LRTI, que bien puede entenderse que regula una situación diferente a la del artículo 64 de la LRTI, pues lo que concluye es que de la prueba practicada por la actora no se ha demostrado que la transferencia de equipos y que su base imponible de IVA corresponda en parte al servicio y en parte al equipo.

6.2.5. La Sala considera que, asumiendo que el artículo 145 del Reglamento a la LRTI regule una situación distinta a la establecida en el artículo 64 de la LRTI, para el caso, no enerva la obligación del contribuyente de evidenciar que el valor de los equipos entregados con valor cero en las “facturas no ciclo”, estaba incluido en el valor mensual del servicio cobrado al usuario a través de las “facturas ciclo”, que deberían ser coincidentes para justificar que se tratan de los mismos equipo y servicio, deficiencia probatoria que deja en evidencia el

Tribunal y que no puede ser alterado por la Sala, con el caso quinto del artículo 268 del COGEP en análisis. Esta decisión a la luz del análisis realizado, no significa necesariamente que la Sala se encuentre de acuerdo con el realizado por el Tribunal de instancia, pero corresponde la decisión a la luz de los hechos probados.

6.2.6. Al no configurarse el vicio, el cuestionamiento no procede y se lo rechaza.

6.3. Caducidad.- El recurrente acusa la errónea interpretación del artículo 94.2 del Código Tributario, así como la falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil, cuestionamientos vinculados por los que se los trata en forma conjunta.

6.3.1. El vicio de **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.*”²

6.3.2. Las normas infringidas son: **a) Código Tributario: Art. 94. Caducidad.-** “*Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo: 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.*”; **b) Código Civil: Art. 722.-** “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse.*” **Art. 1475.-** “*El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.*”

6.3.3. El recurrente acusa la errónea interpretación del artículo 94 del Código Tributario, porque a su decir el Tribunal A Quo consideró que el IVA por la transferencia de equipos celulares a los clientes de Otecel no fue declarado en los meses de enero y febrero de 2016, porque en las facturas no se desagregó el bien transferido y el servicio prestado y no se pudo diferenciar qué valor correspondía al equipo celular o las tarjetas SIM, y qué valor correspondía al servicio de telefonía. Agrega que conforme a la jurisprudencia que cita, la Administración Tributaria debió demostrar la intencionalidad de perjudicar a la Administración tributaria, lo cual no ha ocurrido.

² Tolosa Villabona, Luis Armando. Teoría y Técnica de Casación. Civil, Penal, Laboral, Penal Militar, Acciones de Grupo, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2008), 359.

6.3.4. El Tribunal en su decisión, considerando 8.5, establece que por parte de la accionante se evidencia que no ha declarado en todo o en parte, es decir, ha ocultado rubros, por lo que se configura lo previsto en el artículo 94.2 del Código Tributario, respecto a las declaraciones de IVA de los meses de enero y febrero de 2016.

6.3.5. La caducidad al tenor de lo previsto en el artículo 94 del Código Tributario opera: a) en tres años contados a partir de la presentación de la declaración; y, b) en seis años cuando no se hubiere presentado la declaración o, habiéndose presentado, se lo hizo en parte o ha ocultado rubros.

6.3.6. La Sala, analizado el tema en controversia y en consonancia con el alcance del artículo 145 del RALRTI, norma reglamentaria que permite la facturación conjunta de equipo y servicio, se trata de la misma clase de servicio, es decir la misma actividad económica, por lo que, en concordancia con la línea jurisprudencial de la Sala, se trata de una diferencia de rubros que no justifica para considerar la existencia de ocultamiento de rubros alegada por la Administración Tributaria, consiguientemente la caducidad aplicable es la de 3 años, prevista en el artículo 94.1, no la de 6 años del 94.2 del Código Tributario. En el caso, caducó la facultad determinadora de la Administración Tributaria, respecto de los meses de enero y febrero de 2016, y así se declara, lo que vuelve ilegal la determinación practicada por la Administración, respecto de estos meses.

6.3.7. Respecto a la falta de aplicación de los artículos 722 y 1475 del Código Civil, la Sala señala que al tenor del contenido literal de la norma, 94.2 del Código Tributario, los elementos que regulan tales disposiciones del Código Civil son ajenas a la aplicación de la caducidad, pues la norma no condiciona a la intencionalidad expresa o manifiesta de perjudicar a la administración, pues será suficiente con demostrar la existencia del hecho del ocultamiento o la declaración parcial para la aplicación de este plazo

de caducidad.

6.3.8. Al configurarse el vicio en los términos expuestos, se casa la sentencia respecto a la caducidad de la facultad determinadora de los meses de enero a febrero de 2016.

7. Decisión

7.1. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario 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:**

7.2. Casa parcialmente la sentencia impugnada en los términos establecidos en el considerando 6.3. de este fallo.

7.3. Actúe la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. 838-UATH-2022-OQ, de fecha 28 de julio del 2022.

7.4. El 20% de la caución rendida por la empresa recurrente, devuélvase o liquídese imputando a obligaciones pendientes de pago. Sin costas.

7.5 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Determinar si el Tribunal de instancia incurrió en los vicios de falta de motivación, errónea interpretación y falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, por concepto de IVA de los meses de enero y febrero y marzo a diciembre del ejercicio fiscal 2016. La Sala encuentra que se configura el vicio acusado respecto a la caducidad de la facultad determinadora, por lo que casa parcialmente la sentencia.

f) JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL (PONENTE). GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

Determinar si el Tribunal de instancia incurrió en los vicios de falta de motivación, errónea interpretación y falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, por concepto de IVA de los meses de enero y febrero y marzo a diciembre del ejercicio fiscal 2016.

La Sala encuentra que se configura el vicio acusado respecto a la caducidad de la facultad determinadora, por lo que casa parcialmente la sentencia.

ACLARACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00285

Juez Ponente: Dr. José Dionicio Suing Nagua

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

Quito, miércoles 20 de diciembre del 2023, las 09h59,

VISTOS: a) Siendo el estado procesal de la causa, corresponde resolver lo solicitado por la parte demandada en los siguientes términos:

Antecedentes.- 1) La abogada María José Arias Trujillo, en calidad de Procuradora Fiscal de la Administración Tributaria, en escrito de 15 de noviembre del 2023, las 16h31, interpuso recurso horizontal de aclaración de la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2023, las 10h19, en el que solicita aclarar el fallo con base en los siguientes aspectos: “(...) a. Cuáles son las diferencias de rubros que no justifican considerar ocultamiento de ingresos. b. Si el hecho probado es que existe transferencia de quipos pero no se evidencia la declaración y pago del IVA por qué estos hechos no pueden considerarse como ocultamiento u omisión de ingresos y si como diferencias de rubros. c. Qué es qué implica para la Corte Nacional de Justicia que exista ocultamiento de ingresos para que opere la caducidad de 6 años. Las aclaraciones solicitadas por la Administración Tributaria son de vital importancia por cuanto el criterio de que opera caducidad de tres años a pesar de que los tributos no se han declarado ni pagado aun cuando se configurado todos los elementos de estos, resulta en un perjuicio incalculable para el Estado ecuatoriano y limita las legítimas facultades de control que le asisten a la Administración Tributaria. Además que bajo la causal quinta se están modificando los hechos, se está pasando de un hecho probado de que no existe declaración ni pago de IVA a un hecho de que solo existen diferencias entre lo declarado y lo glosado por la Administración Tributaria. Por lo que la Administración Tributaria solicita se proceda con las aclaraciones solicitadas. (...) Señores Jueces, si bien por una parte el artículo 145 del RLRTI permite una facturación conjunta del equipo y del servicio esto no implica y como ya lo manifestó el Tribunal de instancia suponer que el valor de los equipos se encuentra inmerso en la facturación de los servi-

cios y s partimos del hecho probados que existe ocultamiento u omisión de ingresos no es claro cuál es la relación del artículo 145 de RLRTI con la aplicación del artículo 94.1 o 94.2 del Código Tributario en el presente caso. Por lo expuesto la Administración Tributaria solicita al Tribunal las siguientes aclaraciones: a. Cuál es la relación del artículo 145 del RLRTI con la caducidad de la facultad determinadora que le haya permitido concluir que la caducidad aplicable es de 3 años y no de 6. b. Si el hecho probado es que existe omisión de ingresos, es decir, Otecel no pago ni declaró el IVA sobre los bienes transferidos porque no se trata de omisión de ingresos que permitan la caducidad de 6 años. Las aclaraciones solicitadas son relevantes pues no son claros los motivos de vinculación del art. 145 del RLRTI con la caducidad de la facultad determinadora, puesto que de la lectura del fallo parecería que se están cambiando los hechos probados porque solo en el caso de que hubiere demostrado que los bienes (equipos) si estaban inmersos en el valor facturado por los servicios cobraría relevancia el art. 145 del RLRTI, no así si esto no se logró evidenciar porque el mencionado artículo no implica solo suponer que el valor de los bienes es parte del valor facturado por los servicios. 2) En providencia de fecha 15 de noviembre del 2023, las 16h44, el Juez Nacional, Dr. José Suing Nagua, Ponente en la causa, dispuso correr traslado por el término de 48 horas con dicha petición a la contraparte. 3) La compañía Otecel S.A., en escrito de 17 de noviembre del 2023, las 13h09, dio contestación a pedido de aclaración por parte de la Administración Tributaria manifestando que “(...) 4. Según se desprende del recurso interpuesto por la autoridad tributaria demandada, no se identifica ninguna premisa difusa que amerite aclaración en cuanto a su sentido y alcance, por lo que es falso que existan asuntos oscuros en la sentencia recurrida. Lo que ocurre, y que es innegable, es que el Servicio de Rentas Internas está inconforme con la decisión adoptada por los Señores Jueces y pretende a través de este medio de impugnación se modifique el alcance y sentido de la decisión definitiva y vinculante de la Sala. Este hecho debería llevar a inadmitir el recurso y desecharlo, por ser



abiertamente improcedente. 5. Ahora bien, si los defectos en la técnica jurídica del SRI no fueran suficientes para rechazar su infundada pretensión, debemos precisar que sus pedidos de aclaración sobre supuestos asuntos oscuros, en el fondo, carecen de sustento jurídico. La autoridad tributaria aduce que fue un hecho probado que Otecel no declaró ni pagó el IVA correspondiente a sus transacciones del mes de enero y febrero del ejercicio fiscal 2016, por lo que, a su entender, el plazo de caducidad aplicable era de 6 años y no de 3, pues habría existido una omisión en el pago de tributos y no una discrepancia de criterios entre los valores declarados y los que fueron glosados. 6. La discusión que tuvo lugar en la CNJ, al versar sobre el caso 5 del artículo 268 del COGEP, estuvo circunscrita al encuadre fáctico delimitado por el Tribunal A quo en la sentencia objeto del recurso de casación. Aunque, insistimos, es claro el encuadre fáctico y las premisas esgrimidas por la Sala de Casación, debemos partir de las consideraciones del tribunal para desvirtuar las aseveraciones del Servicio de Rentas Internas que demuestran, de forma fehaciente, que la discusión entre Otecel y la autoridad tributaria siempre estuvo encaminada a establecer si el artículo 145 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (RLRTI) fue correctamente aplicado. 7. El TDCT delimitó el siguiente marco sobre los hechos de forma expresa en la sentencia recurrida: 7.1. Otecel tenía como única actividad económica la prestación de servicios de telecomunicación a través de las modalidades pre y post pago, por lo que, los teléfonos celulares y las tarjetas SIM constituyen elementos básicos e indispensables para acceder a los servicios. 7.2. Otecel transfirió equipos celulares y tarjetas SIM en el contexto de los planes post pago contratados por sus clientes. 7.3. Otecel emitió facturas ciclo por concepto de planes de telefonía en las que no desagregó el valor correspondiente a servicio y equipo, por lo que, a criterio del TDCT, aplicó incorrectamente el artículo 145 del RLRTI (incluso, el TDCT lo declaró como ilegal por supuestamente contravenir el artículo 64 de la LRTI) 7.4 Otecel presentó declaraciones de IVA de los periodos enero y febrero de 2016 en las cuales se generó un impuesto del 12% y 14% del IVA por concepto de la venta de planes que fue pagado al SRI. La autoridad no objetó las facturas ciclo ni de diferencia de equipos, también gravadas con 12% o 14% de IVA; solamente las denominadas no ciclo. 8. Como es evidente, Señores Jueces, la controversia radicó en

si Otecel debía segregar en la factura de plan mensual, el valor del servicio prestado y el bien transferido. La Compañía siempre defendió que no debía porque el artículo 145 del RLRTI prescribía que al prestar servicios y transferir bienes, el precio del equipo se presumía incorporado en el valor del servicio; de otro lado, el SRI también defendió de forma consistente que aun cuando el artículo 145 del RLRTI disponía aquello, la obligación de consignar de forma separada el valor del bien y servicio se mantenía. 9. Sobre la base de esta consideración, la Sala de Casación declaró que operaba la caducidad de 3 años, pues el punto de conflicto siempre estuvo orientado a determinar si la aplicación del artículo 145 del RLRTI por parte de Otecel fue correcta, por lo que el SRI nunca probó que el modo de facturación empleado por la Compañía haya tenido la intención de esconder un impuesto debido al fisco, lo cual fue ratificado por la Dra. Anita Izquierdo en el voto salvado de este juicios 10. No podemos pasar por alto que el propio Servicio de Rentas Internas ha reconocido tácitamente esta aseveración en el mismo juicio que ha sido sometido al conocimiento de la Sala de Casación, pues en el acta de determinación de marzo a diciembre de 2016, que contenía exactamente la misma glosa, se señaló que el plazo de caducidad aplicable era de 3 años, cuestión consistente con determinaciones sobre el mismo concepto en diversos ejercicios fiscales, (...) 11. Por lo tanto, llama poderosamente la atención que de 6 procesos de determinación sobre exactamente el mismo concepto, solo en uno de ellos se haya alegado el plazo de caducidad de 6 años y no de 3. Esto tuvo una razón de ser. Si el SRI no sustentaba la determinación en 6 años, el plazo para revisar las declaraciones de IVA por los meses de enero y febrero de 2016 habría caducado, por ello tuvo que cambiar radicalmente el criterio que siempre mantuvo. Al haber aceptado la tesis del SRI, la Sala de Casación habría legitimado que la autoridad, a conveniencia, modifique un criterio que hasta el día de hoy se mantiene, solo para revivir una auditoría que en derecho nunca debió iniciar.

III. PETITORIO.- 12. En función de lo expresado previamente, solicitamos cordialmente a los señores Jueces se sirvan desechar el recurso de ampliación interpuesto (...)” 4) Siendo el estado procesal de la causa corresponde resolver el recurso de aclaración en los siguientes términos: En lo principal, se realizan las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- Los recursos de ampliación y aclaración se encuentran previstos en el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone: “La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.” y en el artículo 255 segundo inciso del Código ibídem, establece que: “La solicitud de aclaración o ampliación deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará de plano.”

SEGUNDO.- El recurso de aclaración procede en caso de obscuridad de la sentencia. Respecto al pedido de aclaración, la Administración Tributaria solicita se aclare: “a. Cuáles son las diferencias de rubros que no justifican considerar ocultamiento de ingresos. b. Si el hecho probado es que existe transferencia de quipos pero no se videncia la declaración y pago del IVA por qué estos hechos no pueden considerarse como ocultamiento u omisión de ingresos y si como diferencias de rubros. c. Qué es qué implica para la Corte Nacional de Justicia que exista ocultamiento de ingresos para que opere la caducidad de 6 años. (...) a. Cuál es la relación del artículo 145 del RLRTI con la caducidad de la facultad determinadora que le haya permitido concluir que la caducidad aplicable es de 3 años y no de 6. b. Si el hecho probado es que existe omisión de ingresos, es de-

cir, Otecel no pago ni declaró el IVA sobre los bienes transferidos porque no se trata de omisión de ingresos que permitan la caducidad de 6 años. Al respecto, la Sala de Casación expone los argumentos por los que llega a su decisión, específicamente en los considerandos 6.3.3 al 6.3.6.; analiza la controversia, específicamente el artículo 145 del RALRTI, norma reglamentaria que permite la facturación conjunta de equipo y servicio, y determina que se trata de una diferencia de rubros, lo cual no justifica que exista el ocultamiento de rubros aducido por la Administración, por lo que la caducidad aplicable es de 3 años. Este Tribunal observa que se pretende que se aclare cuestiones solventadas en sentencia. Al encontrarse resueltos los puntos relevantes controvertidos, la petición carece de fundamento y no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, al pretender desnaturalizar lo resuelto por estos juzgadores en el fallo recurrido. Por lo anterior, se desecha el recurso de aclaración interpuesto. Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-

f) JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL (PONENTE). GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL

Certifico.-

IV

Juicio Nro. 17510-2020-00263
Resolución Nro. 773

Fecha: 6 de diciembre del 2023, las 12h13

TEMA: No se configura los vicios alegados al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

ASUNTO

Respecto del *thema probandum*, la Sala realiza un detenido análisis de la fundamentación de la causal quinta y respecto de la alegación de falta de aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre la República del Ecuador y el Reino de España, concluyó que la actora tiene residencia fiscal en el España, que presta servicios y genera rentas en Ecuador en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito con el Consorcio GMQ y que los ingresos percibidos constituyen beneficios empresariales. Los contribuyentes que obtengan rentas mediante establecimiento permanente en Ecuador, tributarán por la totalidad de la renta imputable al establecimiento, cualquiera sea el lugar de su obtención. Finalmente, que se evidencia que el tribunal A quo, bajo esos hechos probados, aplicó la norma reprochada en el alcance que esta tiene, por falta de prueba que demuestre la no intervención del Establecimiento Permanente y que todos los ingresos se atribuyeron a la empresa en España.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00263

Jueza Ponente: Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez

**SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTEN-
CIOSO TRIBUTARIO CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA DEL ECUADOR**

Quito, miércoles 6 de diciembre del 2023, las 12h13

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales: doctora Rosana Morales Ordóñez (ponente), doctor Gustavo Durango Vela (E) y doctor José Suing Nagua, dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17510-2020-00263.

1. Antecedentes procesales

1.1. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, estableció con acuerdo de las partes procesales el siguiente objeto de la controversia: "ANALIZAR LA RESOLUCIÓN No. 117012020RREC22293 EMITIDA POR EL DIRECTOR ZONAL 9 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, QUE

NEGÓ LA IMPUGNACIÓN A LA RESOLUCIÓN No. 11702019RDEV380841, RESPECTO DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE RETENCIONES A LA FUENTE POR IMPUESTO A LA RENTA DE LOS PERÍODOS JUNIO, AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE Y DICIEMBRE DE 2018, EN APLICACIÓN DEL CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL PATRIMONIO SUSCRITO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. EN TAL SENTIDO, ESTABLECER SI PROCEDE LA DEVOLUCIÓN DE USD 356,446,03 EN CONCEPTO DE RETENCIONES EN LA FUENTE POR IMPUESTO A LA RENTA DE LOS PERÍODOS ANTES MENCIONADOS EN APLICACIÓN DEL CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL PATRIMONIO SUSCRITO

ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”.

1.2. En la sentencia de mayoría recurrida se resuelve aceptar parcialmente la demanda presentada por PROINTEC S.A., en consecuencia, se declara la nulidad de la Resolución No. 117012020RREC222293, notificada el 3 de julio de 2020 por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas y su antecedente; y, se niega el derecho a la devolución de USD.\$ 356.446,03, pagados en concepto de retenciones en la fuente de junio, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 2018, en función de las consideraciones de la sentencia de instancia.

1.3 La compañía PROINTEC S.A., interpone recurso de casación contra de la sentencia de mayoría de 25 de octubre del 2021, a las 11h21, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No.17510-2020-00263, argumentando los casos 4 y 5 del Art. 268 del “COGEP”.

La compañía PROINTEC S.A., presentó demanda en contra de la Resolución No. 117012020RREC222293, suscrita por el Director Zonal 9 del SRI, que resuelve negar la impugnación de la Resolución que atendió la solicitud de devolución de retenciones en la fuente de Impuesto a la Renta por Convenios para evitar la doble imposición, correspondiente a los meses de junio, agosto, septiembre, octubre y diciembre del ejercicio fiscal del 2018.

1.4. Mediante autos de 7 y 20 de diciembre del 2022, a las 15h18 y 14h02, respectivamente, dictados por la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño, Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia, se admitió parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte actora, por el caso 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos “COGEP”; por los vicios de errónea interpretación del Art. 7 numeral 1 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; falta de aplicación de los Arts. 7 numeral 3 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; y 162 del COGEP; y aplicación indebida del Art. 122 del Código Tributario.

2. Competencia

Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, mediante la que, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificado la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, e integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero del 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo.

2.1. Acta de sorteo y normas que determinan la competencia.- Sorteo de la causa número 17510-2020-00263, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de junio del 2023, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación. Esta Sala es competente para conocer este proceso, 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).

3. Validez procesal

En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar, como lo han corroborado las partes procesales en la audiencia llevada a cabo el día 5 de diciembre de 2023 a las 14h45.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. El casacionista en la fundamentación del recurso argumenta que la sentencia de instancia incurre en la causal quinta del artículo 268 del COGEP, en errónea interpretación del Art. 7 numeral 1 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la



República del Ecuador y el Reino de España.- Que los convenios internacionales son una fuente de derecho que establecen una relación fiscal que podría existir entre dos países, en este caso, España-Ecuador y lo que busca es distribuir la carga tributaria con la finalidad de eliminar una doble imposición, de esta manera que se garantice seguridad jurídica para las partes contratantes, por lo tanto, el Tribunal debía darle la trascendencia que este convenio tiene y aplicarlo de forma correcta en la sentencia de mayoría recurrida; sin embargo, en su sentencia lo aplican de manera equivocada y concluye que se debe aplicar la excepción a la regla consagrado en el artículo 7, y por lo tanto señala que las retenciones efectuadas al amparo de normativa interna a esta compañía extranjera no debían ser devueltas, sin verificar la jerarquía normativa que tienen los convenios, pues si miramos solo en este sentido, al amparo del mismo ni siquiera debieron haberse realizado retenciones a los pagos efectuados a Prointec S.A. España. Que en base a la naturaleza que tiene el convenio antes aludido, se debe señalar que la empresa PROINTEC SA con domicilio fiscal en España, accedió a la vía jurisdiccional con la finalidad de que se reconozca un derecho evidente por aplicación directa del convenio, sin embargo en la sentencia el mismo fue negado, debido a que el Tribunal realiza un incorrecta interpretación del artículo 7 numeral 1 y 3; y detalla el considerando 7.2.1.1.1. Que el numeral 1 del Art. 7 del Convenio, establece una regla general y la excepción a la regla así: *“La regla general, trata que sobre los beneficios de una empresa de un Estado Contratante deben ser sujetas a imposición en el estado de su residencia, en el presente caso en España. La excepción a la regla, es que si esta empresa desarrolla actividades en el otro Estado (Ecuador) por medio de un establecimiento permanente, los beneficios pueden someterse a imposición en este otro Estado, pero solo en la cuantía en que sean atribuibles a este establecimiento permanente”*. Que en la sentencia se aplica la excepción a la regla, pero de manera errónea, ya que los jueces no consideran que para que esta excepción aplique lo primero que debe existir es una actividad desarrollada a través de un establecimiento permanente, lo cual ni siquiera ha sido objeto de análisis cuando llegan a su conclusión, pues para el Tribunal de instancia el simple hecho de que exista una sucursal en el Ecuador, se entiende que la misma efectúa actividades en este Estado y por ello aplica la excepción a la regla, cuando el sentido de la norma es distinto, pues debe haber el

ejercicio de una actividad para que después de ello se asignen los beneficios en la cuantía que sean atribuibles al Establecimiento Permanente; sobre esta actividad y no en su totalidad. Que la errónea interpretación es evidente por lo siguiente: Que en primer lugar, con su análisis llegan a la conclusión que debido a la existencia del Establecimiento Permanente (EP) en Ecuador significa que la imposición tributaria corresponde al Estado Ecuatoriano, sin analizar que este EP haya ejercicio actividad económica que es la primera condición para que aplique la excepción a la regla del Art. 7 del Convenio y por ende en el presente caso esta actividad económica que debía ser sujeta a imposición es la que se refiere a aquellos ingresos por los servicios prestados al Consorcio GMQ., en el supuesto de que las rentas le correspondan por este hecho generador y no las provenientes de cualquier otra renta que no son objeto de discusión en el juicio, y este análisis no ha sido efectuado por el Tribunal en su sentencia. Que en segundo lugar, cuando niegan los valores retenidos a la empresa española, atribuyen al estado Ecuatoriano la totalidad de la imposición, sin observar que la norma señala que debe asignarse en la cuantía que sean atribuibles al EP y no en su totalidad como lo interpretan en la sentencia, lo cual resulta ser inclusive confiscatorio para la compañía española, que las retenciones se hacen sobre el valor facturado. Que en la misma sentencia, el Tribunal señala que no tiene certeza respecto de la participación del establecimiento permanente en el desarrollo de estas actividades, sin embargo, a pesar de no tener certeza, decide aplicar la excepción a la regla e imponer a la empresa española una carga tributaria en el Ecuador. Que se debe establecer que la forma de interpretar el Art. 7 del Convenio, ha hecho que el Tribunal determine que la totalidad del impuesto retenido le correspondía al establecimiento permanente, sin observar ni siquiera lo señalado en el numeral 3 del Art. 7, mismo que sostiene que para la determinación de los beneficios del establecimiento se permite la deducción de los gastos en que haya incurrido para tales fines, entonces, no otorga en su análisis ni siquiera la oportunidad de que Prointec S.A. se beneficie de las deducciones que le hubiesen correspondido en el caso de que haya ejercido actividad económica por este concepto en el Ecuador; pues las retenciones que le fueron efectuadas se lo hace directamente al valor facturado, es por ello que con la negativa a la devolución existe una carga impositiva que no cumple con el principio de

capacidad contributiva. Que la correcta interpretación que debió dar el Tribunal al Art. 7, era que siempre aplica la regla general y la misma norma prevé la posibilidad de una excepción a la regla siempre y cuando exista una actividad económica desarrollada por el Establecimiento Permanente en Ecuador que surja por el hecho generador sobre el cual se realizaron las retenciones y solo si la misma se evidencia de manera fehaciente, se podrá atribuir los beneficios a este EP pero solo en la cuantía en que los mismos sean relacionados con la sucursal a quien inclusive le corresponde la deducción de gastos por dicha actividad, en este caso, no se analiza la existencia de actividad económica con respecto a los servicios de consultoría por parte del EP y sin este análisis, tampoco se establece cómo se atribuyeron los beneficios generados por el supuesto servicio prestado por el EP. Que la errónea interpretación del Art. 7, incidió de forma grave en la parte dispositiva de la sentencia, debido a que si el Tribunal de instancia hubiese verificado el sentido real de la norma, habría aplicado la regla general de la misma y por ende ordenado la devolución de las retenciones que le fueron efectuadas a la empresa española ya que la aplicación de beneficios al Establecimiento permanente es excepcional y solamente cabe en este caso si es que el EP hubiese prestado los servicios de consultoría, lo cual no es objeto de análisis del Tribunal por el yerro cometido, esto es, debido a que con su negativa a la devolución llega a concluir que por el mero hecho de la existencia de un EP la carga impositiva le correspondía a este y que por ello aplica de forma errónea la excepción a la regla del artículo 7 del convenio. Sobre la falta de aplicación de los Arts. 7 numeral 3 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; señala que dicho numeral dispone que: *“3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos en que se haya incurrido para la realización de los fines del establecimiento permanente, incluidos los gastos de dirección y los generales de administración para dichos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que está situado el establecimiento permanente como en otra parte. Estos gastos deberán estar justificados, de acuerdo con la legislación del Estado Contratante en el cual esté situado el establecimiento permanente. (...)”*. Que la infracción se verifica en el considerando 7.2.1.1.1. Que el Tribunal de instancia llega

a su conclusión sin observar ni siquiera lo señalado en el numeral 3 del Art. 7, mismo que sostiene que para la determinación de los beneficios del establecimiento se permite la deducción de los gastos en que haya incurrido para tales fines, entonces, no otorga en su análisis ni siquiera la oportunidad de que Prointec S.A se beneficie de las deducciones que le hubiesen correspondido en el caso de que haya ejercido actividad económica por este concepto en el Ecuador; pues las retenciones que le fueron efectuadas se lo hace directamente al valor facturado, es por ello que con la negativa a la devolución existe una carga impositiva que no cumple con el principio de capacidad contributiva. Que en conclusión, la decisión que se toma en la sentencia inclusive vulnera el derecho a la defensa debido a que este punto no fue analizado en el acto administrativo impugnado y al hacerlo en esta instancia genera total indefensión para la parte actora y no otorga la oportunidad de poder agregar los sustentos sobre los gastos efectuados, todo lo cual fue provocado por la falta de aplicación del numeral 3 del Art. 7 del convenio. Que la falta de aplicación señalada ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, puesto que si el Tribunal hubiese observado dicho numeral su conclusión habría sido adversa a la que consta; puesto que por último de existir beneficios del establecimiento permanente de Prointec España en Ecuador, hubiese señalado que le corresponde según este numeral la asignación de los gastos a los que tiene derecho por el ejercicio de esta actividad; por lo tanto lo que correspondía era ejercer la facultad resolutoria sobre la devolución a la empresa española, y no efectuar con la negativa a esta, una determinación a la cuantía del tributo al Establecimiento permanente lo cual en el juicio no cabe, inclusive analizaría que esta facultad es independiente y correspondía al ente regulador abrir una orden de determinación en caso de que tenga indicios de que el EP fue el que prestó estos servicios, con el objeto de verificar la base imponible, hecho generador y por ende la cuantía del tributo; lo cual observaría en su sentencia si es que hubiese aplicado el numeral 3. Sobre la aplicación indebida del art. 122 del Código Tributario y falta de aplicación del art. 162 del COGEP; señala el casacionista que la infracción a las normas citadas no se hacen alusión a cuestiones inherentes a valoración probatoria ni se citan elementos probatorios que no hayan sido verificados, sino más bien, en base a lo señalado por el Tribunal, se establece que la impugnación



no corresponde a un pago indebido puesto que no cumple con los requisitos consagrados en el art. 122 del Código Tributario, sino más bien a una devolución de valores que en su momento fueron debidamente retenidos pero que tenía una vía propia para su devolución en aplicación de convenios, sin que ello constituya un pago indebido, es por ello que se alega indebida aplicación de la norma mencionada. Que se alega falta de aplicación del art. 162 del COGEP debido a que por la forma en la que se propone el recurso de casación a pesar de que dicha norma consta en un cuerpo procesal, dicha norma no es adjetiva, sino sustantiva, puesto que lo que se requiere fundamentar dentro de este vicio es que el Tribunal debía observar a quien corresponde la obligación de prueba en el caso de los hechos que no requieren ser justificados, lo cual lo hubiese hecho si es que analizaba el artículo 162 mencionado. Que los vicios que se argumentan, es en virtud de que los Jueces establecen en primer lugar que las retenciones efectuadas tiene la naturaleza de pago indebido y que por ello la parte actora debía justificar la naturaleza de indebiditas, sin embargo, esta norma no debía ser aplicada puesto a que los valores retenidos no son indebiditos sino debidos, es por ello que se alega dicha infracción; por otro lado la falta de aplicación del art. 162 se alega en virtud de que el Tribunal debía analizar cuáles son las obligaciones de las partes cuando existen hechos que no requieren ser probados, por tanto, no se trata de un tema de valoración de elementos probatorios como tal, ni mucho menos de una norma adjetiva. Que por lo expuesto solicita que se case la sentencia.

4.2. El Servicio de Rentas Internas, en la contestación, al recurso de casación señala que se puede advertir que, del escrito de casación presentado por la parte actora, ni siquiera se han establecido acápites claros sobre qué norma y qué cargo está realizando la fundamentación. Que dicha falta de técnica casacional ha generado que en lo referente a la falta de aplicación; no exista un argumento diáfano en el cual se explique del por qué dichas normas no debieron ser aplicadas; tampoco se expone qué normas son las que verdaderamente dan solución al litigio; menos aún se ha explicado la transcendencia de la infracción. Que en lo que tiene que ver a la falta de aplicación sobre este cargo, la parte actora nada dice del por qué las normas alegadas como infringidas son las llamadas a resolver la contienda jurídica, tampoco ha expresado cual hubiera sido la transcendencia de la aplicación en la resolución del caso, dichos

eventos nuevamente desvelan la falta de precisión y técnica en el planteamiento del recurso. Que el recurso extraordinario de casación planteado por la defensa de la parte actora no existen argumentos sobre las normas alegadas como infringidas, sino limitándose a únicamente a referirse sobre su inconformidad con la sentencia emitida. Que por lo expuesto solicita que se rechace el recurso.

5. Problema jurídico

Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, incurre en los vicios de errónea interpretación del art. 7 numeral 1 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; falta de aplicación de los arts. 7 numeral 3 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; y 162 del COGEP; y aplicación indebida del art. 122 del Código Tributario, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

6. Análisis del Tribunal de casación

6.1. El recurso de casación interpuesto se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: *“Art. 268.- CASOS.- El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 5. Cuando 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”*.

6.1.1. El caso 5, se refiere a la violación directa de la Ley. Para su análisis se parte siempre de los hechos probados en instancia, que no pueden ser valorados nuevamente en sede casacional y, se entienden, por técnica casacional, aceptados por las partes. Para realizar el análisis debe la Sala Especializada verificar que, sobre tales hechos, se haya aplicado correctamente el derecho.

6.1.2. Sobre la aplicación indebida el autor Luis Armando Tolosa Villabona, señala que este vicio consiste *“...es un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido. Se trata de una sentencia injusta, y el error, es error de subsunción o de aplicación. A la norma se la entiende rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos que no contempla”*; (Tolosa Villabona, Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá - Colombia,

Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 359).

6.1.3. El mismo autor, en lo referente a la errónea interpretación manifiesta que: “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.” (Tolosa Villabona, Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá - Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 361); en otras palabras 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.

6.1.4. Sobre la falta de aplicación alegada por el recurrente, esta Sala señala que, doctrinariamente esta vicio consiste en que: “...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...”; 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. (Murcia Ballén, Humberto., 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., pág. 327).

6.2 El recurrente manifiesta que se han violentado las siguientes normas:

Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España.

“ARTÍCULO 7. Beneficios empresariales 1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que la empresa desarrolle actividades en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa podrán someterse a imposición en el otro Estado pero sólo en la cuantía en que sean atribuibles a este establecimiento permanente. (...) 3.

Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos en que se haya incurrido para la realización de los fines del establecimiento permanente, incluidos los gastos de dirección y los generales de administración para dichos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que está situado el establecimiento permanente como en otra parte. Estos gastos deberán estar justificados, de acuerdo con la legislación del Estado Contratante en el cual esté situado el establecimiento permanente”.

CÓDIGO TRIBUTARIO.

“Art. 122.- 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”.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

“Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley. A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley. La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos”.

6.3. Se evidencian los siguientes hechos no controvertidos y probados, de los cuales debe partirse para el análisis: “7.2.1.1.1. **LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES:** El artículo 5 del instrumento internacional que nos ocupa define al establecimiento permanente en los siguientes términos: “un lugar de negocios en el que una efectúa todo o parte de su actividad.” Y en la letra b) de su número de 2, se encuentra la sucursal. El establecimiento permanente es un concepto utilizado exclusivamente en el ámbito tributario, con el objeto de establecer el derecho de un Estado a gravar unas determinadas rentas empresariales obtenidas en ese Estado por un no residente; constituye, como tal, la excepción al criterio de la residencia, que es el criterio principal por el que se rige el Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio entre el



Gobierno del Reino de España y la República del Ecuador. En definitiva, es el eje donde se mueve y apoya todo el sistema que determina cuál es el Estado con derecho a gravar las rentas empresariales obtenidas por la entidad no residente que opera mediante dicho establecimiento, por ello, resulta fundamental a la hora de establecer el sistema de reparto de la potestad tributaria sobre tales rentas. Tratándose de beneficios empresariales, así como en otras clases de rentas puntuales, dicho instrumento internacional establece que sólo se gravarán en la fuente, vale decir, en el país de origen, si son obtenidas por medio del establecimiento permanente y sólo en la medida en que pueda atribuirse a los mismos. Este es el “principio del establecimiento permanente”: el elemento clave en las reglas distributivas contempladas en el modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE; y desecha el “principio de la residencia.” Como muy bien señala Fernández Pérez: “el establecimiento permanente constituye la materialización de esas relaciones o contactos económicos de una empresa de un Estado en el otro Estado, que determinan la sujeción a la jurisdicción del segundo Estado como Estado de la fuente ... “y añade que: “generalmente pueden distinguirse dos formas principales de conceptualización de establecimiento permanente: o bien entendiendo que sólo lo constituyen aquellas instalaciones que realizan directamente un beneficio, o bien considerando que lo forma cualquier instalación permanente en que la empresa realiza todo o parte de su actividad y que, en consecuencia, está integrada en la vida económica del país” (Fernández Pérez José: Criterios de reparto de la potestad tributaria según los distintos modelos de convenios y recomendaciones existentes, Estudio de la doble imposición internacional, Instituto de Estudios Fiscales Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979, p. 112.) El artículo 5 del convenio en cuestión sigue las últimas esta última dirección. De la sencilla definición que otorga el precitado artículo se desprende que una de las características del establecimiento permanente es que la actividad a desarrollar por la instalación de negocios no tiene por qué ser necesariamente productiva, es decir, que contribuya a la obtención de beneficios para la empresa. Así lo señalan los comentarios alegando que, en una empresa comercial bien administrada, cada elemento de la empresa contribuye a la productividad del conjunto. Ahora, retornando al caso que nos ocupa, es innegable incluso que la sucursal en Ecuador de PROINTEC tiene el carácter productivo, por lo que se atribuyen los beneficios que obtiene su matriz, puntualmente a aquellas que provienen de

su participación en las actividades del consorcio, es decir, a través de las rentas que la sucursal percibe en el Ecuador (40% de participación en el contrato de consultoría Gerencia del Proyecto Metro de Quito CCPC-EPMMQ-2013-049 con el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, de acuerdo a la cláusula cuarta del instrumento de constitución del consorcio GMQ, a fojas 35), sea cual fuere su calidad, ya que contribuye a la rentabilidad de la empresa; y esto, teniendo presente que para el instrumento internacional en análisis, que sigue la teoría de la pertenencia económica -aún cuando de manera ligeramente discordante-, basta la existencia de una estructura económica desde la cual se desarrolle la actividad, aunque no contribuya de manera directa en los beneficios de la empresa, para que opere la excepción al criterio de residencia para gravar renta, teoría que incluso es más clara y objetiva. Así pues, respecto de esta definición genérica que da el convenio, baste indicar que un establecimiento permanente comienza a existir, de acuerdo a los comentarios del Modelo de la OCDE, en el momento en que la empresa inicia sus actividades por medio de una instalación fija de negocios, siendo incluso irrelevante así, el tipo de actividad ejecutada o el periodo de duración, considerando que en precitado artículo 5 del instrumento internacional enuncia -y a modo ejemplificativo- los diversos supuestos de establecimiento permanente, sin pretender agotar todos los supuestos que en la realidad pudieran surgir, dentro de los cuales constan expresamente, las sucursales, al amparo de la definición genérica. Y el artículo 7 ibídem aplica el “principio establecimiento permanente”, el cual se compone de dos criterios: El primero, según el cual solamente se puede gravar al no residente, cuando éste opere por medio de un establecimiento permanente. El segundo criterio, complementario del anterior, indica que en el caso de existencia de otras rentas que no provengan de la propia actividad de dicho establecimiento, no deberán ser gravadas por el Estado contratante en el cual resida el establecimiento permanente. Este segundo criterio ha sido causa de muchas discusiones entre los países de la OCDE ya que establece que cuando una empresa ejerce una actividad industrial o comercial por medio de un establecimiento permanente situado en el otro Estado, este Estado puede gravar los beneficios de la empresa, y aquí viene lo interesante: sólo en la medida en que sean imputables al establecimiento permanente; por lo que el derecho de imposición del Estado en el cual reside dicho EP, no se extiende a los beneficios que la empresa pueda obtener en ese Estado por cauces distintos: “1. Los beneficios

de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que la empresa desarrolle actividades en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa podrán someterse a imposición en el otro Estado pero sólo en la cuantía en que sean atribuibles a este establecimiento permanente.” Así pues, el convenio que nos ocupa sigue el criterio de la “vinculación efectiva” para atribuir los beneficios al establecimiento permanente y consiste en imputarle aquellos ingresos que obtenga exclusivamente por el ejercicio de su actividad, así como los producidos por los capitales que se encuentren efectivamente vinculados al mismo. Vale decir, los contribuyentes que obtengan rentas mediante establecimiento permanente en Ecuador, tributarán por la totalidad de la renta imputable al establecimiento, cualquiera sea el lugar de su obtención. (...) 7.3. DE LA PRUEBA: (...). Dentro del proceso, ya de manera concreta, el “*thema probandum*” está conformado por todos aquellos hechos sobre los cuales versa la discusión, pues todo aquello que es afirmado por una de las partes y negado por la otra, determina la necesidad de probarlos y delimita el “*thema probandum*”, debiendo ser eficaz la prueba aportada para poder otorgar certeza de la realidad de los hechos contrapuestos, recalando así que en el tema de prueba de hechos refiere exclusivamente a los controvertidos. Significativo es entonces de destacar en este punto, que no todos los hechos deben ser objeto de prueba. Así pues, dentro de los hechos que se encuentran exentos de ésta, están aquellos señalados en el numeral 1 del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, que refieren a los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria. Por ende, el “*thema probandum*”, en la especie, ha radicado en demostrar que las retenciones que le fueron efectuadas a la actora en junio, agosto, septiembre, octubre y diciembre del ejercicio fiscal 2018, son indebidas en virtud de los efectos del artículo 7 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio entre el gobierno del Reino de España y la República del Ecuador. Con estos antecedentes, es de precisar que no forman parte del controvertido que la accionante tiene residencia fiscal en España; que presta servicios y genera rentas en Ecuador; que tiene un establecimiento permanente en Ecuador, el cual tiene participación en el consorcio GMQ; que los ingresos percibidos constituyen beneficios empresariales; ni el monto al que asciende las

retenciones solicitadas o su pago. Es así como, considerando lo manifestado anteriormente, la excepción al criterio de residencia en la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición en cuestión, radica en la existencia de un establecimiento permanente en el Estado fuente, pues su artículo 7 reconoce la potestad tributaria del Estado de la fuente, es decir, el Estado contratante en donde se encuentra ubicado el establecimiento permanente, pero limita dicha potestad sólo en la medida en que los beneficios le sean imputables, lo cual se logra bajo el sistema de contabilidad separada, puntualmente al amparo del criterio “vinculación efectiva” -que es el que observa el instrumento- imputándole aquellos ingresos que obtenga exclusivamente por el ejercicio de su actividad, así como los producidos por los capitales que se encuentren efectivamente vinculados al mismo. Y es justamente este particular el que ha debido ser materia de demostración por parte de la actora, a quien corresponde probar que la retención que le fue realizada fue indebida: que los ingresos percibidos le fueron atribuidos exclusivamente, enervando así la atribución, de cualquier forma y por cualquier vía, a su establecimiento permanente en Ecuador. Y en este escenario, resulta necesario considerar que el contrato de constitución del Consorcio GMQ, a fojas 35, actuado por la accionante en la audiencia de juicio, no permite corroborar tal particular, pues se limita a evidenciar su conformación; particular respecto del cual no existe cuestionamiento alguno, resaltándose el hecho de que su sucursal, es decir, su establecimiento permanente en Ecuador, constituido exclusivamente para este fin, como indica el acto de proposición, tiene derechos y obligaciones sobre el mismo: “CLÁUSULA QUINTA: PARTICIPACIÓN.- Los comparecientes tendrán la siguiente participación en el consorcio: CUADRO DE PORCENTAJES... PROINTEC 40%... CLÁUSULA DECIMASEGUNDA: APORTES DE LOS MIEMBROS DEL CONSORCIO.- Las empresas asociadas proporcionarán los elementos humanos, medios auxiliares, equipos informáticos y demás elementos necesarios para la ejecución del contrato objeto de consorcio y de acuerdo con sus compromisos y obligaciones definidas en la cláusula Décima Primera. En relación a los aportes monetarios hasta la presente fecha las empresas partícipes del consorcio estiman que el detalle valorado de los aportes de cada una es el siguiente... PROINTEC: Cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 4.000)... CLÁUSULA VIGESIMASEGUNDA: INDEPENDENCIA DE LAS PARTES; RELACIÓN JURÍDICA.- a) La relación jurídica de las



Partes está regida por los términos del presente Consorcio y es la contratistas independientes. En consecuencia, cada una de las Partes ejecutará el Consorcio con sus propios medios, bajo su propia responsabilidad administrativa, asumiendo todos los riesgos, costos y gastos que requiera la ejecución del mismo acuerdo con sus obligaciones...”; estipulaciones contractuales que evidencian la relación jurídica existente entre el establecimiento permanente de PROINTEC en Ecuador, con su consorciada, motivo que contamina una posible asignación exclusiva de beneficios, en tanto se encuentra obligada, por sí misma, a satisfacer obligaciones con ésta y con el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Si bien es cierto, a fojas 140 reposa el contrato de prestación de servicios del consorcio con la actora, suscrito el 26 de julio de 2018, éste más bien confunde las responsabilidades de su sucursal ecuatoriana que, en definitiva, le son propias, cuando dice: “EXPONEN 1. Que está previsto que el Consorcio GMQ suscriba en fecha 17 de julio de 2013 el Contrato [Gerencia del Proyecto Metro de Quito CCPC EPMMQ -2013-049] (en adelante, “el Contrato Principal”) con el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante “el Cliente”). Dicho Consorcio GMQ está participando por el prestador de servicios... CLAUSULAS Primera. OBJETO DEL CONTRATO a) El objeto del presente contrato es la prestación de servicios por parte del Prestador de Servicios de los servicios que se detallan en el Anexo1 de conformidad con lo exigido por el Cliente bajo el Contrato Principal y lo establecido en el presente Contrato... El Prestador de Servicios se obliga a utilizar todos los medios necesarios para la ejecución satisfactoria del Contrato y en función del contrato principal.” Es decir, este medio probatorio no permite conocer asignación de beneficios, pues denota la mera ejecución de las responsabilidades de la sucursal, en la gerencia del Proyecto Metro de Quito, lo cual, sin prueba contraria, se llega a percibir también de las actas entrega recepción de servicios, a partir de la foja 160. La certificación de la información financiera y fiscal, a fojas 198, tampoco otorga claridad ni certeza al respecto, pues refieren a rubros, montos y conceptos globales y generalizados de la actora, pero no permiten vincular con el ingreso reportado por su actividad propia ni identificar o individualizar de aquellas generadas por su sucursal, como tampoco se consigue a través de los estados financieros o declaraciones tributarias del Consorcio GMQ, a partir de la foja 216, justamente tratándose de sujetos tributarios ajenos, ni del detalle de personal, a fojas 195. Debe de

recalcarse que el pago o el cumplimiento de formalidades, no forma parte del controvertido, lo que refleja la inconducencia de facturas, liquidaciones de compra y comprobantes Swift. En definitiva, no se ha demostrado que el beneficio por las actividades de la actora en la ejecución del contrato suscrito con el Consorcio GMQ, le haya correspondido en su totalidad, considerando que no llega a existir certeza respecto de la participación de su establecimiento permanente en el desarrollo de estas, al englobar y entremezclar obligaciones que le corresponden en su calidad de consorciada y de cuya realidad contable nada se sabe, como tampoco se conoce respecto del aprovechamiento a través del gasto deducido a efectos de establecer su beneficio reportado a través de la operación del consorcio. En consecuencia, existiendo un establecimiento permanente en el Ecuador que limita la aplicación del “principio de residencia” previsto en el Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio entre el gobierno del Reino de España y la República del Ecuador, sin que se haya demostrado distribución de beneficios como condiciona su artículo 7, siendo carga de la prueba de la actora en su alegación de la existencia de un pago indebido, no se ha comprobado tal”. (el subrayado es de esta Sala de casación).

6.4. Consta como hecho probado que la compañía accionante tiene residencia fiscal en el país de España; que presta servicios y genera rentas en Ecuador en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Consorcio GMQ, con la actora, suscrito el 26 de julio de 2018; que tiene un establecimiento permanente en Ecuador, el cual tiene participación en el consorcio GMQ; que los ingresos percibidos constituyen beneficios empresariales.

6.5. El Tribunal de instancia en el considerando 7.2.1.1.1, a fojas 465 al referirse al Art. 7 numeral 1 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España establece que: “Este segundo criterio ha sido causa de muchas discusiones entre los países de la OCDE ya que establece que cuando una empresa ejerce una actividad industrial o comercial por medio de un establecimiento permanente situado en el otro Estado, este Estado puede gravar los beneficios de la empresa, y aquí viene lo interesante: sólo en la medida en que sean imputables al establecimiento permanente; por lo que el derecho de imposición del Estado en el cual reside dicho EP, no se extiende a los beneficios que la empresa pueda obtener en ese Estado por cauces

distintos: “1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que la empresa desarrolle actividades en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en el. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa podrán someterse a imposición en el otro Estado pero solo en la cuantía en que sean atribuibles a este establecimiento permanente.” Así pues, el convenio que nos ocupa sigue el criterio de la “vinculación efectiva” para atribuir los beneficios al establecimiento permanente y consiste en imputarle aquellos ingresos que obtenga exclusivamente por el ejercicio de su actividad, así como los producidos por los capitales que se encuentren efectivamente vinculados al mismo. Vale decir, los contribuyentes que obtengan rentas mediante establecimiento permanente en Ecuador, tributarán por la totalidad de la renta imputable al establecimiento, cualquiera sea el lugar de su obtención.

6.6. En virtud de lo expuesto hay que establecer que además también consta como hecho probado que la compañía actora no ha demostrado que la retención realizada por el Consorcio fue indebida, y que los ingresos percibidos le fueron atribuidos exclusivamente, quitando así la atribución, de cualquier forma y por cualquier vía, a su establecimiento permanente en Ecuador.

6.7. Por lo señalado no se configura la errónea interpretación alegada ya que la compañía actora no ha demostrado que los ingresos objeto de las retenciones reclamadas, le hayan sido atribuidas exclusivamente a ella, excluyendo de esta forma la intervención del establecimiento permanente (hecho probado) en el Ecuador.

6.8. En lo referente a la imposición en el Estado contratante en la cuantía que sean atribuibles al establecimiento permanente, hay que establecer que el Tribunal de instancia determina que de los medios probatorios actuados “no permite conocer asignación de beneficios, pues denota la mera ejecución de las responsabilidades de la sucursal, en la gerencia del Proyecto Metro de Quito, lo cual, sin prueba contraria, se llega a percibir también de las actas entrega recepción de servicios, a partir de la foja 160. La certificación de la información financiera y fiscal, a fojas 198, tampoco otorga claridad ni certeza al respecto, pues refieren a rubros, montos y conceptos globales y generalizados de la actora, pero no permiten vincular con el ingreso reportado por su actividad propia ni identificar o individualizar de aquellas generadas por su sucursal, como tampoco se consigue a través de los estados financieros o declara-

ciones tributarias del Consorcio GMQ, a partir de la foja 216, justamente tratándose de sujetos tributarios ajenos, ni del detalle de personal, a fojas 195. Debe de recalcarse que el pago o el cumplimiento de formalidades, no forma parte del controvertido, lo que refleja la inconducencia de facturas, liquidaciones de compra y comprobantes Swift. En definitiva, no se ha demostrado que el beneficio por las actividades de la actora en la ejecución del contrato suscrito con el Consorcio GMQ, le haya correspondido en su totalidad, considerando que no llega a existir certeza respecto de la participación de su establecimiento permanente en el desarrollo de estas, al englobar y entremezclar obligaciones que le corresponden en su calidad de consorciada y de cuya realidad contable nada se sabe, como tampoco se conoce respecto del aprovechamiento a través del gasto deducido a efectos de establecer su beneficio reportado a través de la operación del consorcio”.

6.9 Consta como hecho probado que la accionante no ha demostrado el pago indebido, que el establecimiento permanente tiene participación en el consorcio GMQ y que los ingresos percibidos constituyen beneficios empresariales. Por tanto se evidencia que el tribunal A quo, bajo esos hechos probados aplicó la norma reprochada en el alcance que esta tiene, por falta de prueba que demuestre la no intervención del Establecimiento Permanente y que todos los ingresos se atribuyeron a la empresa en España.-

El cuestionamiento de la recurrente va dirigido a una nueva valoración probatoria, situación que no cabe bajo el caso 5, por lo que se rechaza el vicio alegado.

6.10. En lo referente a los vicios de falta de aplicación de los arts. 7 numeral 3 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; y 162 del COGEP; al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP; hay que señalar que se ha establecido por parte de esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia que para la fundamentación del cargo de falta de aplicación se requiere que en la argumentación se determine lo siguiente: *i)* Determinar cuál es la norma a aplicarse a los hechos materia de la litis y que el juzgador dejó de aplicarla; *ii)* Argumentar sobre las razones por las cuales se debía aplicar la norma propuesta; *iii)* Determinar que norma fue aplicada en lugar de aquella que da solución al problema jurídico materia de la decisión judicial; y, *iv)* Demostrar la incidencia o trascendencia del vicio en la decisión tomada por el juzgador.



En la especie el casacionista no determina que norma fue aplicada en lugar de aquella que da solución al problema jurídico; consecuentemente existe falta de técnica casacional al argumentar la falta de aplicación de una norma.

Sin embargo, esta Sala deja sentado que al señalar la falta de aplicación del numeral 3 del Art. 7 se contraponen con la errónea interpretación del numeral 1 del mismo artículo, -alegados ambos por el recurrente-, pues bajo este último se cuestiona que el establecimiento permanente haya desarrollado actividades en Ecuador y bajo el numeral 3 se reprocha no haberse considerado los gastos del establecimiento permanente, lo cual sostiene dos tesis totalmente distintas, o bien el establecimiento permanente desarrolló actividades en Ecuador o no desarrolló dichas actividades, pero no puede sostenerse simultáneamente las dos afirmaciones.

6.11. En lo que respecta al vicio de aplicación indebida del Art. 122 del Código Tributario, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP, igualmente hay que señalar que se ha establecido que para la fundamentación de dicho cargo se requiere que en la argumentación se determine lo siguiente: **i)** Determinar las razones por las cuales no debió aplicarse las normas consideradas como infringidas en la solución de los hechos que se juzga; **ii)** Determinar cuál es la norma que correspondía ser aplicada; y, **iii)** Demostrar la incidencia o trascendencia del vicio en la decisión tomada por el juzgador.

En la especie la argumentación presentada por el casacionista carece de técnica casacional ya que no establece la trascendencia del vicio en la decisión tomada; lo cual no puede ser subsanado por esta Sala de Casación, en tal virtud no se analiza dicho vicio.

6.12. Es pertinente señalar que esta Sala respetuosa de la soberanía de los juzgadores en la valoración probatoria y de la técnica casacional para el análisis, tratándose del yerro alegado bajo el caso 5 del Art. 268 del COGEP, no puede volver a valorar la prueba practicada y por tanto, verifica que bajo los hechos probados en instancia, que no pueden ser alterados, no se configura los vicios alegados.

6.13. En virtud del análisis que antecede no se configura los vicios de errónea interpretación del Art. 7 numeral 1 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia

de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; falta de aplicación de los Arts. 7 numeral 3 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión en materia de Impuesto a la Renta y el Patrimonio, suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España; y 162 del COGEP; y aplicación indebida del Art. 122 del Código Tributario, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

6.14 La conclusión a la que llega esta Sala una vez considerados los yerros alegados y confrontados con el fallo recurrido, no significa que esta Sala se encuentre de acuerdo con el razonamiento contenido en el fallo recurrido, pues bajo el caso 5 del Art. 268 del COGEP, lo único que corresponde dentro de un recurso de casación, es verificar si bajo los hechos probados en instancia se ha aplicado correctamente el derecho.

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario 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:

7.2. No casar la sentencia de mayoría de 25 de octubre del 2021, a las 11h21, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No.17510-2020-00263.

7.3. No existe caución rendida al interponer el recurso de casación.

7.4. Actuó la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. Nro. 838-UATH-2022-OQ, de fecha 28 de julio del 2022.

7.5. Sin costas.

7.6 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL (PONENTE)**. DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA **JUEZ NACIONAL**. DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL**.

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

El análisis en casación se establece que no se configura los vicios alegados al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP, consecuentemente se ratifica lo resuelto en la sentencia de mayoría de instancia.

V

Juicio Nro. 09501-2020-00329

Resolución Nro. 801

Fecha: 20 de diciembre del 2023, las 11h33

TEMA: Caducidad. El actor recurrente alega falta de motivación de la parte del fallo que no le favorece y acepta plenamente el fallo en lo que sí. Improcedencia causal segunda del Art. 268 del COGEP.

SÍNTESIS

El análisis en casación encuentra que: No se configura el caso 2 del 268 COGEP, pues no cabe alegar falta de motivación sobre la parte del fallo que no le favorece y aceptar que se encuentra motivado en la parte que sí; pues, no se puede fragmentar el fallo. La Corte Constitucional, consideró que, basta que exista una descripción de los hechos, una norma, y una justificación lógica de la relación entre los hechos y la norma para que la conclusión sea motivada. Finalmente que esta Sala ha sido reiterativa en señalar que el art. 268 del COGEP contiene otros yerros que se encuentran dispuestos para corregir el contenido del fallo; pero que aquello, no puede intentarse a través del caso 2, que como ya lo ha señalado la Corte Constitucional, no sirve para corregir el razonamiento errado en un fallo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2020-00329

Jueza: Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez (voto salvado)

Autor Ponencia: Dr. José Suing Nagua

**SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTEN-
CIOSO TRIBUTARIO CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA DEL ECUADOR**

Recurso No. 09501-2020-00329-COGEP

Resolución No. 801

Quito, miércoles 20 de diciembre del 2023, las 11h33

VISTOS: El abogado Alfonso Andrés Ríos Robalino, procurador judicial de la compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., interpone recurso de casación contra la sentencia de 9 de junio de 2021, las 15h03, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en el juicio de impugnación No. 09501-2020-00329.

1. Antecedentes procesales

1.1. Objeto de la controversia.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en la audiencia preliminar, estableció el objeto de la controversia en los siguientes términos: “1) *Determinar si fue correcto el cálculo de la base imponible de la Contribución Solidaria sobre las utilidades por parte de la Administración Tributaria. Establecer si en el presente caso habría*

operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015.”.

1.2. Resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil en el fallo referido resolvió declarar sin lugar la demanda presentada por el señor Mario Gabriel Orellana Beltrán en su calidad de procurador judicial de la compañía GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA. LTDA., en contra del Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas, por lo tanto, ratificó el acto impugnado.

1.3. Recurso de casación.- Mediante escrito presentado el 27 de julio de 2021, 8h17, el procurador judicial de la compañía, interpone recurso de casación (fs. 285 a 296 vlta.), con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP bajo el cargo de falta de motivación señalando como artículos infringidos el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador; 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y artículos 89 y 90 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), artículo 94 numerales 1 y 2 del Código Tributario y sentencia



expedida en el recurso de casación No. 01501-2017-00041; y, en el caso quinto bajo el cargo de errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.

1.4. Calificación del recurso.- El Tribunal de instancia en auto de 16 de agosto de 2021, 10h03, de conformidad con el artículo 271 del COGEP suspendió la ejecución de la sentencia referida y dispuso que se remita el proceso a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.5. Aclaración al recurso.- En auto de 18 de noviembre de 2022, 15h49, el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, señaló que el recurso cumplía con lo dispuesto en el artículo 267.4 del COGEP respecto del caso quinto con el cargo de errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. De conformidad con el artículo 270 del COGEP dispuso que el término de cinco días se aclare el recurso respecto del caso segundo pues no cumplía con los requisitos de ley. En escrito de fecha 25 de noviembre de 2022, 15h14, el procurador judicial de la compañía recurrente aclara su recurso precisando que: “Por lo tanto, de conformidad con lo prescrito en el numeral 7 literal l) del Art. 76 de la Constitución, numeral 4 del Art. 130 del COFJ y Art. 89 del COGEP la sentencia recurrida es nula, y corresponde que esta Sala especializada la case y emita la respectiva en mérito de los autos de conformidad con el Art. 273 numeral 3 del COGEP”.

1.6. Admisión.- Mediante auto de 29 de noviembre de 2022, a las 09h32, el Conjuez Nacional admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la compañía GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA. LTDA., en los siguientes términos: “3) *En el escrito de aclaración la parte demandada fundamenta las razones por las cuales acusa la falta de motivación de la sentencia, al referir que en ella se cita una sentencia que establece las condiciones que deben cumplirse para que se extienda el plazo para que opere la caducidad, sin explicar en qué forma los hechos del caso coincidían con tales requisitos, que el mismo Tribunal había mencionado como sustento legal de su decisión. Ello implica una acusación de falta de explicación de la pertinencia de la aplicación de esa fuente de derecho a los hechos, exigida por el Art. 76.7.l de la Constitución que cita como in-*

fringido. 4) Como fue indicado en el auto de viernes 18 de noviembre de 2022, la causal quinta estaba fundamentada desde el escrito de interposición. 5) DECISIÓN: Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 270 del COGEP se admite el recurso de casación.”.

2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa realizado el 22 de junio del 2022, a las 10h29, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordoñez, Jueza Nacional, ponente en la presente causa, José Suing Nagua, Juez Nacional; y, Gustavo Durango Vela Juez Nacional (e). Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordoñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordoñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero de 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalado con la acción de personal No. 166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Validez procesal

3.1. No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no adolece de nulidad, por lo que se declara el proceso válido.

Fundamentación del recurso de casación

4.1. Argumentos del recurrente.- La empresa casacionista en la fundamentación del recurso señala

respecto al caso 2 del artículo 268 del COGEP, lo siguiente: Que, la Corte Constitucional establece una argumentación jurídica suficiente, integrada por dos elementos: i) una fundamentación normativa suficiente y ii) fundamentación fáctica suficiente. Que el incumplimiento del requisito de la motivación en el presente caso se acusa respecto del segundo objeto de la controversia, el cual se definió como: *“Establecer si en el presente caso habría operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015”*.

4.2. Que, al respecto, el Tribunal concluyó que: *“En cuanto al segundo punto del objeto de la controversia, el Tribunal considera que existió una declaración incompleta de impuesto a la renta del año 2015 en relación a la base imponible conforme a los acápites anteriores, por lo que existió un tributo incompleto, incurriendo en lo que establece el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, por considerar que no se ha declarado en todo o en parte”*.

Que, para sustentar esta decisión, el mismo Tribunal de instancia, con el objeto de definir en su argumentación qué significa que exista una declaración en parte, para efectos de la facultad determinadora sea extendida a seis años de conformidad con el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, cita dentro del punto 7.8) de la sentencia recurrida, una decisión de esta Sala Especializada dentro del procedimiento 01501-2017-00041.

4.3. Que, es a partir de aquí donde se verifica la insuficiencia en la fundamentación fáctica en la fundamentación del Tribunal de instancia, ya que, en la sentencia recurrida no se responde a la pregunta, *“De qué hechos tenidos por ciertos por parte del Tribunal de instancia, éste pudo concluir que GERARDO ORTÍZ falseo la declaración, de tal manera que se pueda afirmar que deliberadamente declaró y pagó una menor Contribución Solidaria sobre las Utilidades (CSU)”*. Que, la insuficiencia en la fundamentación normativa se verifica a su vez, precisamente, en que el tribunal afirmó que se extendió el plazo de caducidad de la facultad determinadora a seis años de acuerdo con el art. 94 numeral 2 del Código Tributario, sin que justifique que es pertinente su aplicación a algún hecho del caso tenido por cierto.

4.4. Que, es importante hacer hincapié que este presupuesto verifica así mismo el vicio motivacional de incongruencia frente a las partes, en el cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, incurren los jueces cuando se deja de contestar un argumento relevante para la defensa de una par-

te, que incide significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. Que en el apartado 4.1.2 de la sentencia, el Tribunal reconoce el argumento de defensa respecto del punto de la litis en cuestión.

4.5. Que, a partir de este punto, es importante observar que, respecto del vicio de incongruencia frente a las partes, la Corte Constitucional determina que: *“Para evaluar si la incidencia es o no significativa, es preciso atender al contexto del debate judicial y al estándar de suficiencia aplicable al caso concreto. Que los argumentos de las partes son especialmente relevantes cuando apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador”*. Que, sin embargo, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, es muy importante observar el argumento de defensa formulado por GERARDO ORTÍZ al tribunal, esto es, que dado que declaró y pagó la CSU en el ejercicio 2016, tomando como base imponible la utilidad gravable de la declaración original del impuesto a la renta del 2015 conforme lo establecido en la Ley, no se puede afirmar que haya existido una intencionalidad de pagar una menor CSU que le corresponde, debido a que el Acta de Determinación del impuesto a la renta del 2015 fue notificada con posterioridad y que la declaración sustitutiva con base en la cual se emitió la liquidación de pago por diferencias impugnada fue presentada para acogerse a la remisión por lo que no significó una aceptación de los conceptos de la determinación.

4.6. Que, de lo expuesto se evidencia que en la sentencia recurrida se incumple con el requisito de la motivación, al incurrir en una fundamentación fáctica y jurídica insuficiente, ya que no se explica por qué el Tribunal consideró que GERARDO ORTÍZ realizó una declaración incompleta de forma deliberada (elemento fáctico), de tal manera que se justifique que fue pertinente para el Tribunal ratificar que la administración tributaria ejerza su facultad determinadora luego de los tres años y dentro de los 6 años de conformidad con el Art. 94 numeral 2 del Código Tributario.

4.7. Respecto al caso quinto del artículo 268 del COGEP señala que existe errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad y equilibrio fiscal (LOFP), por cuanto a pesar de que la Disposición General Tercera de dicha ley establece con claridad que el pago del capital para acogerse al beneficio de remisión de intereses, multas



y recargo de obligaciones tributarias vigentes a la fecha, no significa la aceptación de los conceptos de la determinación que la originaron, y por ende que, tampoco puede considerarse que existe una modificación en la utilidad gravable.

4.8. Que, el Tribunal de instancia ignora su sentido literal, así como su objetivo, el cual se desprende en parte de la historia fidedigna de su establecimiento en cuanto interpreta erróneamente que cuando la norma dispone que el pago en remisión no supone la aceptación del concepto de la determinación ni que alterará la utilidad del ejercicio, es solo para efectos del cálculo de la participación de los trabajadores en la utilidad de la compañía.

4.9. Que, como antecedente, es importante considerar que por cuanto la norma tributaria establece que la utilidad gravable del Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2015 supone la base imponible para el cálculo de la Contribución Solidaria sobre la Utilidades (CSU), la Administración Tributaria afirma en el acto impugnado que en la declaración sustitutiva serial No. 991672721211, presentada por GERARDO ORTÍZ dentro del proceso de determinación del IR del ejercicio 2015 se estableció una utilidad gravable superior a la que registró en la declaración original serial No. 991254099815, y por lo tanto, correspondía la emisión de la Liquidación impugnada por la diferencia que dicha declaración sustitutiva presuntamente ocasiona en la declaración de la Contribución Solidaria sobre la Utilidades.

4.10. Que, la compañía actora presentó su demanda de impugnación evidenciando que dicha declaración sustitutiva fue presentada para efectos de acogerse al beneficio de la remisión de intereses, multas y recargos, para lo cual también canceló el capital y presentó un escrito haciendo explícita su voluntad de acogerse a la remisión. Que sostiene que, dentro de la demanda de impugnación, se expone que en función de lo dispuesto en la Disposición General Tercera de la LOFP, no cabe que la Administración Tributaria tome como base la declaración sustitutiva mencionada, ya que el acogerse a la remisión no supone la aceptación de los conceptos de la determinación, ni la modificación de la utilidad gravable. Que el Tribunal establece como primer punto de la controversia *“Determinar si fue correcto el cálculo de la base imponible de la Contribución Solidaria sobre Utilidades por parte de la Administración Tributaria”*, se señala en el considerando 7.5 que no se supone un hecho controvertido que la compañía se haya acogido a la remisión, y que para el efecto, en conjunto con los otros re-

quisitos que establece la ley, haya presentado la declaración sustitutiva en cuestión, luego de esto hace un recuento del cálculo de la diferencia establecido por el SRI, en el acto impugnado.

4.11. Que, el Tribunal entiende erróneamente la Disposición General Tercera de la LOFP, ya que, si ésta aplicara exclusivamente para el ámbito laboral, así expresamente lo dispondría la norma, pero no hace esta distinción. Que con esto el Tribunal de instancia utiliza su análisis como fundamento para limitar injustificadamente su alcance, apartándose de lo que esta disposición garantiza para quienes se acogen a la remisión, pues señala que el efecto de que “no se entiende la aceptación del concepto de la determinación ni la alteración de la utilidad gravable”, no impiden el cálculo de la base imponible del CSU, en función de la declaración, sustitutiva presentada en remisión.

4.12. Que, forma parte del registro documental del órgano legislativo, del proceso la concepción de la norma, se corrobora: 1) Anterior a esta objeción la Disposición General Tercera se encontraba redactada de tal forma que, estipulaba que si bien el pago en remisión no suponía la aceptación de los conceptos de la determinación; dicha noción no sería aplicada respecto de sentencias firmes y ejecutoriadas en el ámbito laboral. 2) Que el Presidente de la República deja sentado expresamente que el beneficio de la remisión, por su naturaleza es excepcional, y que, por lo tanto, sus efectos en conjunto claramente incluyen tanto al ámbito tributario y laboral. 3) Que finalmente, con el objeto de no crear una afectación al ámbito tributario o laboral, queda el texto que vemos el día de hoy, en el cual se establece que el pago en remisión no supone la aceptación de los conceptos de la determinación, y donde se aclara que comprende inclusive que no se altere la utilidad gravable para el recalcule de las utilidades.

4.13. Que, aquí es precisamente donde se vuelve notoria la parte medular del gran error de los jueces de instancia, ya que estos apartan a la Disposición General Tercera de la LOFP del ámbito tributario, y concluyen que solamente rige sobre el ámbito laboral; que el Régimen de Remisión es una forma de extinción de las obligaciones tributarias, a través de la cual el Estado condona los intereses, multas y recargo, para recuperar obligaciones antes de que éstas se conviertan en carteras vencidas y/o para adquirir liquidez al corto plazo.

4.14. Que, en conclusión de una interpretación gramatical, atendiendo a la finalidad de la norma evidenciada en la historia fidedigna de

su establecimiento, se evidencia que el real alcance de la Disposición General Tercera de la LOFP, *“es que acogerse al beneficio de la remisión no implica la aceptación de los conceptos establecidos en la determinación ni su resultado, y tampoco altera la utilidad gravable, inclusive para efectos del cálculo de la participación a trabajadores; lo cual en su conjunto, rige para el ámbito tributario, como en el ámbito laboral.”*.

4.15. Que, la interpretación errónea es trascendental en la resolución de la presente causa ya que contraviniendo directamente su tenor literal y finalidad, concluye que la Administración Tributaria se encontraba habilitada para tomar como base imponible de la Contribución Solidaria la utilidad gravable registrada en la declaración sustitutiva con la que GERARDO ORTÍZ se acogió efectivamente al beneficio de la remisión, para ratificar el acto impugnado, por ende la obligación tributaria establecida por el SRI.

4.16. Contestación al recurso de casación.- La Administración Tributaria demandada, en su contestación al recurso de casación señala respecto al caso quinto que para que sea procedente el recurso de casación por errónea interpretación de una norma de derecho, es menester que los jueces aplicándola dentro de su sentencia, le hubieren dado un alcance que no tiene, completamente contradictorio al espíritu para el que fue creada; es decir, le hubieran otorgado un sentido diferente al que realmente corresponde, lo cual no se produce en la sentencia acusada, pues el Tribunal emisor la ha entendido rectamente, para luego de darle el alcance que le corresponde, resolver el conflicto negando el derecho reclamado por el accionante.

4.17. Que, lo que sucede más bien, es que el actor no está de acuerdo con esa decisión, la cual evidentemente no le da la razón, por ello dice que se ha producido una errónea interpretación de la Disposición General Tercera, so pretexto de que los jueces no atienden literalmente su espíritu, más para sustentarlo, es el casacionista quien se aparta de ese tenor literal para decir que el pago en remisión no altera la utilidad del ejercicio, cuando ello es procedente solamente respecto del cálculo de la participación de los trabajadores, no así para efectos de la utilidad gravable, útil para la aplicación de otros tributos como en el caso de la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, debe ser tomada como base imponible la nueva determinada, no así la original declarada, la cual desapareció cuando se sustituyó la obligación.

4.18. Que, considera que el Legislador para hacer

efectiva esa posición, precisamente impuso como salvedad que únicamente para efectos del cálculo de la participación de trabajadores conforme el artículo 97 del Código de Trabajo, la Utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente no sea alterada; pero en cambio, si debe ser modificada para establecer la utilidad gravable del ejercicio fiscal, y en el Art. 46 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, primer numeral, expone que a la utilidad líquida del ejercicio se le debe restar la participación laboral en las utilidades de la empresa; por lo tanto, en la Disposición General Tercera, de cuya redacción literalmente se comprende que el límite se relaciona solo respecto del cálculo del 15% de participación a trabajadores conforme al Código del Trabajo, nada se dice con relación a la Utilidad gravable, que conforme el artículo 6 de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el terremoto, artículo 21 del Reglamento para su aplicación y Art. 3 de la Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000237, es la útil para calcular la Contribución Solidaria sobre las Utilidades (CSU). **4.19.** Que, así lo ha entendido el Tribunal a la norma pues en su sentencia así lo ha dicho, *“...de ninguna manera se podría considerar que GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA. LTDA., por el hecho de haberse acogido a la remisión, excluye el pago de la diferencia con la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, pues estas solo se relacionan a la participación de trabajadores en utilidades de la empresa, conforme lo establece el Art. 97 del Código del Trabajo y no contempla para los casos que invoca la parte actora, toda vez que, en las Disposiciones Generales...”*.

4.20. Que, sostiene que es un hecho demostrado y consta en la sentencia, que, al momento de sustituirse la declaración de renta del año 2015, se modificó la utilidad gravable del ejercicio 2015, tal y como así lo acepta y expone el propio contribuyente, incluso en su recurso de casación (...). Que la Obligación que finalmente termina aceptando y cancelando, a pesar de que haya sido en época de remisión; hecho probado, pues los jueces señalan en sentencia que no es controvertido que la compañía se hubiere acogido a la remisión y hubiese presentado su declaración sustitutiva.

4.21. Que no debe aplicarse el método de interpretación histórica, en los términos propuestos por el actor, pues ninguna interpretación restrictiva ha existido. Que cuando el contribuyente asimila que la utilidad para el cálculo del porcentaje



de participación a trabajadores es igual a la utilidad gravable, base imponible de la CSU, comete un yerro, porque conforme a las normas que rigen la Conciliación, el porcentaje de participación a trabajadores debe restarse de la utilidad líquida, para solo luego de considerar las demás disminuciones e incrementos contenidos en la Ley por efectos de la conciliación tributaria, saber cuál es la utilidad gravable; por ende, no se avizora la posibilidad de un cambio en la decisión del Tribunal, que en la sentencia el Tribunal mediante una interpretación sistemática de las normas, decide correctamente que la utilidad gravable fue declarada por el propio sujeto pasivo en la declaración sustitutiva que para el efecto presentó y que solo al aplicarse el artículo 97 del Código del Trabajo se observará la utilidad de la declaración original, no así para el caso tributario, pues incluso se aplica en la propia declaración sustitutiva de impuesto a la renta del actor.

4.22. Que, el método de interpretación teológica ha sido aplicado por los jueces A quo, porque entendieron la norma en función de su razón de ser; cuando hay remisión, la obligación si se paga, lo que se perdona son los intereses, multas y recargos, si bien no se aceptan los conceptos determinados, contrariamente si se acepta el resultado determinado, toda vez que esa declaración servirá para la continuidad de las declaraciones del propio sujeto pasivo, en el caso por ejemplo del crédito tributario; en ella obligatoriamente debe restarse el 15% de la participación de los trabajadores de la utilidad líquida para solo luego de aplicar los demás rubros de la conciliación, obtener la utilidad gravable. Que el argumento del contribuyente, no tiene lógica ni sirve para sustentar la errónea interpretación que acusa, por lo que solicita se deseche el cargo.

4.23. Sobre el caso segundo del artículo 268 del COGEP, sostiene que no es oportuno ni prudente, el pedir al máximo órgano de justicia, se convierta en uno de instancia, para pretexto de creer tener la razón con su alegato inicial plasmado en la demanda, ahora trasladarlo hacia el Tribunal de casación, justificando su posición en que el Tribunal no descubre un ocultamiento deliberado de ingresos para que pueda extender la caducidad de la facultad determinadora del SRI a 6 años, para lo cual cita varios fallos de Corte Nacional, y el actor dice que es un requisito (el ocultamiento deliberado) indispensable para poder resolver en que la caducidad extendida es aplicable; sin percatarse que aquello no lo está vinculando a su acusación de falta de

motivación, sino que: Se refiere al análisis de la prueba del caso (otra causal), en donde solo para el actor no existe demostración de ocultamiento de ingresos, a pesar de que los jueces hacen expresa mención a la prueba practicada dentro de los numerales 7.4), 7.5), 7.6) y 7.7) del fallo y de ella deducen su posición.

4.24. Que, su argumento de análisis, antes de conllevar a descubrir el vicio acusado de falta de motivación, tiene a conseguir una interpretación diferente a la otorgada por el Tribunal respecto del artículo 94 del Código Tributario, pues acusa en el cargo de falta de motivación que el numeral 2 de dicho artículo no debió ser entendido en la forma en como el Tribunal lo hizo, por ende no era aplicable, para lo cual expone su interpretación histórica de dicha norma, explicación de la que se deduce que no es la falta de motivación la que sustenta, sino argumenta sobre un cargo totalmente distinto, tal cual ha sido observado por el señor Conjuez, quien para calificar el recurso mandó a completar, por no contener una adecuada construcción jurídica.

4.25. Que, equivoca en consecuencia el cargo que acusa, pues si sus postulados tuvieran razón de ser, no es falta de motivación lo que existiría, sino un cargo referente a la prueba valorada por los Jueces o incluso una errada interpretación del artículo 94 numeral 2 y falta de aplicación del numeral 1 en consecuencia; pero no es lo que acusa, pues intenta que dichos cargos sean revisados por una falta de motivación que no justifica, sin duda existe una inadecuada construcción del recurso planteado. Sostiene que el actor no sustenta su recurso en los hechos probados en sentencia, que ni siquiera se refiere a ellos, pretende que prevalezca su posición y ello no es un justificativo para casar la sentencia. Por todo lo expuesto solicita rechazar el cargo propuesto y se ratifique la decisión de la causa que se encuentra debidamente motivada.

Problema jurídico

5.1. Delimitación del problema jurídico.- El problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si la sentencia impugnada incurre en el caso segundo, del artículo 268 del COGEP bajo el cargo de falta de motivación, o, en el caso quinto, bajo el cargo de errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.

Análisis de la Sala de casación

6.1. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para

resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en los casos segundo y quinto del artículo 268 del COGEP, admitidos por el Conjuez de la Sala, procederá a analizar los cuestionamientos empezando por el vicio de falta de motivación; para el efecto, considera:

6.2. Caso segundo.- Falta de motivación: **i.** La motivación consiste en una “(...) operación mental del juez dirigida a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles ser incluidos en la redacción de la resolución, por gozar de una adecuada justificación jurídica.”. Fernando de la Rúa define a la motivación de la sentencia como “(...) el elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y derecho en los cuales el juez apoya su decisión.”. **ii.** La trascendencia de la motivación ha merecido reiterados pronunciamientos de esta Sala Especializada y de la Corte Constitucional, la que en la sentencia No. 115817EP/21 de 20 de octubre de 2021, expresa que “(22). La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (1) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.”. (Resaltados e itálica en el texto).

La trascendencia del fallo referido es que, en él, (51) expresamente la Corte Constitucional se aleja del test de la motivación vinculado con la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, que había establecido la misma Corte, con otra integración.

6.2.1.- Normas señaladas como infringidas.- Las normas señaladas como infringidas son:

a) Artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.- “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.”.

b) Artículo 89 del COGEP.- “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.”.

c) Artículo 90 del COGEP.- “Contenido general de sentencias y autos. Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: 5. La motivación de su decisión.”.

d) Artículo 130 del COJF.- “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;...”.

e) Artículo 94 numerales 1 y 2 del Código Tributario.- “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;”.

6.2.2. El recurrente acusa a la sentencia por el incumplimiento del requisito de la motivación, respecto del segundo objeto de la controversia, el cual se definió como: “Establecer si en el presente caso habría operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015”. Aduce que la insuficiencia en la fundamentación

normativa se verifica en que el Tribunal afirmó que se extendió el plazo de caducidad de la facultad determinadora a seis años de acuerdo con el Art. 94 numeral 2 del Código Tributario, sin que justifique que sea pertinente su aplicación a algún hecho del caso tenido por cierto.

6.2.3. Sobre el segundo punto de la controversia el Tribunal en el considerando 7.8 señala: “...*El Tribunal considera que existió una declaración incompleta del impuesto a la renta del año 2015 en relación a la base imponible conforme a los acápites anteriores, por lo que existió un tributo incompleto, incurriendo en lo que establece el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, por considerar que no se ha declarado en todo o en parte.*” Agrega como sustento una parte del texto de la sentencia del proceso 01501-2017-00041, sin agregar opinión alguna sobre su contenido.

6.2.4. Del escueto texto transcrito sobre el segundo punto de la controversia se puede advertir el incumplimiento del requisito de motivación en el que incurren los juzgadores de instancia, en tanto no existe una explicación de por qué aplica la caducidad de seis años del artículo 94.2 del Código Tributario, salvo la referencia a que considera que existió una declaración incompleta del impuesto a la renta del año 2015, en relación a la base imponible, declaración que resulta por decir lo menos, inexacta, en tanto que lo que está en discusión es la Contribución Solidaria sobre Utilidades, tributo distinto al impuesto a la renta, que se lo considera por su incidencia en la variación de la base imponible, las utilidades del ejercicio 2015, modificadas mediante la declaración sustitutiva del impuesto a la renta presentada por la empresa actora para acogerse a la remisión.

6.2.5. Evidenciada la falta de motivación acusada, se declara la nulidad de la sentencia objetada y se procede a emitir la correspondiente sentencia de mérito, sin que sea necesario analizar el cuestionamiento sustentado en el caso quinto del artículo 268 del COGEP por errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Para Fomento Productivo, Atracción Inversiones y Generación Empleo.

6.3. Sentencia de mérito.-

La empresa accionante presenta acción de impugnación por la que cuestiona el cálculo incorrecto de la base imponible de la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, misma que según la empresa actora fue pagada a través del formulario 106 de junio 28, julio 28 y agosto 26 de 2016 y que presentó su declaración mediante formulario 120 serial No. 123765922 de 27 de septiembre de 2016, con

base a la utilidad gravable del impuesto a la renta del periodo 2015; sobre la caducidad de la facultad determinadora, sostiene que es errado considerar cualquier diferencia una declaración incompleta, porque si fuera así todas las determinaciones se extenderían a seis años; que para que se entienda que se ha declarado en parte debe entenderse la existencia de un ocultamiento; que la empresa no ha efectuado un acto de ocultamiento, que declaró la CSU en el momento que correspondía sobre la base de la declaración del impuesto a la renta del año 2015.

6.3.1. La Sala procede a analizar el objeto de la controversia relacionado con la caducidad de la facultad determinadora, dada la naturaleza de esta institución, de orden público, que de existir, debe declararse aún de oficio y que en este caso, es prioritario analizar por los efectos que produce de en-lontrararlo procedente.

6.3.2. Del expediente del proceso se desprende que la empresa actora presentó la declaración de la CSU mediante formulario 120 serial No. 123765922 de 27 de septiembre de 2016, con base a la utilidad gravable del impuesto a la renta del periodo 2015, registrada en la declaración del impuesto a la renta en el formulario serial No. 116456445 presentada el 28 de abril de 2016. La liquidación de pago por diferencias en la declaración de la CSU se notifica con fecha 30 de junio de 2020.

6.3.3. La Sala, de manera reiterada ha sostenido que la aplicación de la caducidad de seis años prevista en el artículo 94.2 del Código Tributario procede cuando se han ocultado rubros, entendidos éstos como diferentes tipos de rentas. En el presente caso, no se puede hablar de ocultamiento de rubros, pues se trata de un mismo rubro, las utilidades, cuyos valores variaron con relación a los que sirvieron de base para la declaración y pago de la CSU por la declaración sustitutiva presentada por la empresa actora para acogerse a la remisión del impuesto a la renta.

6.3.4. Desde la declaración de la CSU, 27 de septiembre de 2016 a la fecha de notificación de la liquidación de pago por diferencias ha transcurrido en exceso el plazo de tres años, previsto en el artículo 94.1 del Código Tributario, por lo que la facultad determinadora de la Administración Tributaria a la fecha en la que la ejerce ha caducado, viciando de ilegitimidad su actuación así como el acto impugnado y así se lo declara.

Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala especializada 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:

7.2. Casar la sentencia impugnada por falta de motivación y emite la sentencia de mérito en los términos contenidos en el considerando 6.3 de esta sentencia, aceptándose la demanda por haber operado la caducidad de la facultad determinadora.

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

7.4. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este

proceso, la Doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 838-UATH-2022-OQ de 28 de julio de 2022.

f) DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO).
DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL.
DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

La Sala especializada de lo Contencioso Tributario al analizar el vicio de falta de motivación, establece que en efecto se produce el vicio acusado, por lo que se declara la nulidad de la sentencia y se emite sentencia de mérito, declarando que ha operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración, en tres años.

VOTO SALVADO

Juicio No. 09501-2020-00329

Juez Ponente: Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez

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

Recurso No. 09501-2020-00329-COGE

Resolución No. 801

Quito, miércoles 20 de diciembre del 2023, las 11h33 **Doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez VISTOS:** El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales: doctora Rosana Morales Ordóñez (ponente), doctor Gustavo Durango Vela (E) y doctor José Suing Nagua, dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09501-2020-00329.

1. Antecedentes procesales

1.1. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en la audiencia preliminar, se estableció el objeto de la controversia: *"1) Determinar si fue correcto el cálculo de la base imponible de la Contribución Solidaria sobre las utilidades por parte de la Administración Tributaria. Establecer si en el presente caso habría operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015"*.

1.2. En la sentencia recurrida se resolvió declarar sin lugar la demanda presentada por la compañía GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA. LTDA., en contra del Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas,

por lo tanto, se ratifica el acto impugnado.

1.3 La compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., interpone recurso de casación contra la sentencia de 9 de junio de 2021, las 15h03, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas; dentro del juicio No. 09501-2020-00329, argumentando los casos 2 y 5 del Art. 268 del "COGEP".

La compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., presentó demanda en contra de la Liquidación de pago por Diferencias en la Declaración No. 01202006501077416 correspondiente a la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, establecida en la Ley Orgánica de Solidaridad.

1.4. Mediante auto de 29 de noviembre de 2022, a las 09h32, dictado por el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, se admitió el recurso de casación interpuesto por la compañía GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA. LTDA., por la causal segunda, del Art. 268 del COGEP bajo el cargo de falta de motivación, amparado en los Arts. 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador; 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 89 del COGEP. Y por la causal quinta, bajo el cargo de errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.



2. Competencia

Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, mediante la que, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificado la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, e integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero del 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo.

2.1. Acta de sorteo y normas que determinan la competencia.- Sorteo de la causa número 09501-2020-00329, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de junio del 2022, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación. Esta Sala es competente para conocer este proceso, 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).

3. Validez procesal

En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar, como lo han corroborado las partes procesales en la audiencia llevada a cabo el día 15 de diciembre de 2023 a las 11h00.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. El casacionista en la fundamentación del recurso señala respecto al caso 2 del Art. 268 del COGEP, lo siguiente: Que la Corte Constitucional establece una argumentación jurídica suficiente, integrada por dos elementos: i) una fundamentación normativa suficiente y ii) fundamentación fáctica suficiente. Que el incumplimiento del requisito de la motivación en el presente caso se acu-

sa respecto del segundo objeto de la controversia, el cual se definió como: *“Establecer si en el presente caso habría operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015.”* Que al respecto, el Tribunal concluyó que: *“En cuanto al segundo punto del objeto de la controversia, el Tribunal considera que existió una declaración incompleta de impuesto a la renta del año 2015 en relación a la base imponible conforme a los acápites anteriores, por lo que existió un tributo incompleto, incurriendo en lo que establece el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, por considerar que no se ha declarado en todo o en parte”*. Que, para sustentar esta decisión, el mismo Tribunal de instancia, con el objeto de definir en su argumentación qué significa que exista una declaración en parte, para efectos de la facultad determinadora sea extendida a seis años de conformidad con el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, cita dentro del punto 7.8) de la sentencia recurrida, una decisión de esta Sala Especializada dentro del procedimiento 01501-2017-00041. Que es a partir de aquí donde se verifica la insuficiencia en la fundamentación fáctica en la fundamentación del tribunal de instancia, ya que, en la sentencia recurrida no se responde a la pregunta, *“De qué hechos tenidos por ciertos por parte del Tribunal de instancia, éste pudo concluir que GERARDO ORTÍZ falseo la declaración, de tal manera que se pueda afirmar que deliberadamente declaró y pagó una menor Contribución Solidaria sobre las Utilidades (CSU)”*. Que la insuficiencia en la fundamentación normativa se verifica a su vez, precisamente, en que el tribunal afirmó que se extendió el plazo de caducidad de la facultad determinadora a seis años de acuerdo con el Art. 94 numeral 2 del Código Tributario, sin que justifique que es pertinente su aplicación a algún hecho del caso tenido por cierto. Que es importante hacer hincapié que este presupuesto verifica así mismo el vicio motivacional de incongruencia frente a las partes, en el cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, incurren los jueces cuando se deja de contestar un argumento relevante para la defensa de una parte, que incide significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. Que en el apartado 4.1.2 de la sentencia, el Tribunal reconoce el argumento de defensa respecto del punto de la Litis en cuestión. Que a partir de este punto, es importante observar que, respecto del vicio de incongruencia frente a las partes, la Corte Constitucional determina que: *“Para evaluar si la incidencia es o no significativa, es preciso atender*

al contexto del debate judicial y al estándar de suficiencia aplicable al caso concreto. Que los argumentos de las partes son especialmente relevantes cuando apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador”. Que sin embargo, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, es muy importante observar el argumento de defensa formulado por GERARDO ORTÍZ al tribunal, esto es, que dado que declaró y pagó la CSU en el ejercicio 2016, tomando como base imponible la utilidad gravable de la declaración original del impuesto a la renta del 2015 conforme lo establecido en la Ley, no se puede afirmar que haya existido una intencionalidad de pagar una menor CSU que le corresponde, debido a que el Acta de Determinación del impuesto a la renta del 2015 fue notificada con posterioridad y que la declaración sustitutiva con base en la cual se emitió la liquidación de pago por diferencias impugnada fue presentada para acogerse a la remisión por lo que no significó una aceptación de los conceptos de la determinación. Que de lo expuesto se evidencia que en la sentencia recurrida se incumple con el requisito de la motivación, al incurrir en una fundamentación fáctica y jurídica insuficiente, ya que no se explica porque el Tribunal consideró que GERARDO ORTÍZ realizó una declaración incompleta de forma deliberada (elemento fáctico), de tal manera que se justifique que fue pertinente para el Tribunal ratificar que la administración tributaria ejerza su facultad determinadora luego de los tres años y dentro de los 6 años de conformidad con el Art. 94 numeral 2 del Código Tributario. Respecto al Caso 5 del Art. 268 del COGEP: Que existe errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad y equilibrio fiscal (LOFP), por cuanto a pesar de que la Disposición General Tercera de dicha ley establece con claridad que el pago del capital para acogerse al beneficio de remisión de intereses, multas y recargo de obligaciones tributarias vigentes a la fecha, no significa la aceptación de los conceptos de la determinación que la originaron, y por ende que, tampoco puede considerarse que existe una modificación en la utilidad gravable. Que el Tribunal de instancia ignora su sentido literal, así como su objetivo, el cual se desprende en parte de la historia fidedigna de su establecimiento en cuanto interpreta erróneamente que cuando la norma dispone que el pago en remisión no supone la aceptación del concepto de la determinación ni que alterará la utilidad del ejerci-

cio, es solo para efectos del cálculo de la participación de los trabajadores en la utilidad de la compañía. Que como antecedente, es importante considerar que, por cuanto la norma tributaria establece que la utilidad gravable del Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2015 supone la base imponible para el cálculo de la Contribución Solidaria sobre la Utilidades (CSU), la Administración Tributaria afirma en el acto impugnado que en la declaración sustitutiva serial No. 991672721211, presentada por GERARDO ORTÍZ dentro del proceso de determinación del IR del ejercicio 2015 se estableció una utilidad gravable superior a la que registró en la declaración original serial No. 991254099815, y por lo tanto, correspondía la emisión de la Liquidación impugnada por la diferencia que dicha declaración sustitutiva presuntamente ocasiona en la declaración de la Contribución Solidaria sobre la Utilidades. Que la compañía actora presentó su demanda de impugnación evidenciando que dicha declaración sustitutiva fue presentada para efectos de acogerse al beneficio de la remisión de intereses, multas y recargos, para lo cual también canceló el capital y presentó un escrito haciendo explícita su voluntad de acogerse a la remisión. Que sostiene que, dentro de la demanda de impugnación, se expone que en función de lo dispuesto en la Disposición General Tercera de la LOFP, no cabe que la Administración Tributaria tome como base la declaración sustitutiva mencionada, ya que el acogerse a la remisión no supone la aceptación de los conceptos de la determinación, ni la modificación de la utilidad gravable. Que el Tribunal establece como primer punto de la controversia “Determinar si fue correcto el cálculo de la base imponible de la Contribución Solidaria sobre Utilidades por parte de la Administración Tributaria”, se señala en el considerando 7.5 que no se supone un hecho controvertido que la compañía se haya acogido a la remisión, y que para el efecto, en conjunto con los otros requisitos que establece la ley, haya presentado la declaración sustitutiva en cuestión, luego de esto hace un recuento del cálculo de la diferencia establecido por el SRI, en el acto impugnado. Que el Tribunal entiende erróneamente la Disposición General Tercera de la LOFP, ya que, si ésta aplicara exclusivamente para el ámbito laboral, así expresamente lo dispondría la norma, pero no hace esta distinción. Que con esto el Tribunal de instancia utiliza su análisis como fundamento para limitar injustificadamente su alcance, apartándose de lo que esta disposición garantiza para quienes se acogen a la remisión, pues señala



que el efecto de que *“no se entiende la aceptación del concepto de la determinación ni la alteración de la utilidad gravable”*, no impiden el cálculo de la base imponible del CSU, en función de la declaración, sustitutiva presentada en remisión. Que forma parte del registro documental del órgano legislativo, del proceso la concepción de la norma, se corrobora: 1) Anterior a esta objeción la Disposición General Tercera se encontraba redactada de tal forma que, estipulaba que si bien el pago en remisión no suponía la aceptación de los conceptos de la determinación; dicha noción no sería aplicada respecto de sentencias firmes y ejecutoriadas en el ámbito laboral. 2) Que el Presidente de la República deja sentado expresamente que el beneficio de la remisión, por su naturaleza es excepcional, y que, por lo tanto, sus efectos en conjunto claramente incluyen tanto al ámbito tributario y laboral. 3) Que finalmente, con el objeto de no crear una afectación al ámbito tributario o laboral, queda el texto que vemos el día de hoy, en el cual se establece que el pago en remisión no supone la aceptación de los conceptos de la determinación, y donde se aclara que comprende inclusive que no se altere la utilidad gravable para el recalcule de las utilidades. Que aquí es precisamente donde se vuelve notoria la parte medular del gran error de los jueces de instancia, ya que estos apartan a la Disposición General Tercera de la LOPF del ámbito tributario, y concluyen que solamente rige sobre el ámbito laboral; que el Régimen de Remisión es una forma de extinción de las obligaciones tributarias, a través de la cual el Estado condona los intereses, multas y recargo, para recuperar obligaciones antes de que éstas se conviertan en carteras vencidas y/o para adquirir liquidez al corto plazo. Que en conclusión de una interpretación gramatical, atendiendo a la finalidad de la norma evidenciada en la historia fidedigna de su establecimiento, se evidencia que el real alcance de la Disposición General Tercera de la LOPF, *“es que acogerse al beneficio de la remisión no implica la aceptación de los conceptos establecidos en la determinación ni su resultado, y tampoco altera la utilidad gravable, inclusive para efectos del cálculo de la participación a trabajadores; lo cual en su conjunto, rige para el ámbito tributario, como en el ámbito laboral”*. Que la interpretación errónea es trascendental en la resolución de la presente causa ya que contraviniendo directamente su tenor literal y finalidad, concluye que la Administración Tributaria se encontraba habilitada para tomar como base imponible de la Contribución Solidaria la utilidad gra-

vable registrada en la declaración sustitutiva con la que GERARDO ORTÍZ se acogió efectivamente al beneficio de la remisión, para ratificar el acto impugnado, por ende la obligación tributaria establecida por el SRI.

4.2. La Administración Tributaria demandada, en su contestación al recurso de casación señala respecto al caso 5 que para que sea procedente el recurso de casación por errónea interpretación de una norma de derecho, es menester que los jueces aplicándola dentro de su sentencia, le hubieran dado un alcance que no tiene, completamente contradictorio al espíritu para el que fue creada; es decir, le hubieran otorgado un sentido diferente al que realmente corresponde, lo cual no se produce en la sentencia acusada, pues el Tribunal emisor la ha entendido rectamente, para luego de darle el alcance que le corresponde, resolver el conflicto negando el derecho reclamado por el accionante. Que lo que sucede más bien, es que el actor no está de acuerdo con esa decisión, la cual evidentemente no le da la razón, por ello dice que se ha producido una errónea interpretación de la Disposición General Tercera, so pretexto de que los jueces no atienden literalmente su espíritu, más para sustentarlo, es el casacionista quien se aparta de ese tenor literal para decir que el pago en remisión no altera la utilidad del ejercicio, cuando ello es procedente solamente respecto del cálculo de la participación de los trabajadores, no así para efectos de la utilidad gravable, útil para la aplicación de otros tributos como en el caso de la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, debe ser tomada como base imponible la nueva determinada, no así la original declarada, la cual desapareció cuando se sustituyó la obligación. Que considera que el Legislador, para hacer efectiva esa posición, precisamente impuso como salvedad que únicamente para efectos del cálculo de la participación de trabajadores conforme el art. 97 del Código de Trabajo, la Utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente no sea alterada; pero en cambio, si debe ser modificada para establecer la utilidad gravable del ejercicio fiscal, y en el art. 46 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, primer numeral, expone que a la utilidad líquida del ejercicio se le debe restar la participación laboral en las utilidades de la empresa; por lo tanto, en la Disposición General Tercera, de cuya redacción literalmente se comprende que el límite se relaciona solo respecto del cálculo del 15% de participación a trabajadores conforme al Código del Trabajo, nada se dice

con relación a la Utilidad gravable, que conforme el Art. 6 de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el terremoto, Art. 21 del Reglamento para su aplicación y Art. 3 de la Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000237, es la útil para calcular la Contribución Solidaria sobre las Utilidades (CSU). Que así lo ha entendido el Tribunal a la norma pues en su sentencia así lo ha dicho, *“de ninguna manera se podría considerar que GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA. LTDA., por el hecho de haberse acogido a la remisión, excluye el pago de la diferencia con la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, pues estas solo se relacionan a la participación de trabajadores en utilidades de la empresa, conforme lo establece el Art. 97 del Código del Trabajo y no contempla para los casos que invoca la parte actora, toda vez que, en las Disposiciones Generales”*. Que sostiene que es un hecho demostrado y consta en la sentencia, que, al momento de sustituirse la declaración de renta del año 2015, se modificó la utilidad gravable del ejercicio 2015, tal y como así lo acepta y expone el propio contribuyente, incluso en su recurso de casación. Que la Obligación que finalmente termina aceptando y cancelando, a pesar de que haya sido en época de remisión; hecho probado, pues los jueces señalan en sentencia que no es controvertido que la compañía se hubiere acogido a la remisión y hubiese presentado su declaración sustitutiva. Que no debe aplicarse el método de interpretación histórica, en los términos propuestos por el actor, pues ninguna interpretación restrictiva ha existido. Que cuando el contribuyente asimila que la utilidad para el cálculo del porcentaje de participación a trabajadores es igual a la utilidad gravable, base imponible de la CSU, comete un yerro, porque conforme a las normas que rigen la Conciliación, el porcentaje de participación a trabajadores debe restarse de la utilidad líquida, para solo luego de considerar las demás disminuciones e incrementos contenidos en la Ley por efectos de la conciliación tributaria, saber cuál es la utilidad gravable; por ende, no se avizora la posibilidad de un cambio en la decisión del Tribunal, que en la sentencia el Tribunal mediante una interpretación sistemática de las normas, decide correctamente que la utilidad gravable fue declarada por el propio sujeto pasivo en la declaración sustitutiva que para el efecto presentó y que solo al aplicarse el Art. 97 del Código del Trabajo se observará la utilidad de la declaración original, no así para el caso tributa-

rio, pues incluso se aplica en la propia declaración sustitutiva de impuesto a la renta del actor. Que el método de interpretación teológica ha sido aplicado por los jueces A quo, porque entendieron la norma en función de su razón de ser; cuando hay remisión, la obligación si se paga, lo que se perdona son los intereses, multas y recargos, si bien no se aceptan los conceptos determinados, contrariamente si se acepta el resultado determinado, toda vez que esa declaración servirá para la continuidad de las declaraciones del propio sujeto pasivo, en el caso por ejemplo del crédito tributario; en ella obligatoriamente debe restarse el 15% de la participación de los trabajadores de la utilidad líquida para solo luego de aplicar los demás rubros de la conciliación, obtener la utilidad gravable. Que el argumento del contribuyente, no tiene lógica ni sirve para sustentar la errónea interpretación que acusa, por lo que solicita se deseche el cargo. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP, sostiene que no es oportuno ni prudente, el pedir al máximo órgano de justicia, se convierta en uno de instancia, para pretexto de creer tener la razón con su alegato inicial plasmado en la demanda, ahora trasladarlo hacia el Tribunal de casación, justificando su posición en que el Tribunal no descubre un ocultamiento deliberado de ingresos para que pueda extender la caducidad de la facultad determinadora del SRI a 6 años, para lo cual cita varios fallos de Corte Nacional, y el actor dice que es un requisito (el ocultamiento deliberado) indispensable para poder resolver en que la caducidad extendida es aplicable; sin percatarse que aquello no lo está vinculando a su acusación de falta de motivación, sino que: Se refiere al análisis de la prueba del caso (otra causal), en donde solo para el actor no existe demostración de ocultamiento de ingresos, a pesar de que los jueces hacen expresa mención a la prueba practicada dentro de los numerales 7.4), 7.5), 7.6) y 7.7) del fallo y de ella deducen su posición. Que su argumento de análisis, antes de conllevar a descubrir el vicio acusado de falta de motivación, tiene a conseguir una interpretación diferente a la otorgada por el Tribunal respecto del Art. 94 del Código Tributario, pues acusa en el cargo de falta de motivación que el numeral 2 de dicho artículo no debió ser entendido en la forma en como el Tribunal lo hizo, por ende no era aplicable, para lo cual expone su interpretación histórica de dicha norma, explicación de la que se deduce que no es la falta de motivación la que sustenta, sino argumenta sobre un cargo totalmente distinto, tal cual



ha sido observado por el señor Conjuéz, quien para calificar el recurso mandó a completar, por no contener una adecuada construcción jurídica. Que equivoca en consecuencia el cargo que acusa, pues si sus postulados tuvieran razón de ser, no es falta de motivación lo que existiría, sino un cargo referente a la prueba valorada por los Jueces o incluso una errada interpretación del artículo 94 numeral 2 y falta de aplicación del numeral 1 en consecuencia; pero no es lo que acusa, pues intenta que dichos cargos sean revisados por una falta de motivación que no justifica, sin duda existe una inadecuada construcción del recurso planteado. Sostiene que el actor no sustenta su recurso en los hechos probados en sentencia, que ni siquiera se refiere a ellos, pretende que prevalezca su posición y ello no es un justificativo para casar la sentencia. Por todo lo expuesto solicita rechazar el cargo propuesto y se ratifique la decisión de la causa que se encuentra debidamente motivada.

5. Problema jurídico

Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, incurre en el caso 2, del Art. 268 del COGEP bajo el cargo de falta de motivación, al resolver el segundo punto del objeto de la controversia; amparado en los Arts. 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador; 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 89 del COGEP. Y por el caso 5, bajo el cargo de errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (LOFP).

6. Análisis del Tribunal de casación

6.1. El recurso de casación interpuesto se fundamenta en los casos 2 y 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: “Art. 268.- CASOS.- El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...) 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación; (...) 5. Cuando 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”.

6.1.1. El caso 2 del Art. 268 del COGEP, se configura de tres formas: Por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; por incon-

gruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan resoluciones contradictorias o incompatibles; y cuando no cumplan con el requisito de motivación. En el caso se alega el incumplimiento del requisito de motivación.

6.1.2. El caso 5 del Art. 268 del COGEP tiene como limitante la revaloración de las pruebas, debiendo ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia.

6.1.3. Sobre la errónea interpretación, hay que iniciar mencionando que Luis Armando Tolosa Villabona al respecto dice que: “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” (Tolosa Villabona, Luis Armando, 2008 Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 361).

6.2 El recurrente manifiesta que se han violentado las siguientes normas:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] **d)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

“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”.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;”

LEY PARA FOMENTO PRODUCTIVO, ATRACCION INVERSIONES GENERACION EMPLEO DISPOSICIONES GENERALES

“TERCERA.- El pago o desistimiento efectuados al amparo de esta ley no implican ni constituyen aceptación de los conceptos contenidos en los actos de determinación que los originaron; y al tratarse de un régimen de remisión excepcional de rango legal, no alterarán la utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente para los efectos de la aplicación del artículo 97 del Código del trabajo”.

6.3. Respecto al caso 2 del Art. 268 del COGEP, hay que precisar que la motivación se entiende como: “el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que constituye una garantía de justicia a la que se ha reconocido jerarquía constitucional” (Fernando De la Rúa, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavala, Editor, Buenos Aires, 1968, página 363). La Corte Constitucional, considera que, basta que exista una descripción de los hechos, una norma, y una justificación lógica de la relación entre los hechos y la norma para que la conclusión sea motivada: “[...] La motivación constituye un elemento básico en toda decisión judicial, cuya importancia radica en el hecho de dar a conocer a las personas los motivos por los cuales se expidió una decisión determinada. La motivación no puede limitarse a citar normas y resumir los antecedentes del caso, sino que exige justificar por medio de un análisis lógico y coherente la resolución a la que arribó, mediante la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos” (párrafo 46 de la sentencia No. 274-13-EP/19 emitida el 18 de octubre de 2019, Registro Oficial, Edición Constitucional No. 22, del martes 19 de noviembre de 2019; cuyo sentido ha sido reiterado en el párrafo 32 del

fallo 1357-13-EP/20, Registro Oficial, Edición Constitucional No. 34, del martes 28 de enero de 2020).

6.3.1. Es pertinente señalar que el recurrente argumenta que la sentencia incurre en falta de motivación al pronunciarse respecto del segundo objeto de la controversia.

Esta Sala señala en primer lugar que, no es correcto argumentar que una parte de la sentencia incurre en falta de motivación, ya que el fallo se lo debe analizar como un todo; salvo que la decisión sea respecto a glosas, en cuyo caso puede suceder que para decidir el Tribunal debe presentar su argumento diferente sobre cada una de las glosas.

Este primer error, sería suficiente para rechazar el yerro alegado, sin embargo, se verifica también el contenido integral del fallo recurrido y, en el considerando 7.4 determina que tomando en su conjunto las pruebas practicadas y valoradas las mismas, se desprende que la parte actora presentó “Declaración del impuesto a la renta la parte actora lo realizó en abril 28 de 2016, y que la declaración sustitutiva fue realizada en septiembre 3 de 2018, pues estos hechos no está en controversia”.

Que la parte actora se acogió a la remisión establecida en la Ley Orgánica de Fomento Productivo, durante el término de reparos al acta borrador; y que lo que corresponde es analizar si fue correcto el cálculo de la base imponible de la contribución solidaria sobre las utilidades por parte de la Administración Tributaria; esto en relación a que el SRI cuestiona, en el sentido que el Acta de Determinación Tributaria por el impuesto a la renta del año 2015, fue notificada el 20 de septiembre del 2018, en la cual se determinó una nueva base imponible para dicho ejercicio económico, obteniéndose como resultado la misma utilidad gravable que el contribuyente se determinó en su declaración sustitutiva.

6.3.2. El Tribunal *A quo* en el considerando 7.6 detalla las normas aplicables para la especie: el Art. 6 de la Ley Orgánica de Solidaridad de corresponsabilidad ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas afectadas por el terremoto, que dispone: “Las sociedades que realicen actividades económicas, y que fueren sujetos pasivos de impuesto a la renta, pagarán una contribución del 3% a sus utilidades que se calculará teniendo como referencia la utilidad gravable del ejercicio fiscal 2015”; así también, el Art. 21 de su Reglamento: “Base Imponible.- Las sociedades deberán considerar como base imponible la utilidad gravable antes de la reinversión (...)”; y; el Art. 3 de la Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000237: “Forma de cálculo de la base imponible.- La base imponible de la contribución solidaria sobre las utilidades



se calculará conforme a las siguientes consideraciones: a. Las sociedades deberán tomar como base imponible la utilidad gravable del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2015 antes de la reinversión.”.

6.3.3. Con fundamento en lo expuesto el Tribunal A quo, en el considerando 7.7 determina que según la Liquidación de pago No. 01202006501077416 por Diferencias en la declaración de la contribución solidaria sobre utilidades, se hace constar que el valor de la base imponible para el cálculo de la contribución solidaria sobre las utilidades, así como el tributo causado aplicando la correspondiente tarifa, deviene de la Declaración sustitutiva de Impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2015 del propio contribuyente, con una utilidad gravable en el ejercicio fiscal 2015 por un valor de \$ 36.376.818,55 que da un valor a pagar por contribución solidaria de \$1.091.304,56, alcanzando una diferencia detectada para una obligación generada de 493.935,04., por lo que, de ninguna manera se podría considerar que GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA, por el hecho de haberse acogido a la remisión, excluye el pago de la diferencia por la Contribución Solidaria Sobre las Utilidades, pues estas solo se relacionan a la participación de trabajadores en utilidades de la empresa, conforme lo establece el Art. 97 del Código del Trabajo y no contempla para los casos que invoca la parte actora, toda vez que, en las Disposiciones Generales TERCERA de Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo, y estabilidad y equilibrio fiscal establece que: “Tercera.- El pago o desistimiento efectuados al amparo de esta ley no implican ni constituyen aceptación de los conceptos contenidos en los actos de determinación que los originaron; y al tratarse de un régimen de remisión excepcional de rango legal, no alterarán la utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente para los efectos de la aplicación del artículo 97 del Código del trabajo.” Que, por lo expuesto, es correcto el cálculo de la diferencia de la base imponible de la contribución solidaria sobre las utilidades, realizada por parte de la administración tributaria, por lo que se ratifica la glosa.

6.3.4. En el considerando 7.8., el Tribunal de instancia se pronuncia respecto a establecer si habría operado la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015; al respecto el Tribunal considera que existió una declaración incompleta del impuesto a la renta del año 2015 en relación a la base imponible conforme se pronunció en los acápites anteriores, por lo que

existió un tributo incompleto, incurriendo en lo que establece el numeral 2 del Art. 94 del Código Tributario, por considerar que no se ha declarado en todo o en parte; y detalla el fallo de la Corte Nacional de Justicia No. 01501-2017-00041. Con este análisis, se negó la pretensión de la parte actora respecto a la caducidad. En virtud de lo expuesto se declaró sin lugar la demanda.

6.3.5 En atención al análisis puntual, esta Sala Especializada, en el supuesto no consentido de que fuese posible alegar falta de motivación sobre una parte de la sentencia, lo que se constata, no es falta de motivación como tal, pues los juzgadores justifican los hechos y el derecho que en su criterio correspondía ser aplicado a esa situación; sino que existe inconformidad con la valoración probatoria, así como con las normas aplicadas en el fallo que llevaron al tribunal a desechar la caducidad solicitada.

Esta Sala ha sido reiterativa en señalar que el art. 268 del COGEP contiene otros yerros que se encuentran dispuestos para corregir el contenido del fallo recurrido, pero que aquello no puede intentarse a través del caso 2, que como ya lo ha señalado la Corte Constitucional, no sirve para corregir el razonamiento de un fallo. Por tanto, por este extremo, -de ser posible-, no prosperaría tampoco el yerro alegado.

6.4. En lo referente al caso 5, en el que se alega la errónea interpretación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad y equilibrio fiscal; constan como hechos probados y no controvertidos: “7.7) Según la Liquidación de pago No. 01202006501077416 por Diferencias en la declaración de la contribución solidaria sobre utilidades de fojas 42 a 54 del proceso judicial, se hace constar que el valor de la base imponible para el cálculo de la contribución solidaria sobre las utilidades, así como el tributo causado aplicando la correspondiente tarifa, la Administración Tributaria en base a la información que dispone en sus bases de datos, esto es la Declaración sustitutiva de Impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2015 del propio contribuyente, ha indicado en el Cuadro No. 7 Base imponible y tributo causado, con utilidad gravable en el ejercicio fiscal 2015 por un valor de \$ 36.376.818,55, tarifa aplicable contribución solidaria sobre las utilidades de 3 por ciento; por lo que en el cuadro No. 8 de la misma Liquidación de Pago por diferencias en cuestión, encontramos que consta los detalles del valor declarado por la parte actora, y la obligación generada por parte de la Administración Tributaria, tomando en consideración la misma utilidad gravable del ejercicio fiscal 2015 de la parte actora. En ese sentido, se hace constar según la parte actora como base imponible la cantidad de 19.912.317,45, obligación

generada 597.369,52; por lo que, es en este punto, que la Administración Tributaria, glosa la diferencia según el detalle de la utilidad gravable del ejercicio fiscal 2015 en su declaración sustitutiva que asciende a 36.376.818,55, tarifa aplicable al 3 por ciento de la Contribución Solidaria sobre utilidades, que tiene un resultado de 1.091.304,56; alcanzando una diferencia detectada para una obligación generada de 493.935,04., por lo que, de ninguna manera se podría considerar que GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA, por el hecho de haberse acogido a la remisión, excluye el pago de la diferencia por la Contribución Solidaria Sobre las Utilidades, pues estas solo se relacionan a la participación de trabajadores en utilidades de la empresa, conforme lo establece el Art. 97 del código del Trabajo y no contempla para los casos que invoca la parte actora, toda vez que, en las Disposiciones Generales TERCERA DE LEY ORGÁNICA PARA EL FOMENTO PRODUCTIVO, ATRACCIÓN DE INVERSIONES, GENERACIÓN DE EMPLEO, Y ESTABILIDAD Y EQUILIBRIO FISCAL establece que: “Tercera.- El pago o desistimiento efectuados al amparo de esta ley no implican ni constituyen aceptación de los conceptos contenidos en los actos de determinación que los originaron; y al tratarse de un régimen de remisión excepcional de rango legal, no alterarán la utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente para los efectos de la aplicación del artículo 97 del Código del trabajo.” Por lo expuesto, es correcto el cálculo de la diferencia de la base imponible de la contribución solidaria sobre las utilidades realizada por parte de la administración tributaria, por lo que se ratifica la glosa”.

6.4.1. El segundo inciso del Art. 13 del Código Tributario, dispone que “Las palabras empleadas en la ley tributaria, se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se les haya definido expresamente”; y el art. 13.1 primer párrafo del Código Civil (norma supletoria) establece que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”; en tal virtud la disposición general tercera, aquí detallada determina que: **i)** El pago o desistimiento efectuados al amparo de esta ley no implican ni constituyen aceptación de los conceptos contenidos en los actos de determinación que los originaron; y **ii)** que al tratarse de un régimen de remisión excepcional de rango legal, no alterarán la utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente para los efectos de la aplicación del artículo 97 del Código del trabajo.

Para el caso puntual corresponde enfocarnos en la primera parte de dicha norma, que es justamente aquella cuestionada por el recurrente, cuando señala: “GERARDO ORTÍZ presentó su demanda

de impugnación evidenciando que dicha declaración sustitutiva fue presentada para efectos de acogerse al beneficio de la remisión de intereses, multas y recargos, para lo cual también canceló el capital y presentó un escrito haciendo explícita su voluntad de acogerse a la remisión que el acogerse a la remisión no supone la aceptación de los conceptos de la determinación, ni la modificación de la utilidad gravable”. Los hechos probados en instancia puntualmente reconocen que el actor se acogió a la remisión tributaria y, en tal virtud, presentó una declaración sustitutiva como exigía la norma para el efecto.

También se evidencian hechos no controvertidos, como la declaración y pago de la contribución solidaria sobre las utilidades en función de la declaración presentada por el contribuyente, declaración que no fue objeto de determinación.

Ahora bien, esta Sala considera que la presentación de la declaración sustitutiva se realiza exclusivamente con el fin de cumplir los requisitos establecidos para que opere la remisión de intereses, multas y recargos, además de pagar el capital en su totalidad. Y, justamente porque el legislador conoce que este tipo de normas que promueven la remisión tributaria, son expedidas con la finalidad de obtener liquidez para el Estado Ecuatoriano, de manera expresa incluyó la Disposición General Tercera, cuestionada en sede casacional, que contempla que si el contribuyente para desistir tuvo que pagar y además cumplir con los requisitos que se establecían para el efecto, aquello no significa por obvios motivos, que se encuentre de acuerdo con los conceptos contenidos en los actos de determinación que lo originaron.

Partiendo de esta afirmación legal, esta Sala considera que no puede la Administración Tributaria aprovecharse de una declaración sustitutiva presentada con el sólo fin de acogerse a una remisión, para partir de ella para todos los demás actos administrativos que pueda realizar en uso de sus facultades. En tal sentido es como debía entenderse la Disposición General Tercera, pues al no estar de acuerdo el contribuyente en los conceptos que se establecieron sólo con fines de obtener la remisión, no puede exigírsele que para el cálculo de otras obligaciones que no son Impuesto a la Renta del ejercicio 2015, se considere los valores registrados dentro de la declaración sustitutiva exigida por la Administración Tributaria para perfeccionar una remisión. Consecuentemente el valor declarado y pagado por el contribuyente en concepto de contribución solidaria en función de su declaración original, que no fue determinada por la Administración Tributaria, son los correctos; indistintamente que, de forma



posterior y sólo para concluir el trámite de la remisión, en lo que guarda relación al impuesto a la renta, se haya visto forzado a cumplir con una declaración sustitutiva en los términos señalados por el Servicio de Rentas Internas. Este es el verdadero alcance de dicha norma acusada de vicio, alcance que guarda relación estrecha con los principios de legalidad, seguridad jurídica, tutela judicial, capacidad contributiva.

Además, es fundamental considerar que la Ley para el Fomento Productivo, Atracción, Inversiones y Generación de Empleo fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018, mientras que la Contribución Solidaria sobre las Utilidades fue creada con la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana publicada en el Registro Oficial Suplemento 759 de 20 de mayo de 2016, esto es poco más de dos años antes de la remisión, consecuentemente del fallo recurrido, se observa que la parte accionante, en función de esta Ley, calculó la contribución solidaria en cumplimiento estricto de sus disposiciones, situación que no fue cuestionada por la Administración Tributaria, sino cuando a su conveniencia en razón de otra Ley (Fomento Productivo) se regulaba una remisión tributaria específica, que afectaba exclusivamente al impuesto a la renta, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos (que no significaba que el contribuyente se encontrase de acuerdo) y que además no afectaba al cálculo de la contribución solidaria, no pudiendo aplicarse retroactivamente sus disposiciones para obtener un pago que no se encontraba contemplado con el alcance dado por el Tribunal Distrital.

Es claro entonces, que la Administración Tributaria no puede utilizar una declaración sustitutiva presentada sólo con el fin de acogerse a una remisión, en cumplimiento de una determinada Ley, para tratar de modificar valores declarados y pagados en cumplimiento de una norma anterior que establecía reglas claras para el efecto y que, nada tienen que ver con los requisitos establecidos para la procedencia de remisión de intereses, multas y recargos.

Esto no sólo vulnera la irretroactividad de la norma, sino la seguridad jurídica. Con este análisis, no sólo

se ha evidenciado la ocurrencia del vicio de errónea interpretación bajo el yerro del caso 5 del Art. 268 del COGEP, sino que se ha emitido la sentencia de mérito en los términos del Art. 273 del COGEP.

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario 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:

7.2. CASAR la sentencia de 09 de junio de 2021, las 15h03, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas dentro del juicio No. 09501-2020-00329, consecuentemente se acepta la demanda presentada y se deja sin efecto la Liquidación de Pago Por Diferencias en la Declaración No. 01202006501077416 emitida por el Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas, en función del análisis contenido en este fallo a partir del numeral 6.4. Respecto a la caución rendida de conformidad con el art. 324 del COGEP, se dispone sea devuelta la misma al accionante, con intereses, en cumplimiento del penúltimo inciso de la norma referida.

7.3. En virtud de que la parte recurrente ha rendido la caución dispuesta en el Art. 271 del COGEP, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, dispone que el Tribunal *A quo* proceda conforme lo dispone el Art. 275 ibídem.

7.4. Actué la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. Nro. 838-UATH-2022-OQ, de fecha 28 de julio del 2022.

7.5. Sin costas.

7.6 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen

f) DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO). DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

El análisis en casación encuentra que no se configura el caso 2, pues no cabe alegar falta de motivación sobre la parte que no le favorece al recurrente e implícitamente aceptar que se encuentra motivado en la parte que le favorece, pues no se puede fragmentar el fallo y, por otro lado, si se configura el caso 5 del art. 268 del COGEP, al evidenciarse la errónea interpretación de la disposición denunciada; consecuentemente se deja sin efecto la Liquidación de pago por Diferencias correspondiente a la Contribución Solidaria sobre las Utilidades, establecida en la Ley Orgánica de Solidaridad.

VI

Juicio Nro. 17510-2020-00238
Fecha: 21 de diciembre del 2023, las 11h12

TEMA: La Sala evidencia que la norma acusada de falta de aplicación ha sido expresamente aplicada con el sustento suficiente de por qué no aplica el plazo de caducidad de seis años.

SÍNTESIS

Interpone recurso de casación al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP, por el vicio de falta de aplicación del artículo 94 numeral 2 del CT. La Sala evidencia que la norma acusada de falta de aplicación ha sido expresamente aplicada con el sustento suficiente de por qué no aplica el plazo de caducidad de seis años. Que el Tribunal a quo, se encontraba en la obligación de aplicar el numeral 2 del artículo 94 del CT, considerando la existencia de una declaración original en base a la cual se canceló la contribución de las utilidades, en lugar de emplear para el cálculo los valores consignados dentro de la declaración sustitutiva, lo cual generó la falta de aplicación de la norma en la parte determinante del fallo. Se rechaza el recurso incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00238

Presidente Ponente: Dr. José Dionicio Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- Quito, jueves 21 de diciembre del 2023, las 11h12.

VISTOS: La abogada Shariam Olmedo Armijos, en calidad de Procuradora Fiscal de la Directora General y Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría de 17 de noviembre del 2021, las 15h41, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en el juicio de impugnación N° 17510-2020-00238(1).

1. Antecedentes procesales

1.1. Objeto de la controversia.- “[...] Determinar la validez y legalidad de la resolución No. 117012020RREC175656 emitida el 15 de junio de 2020 por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, que confirma la liquidación de pago No. 17201906502019672, por concepto de contribución solidaria sobre las utilidades del ejercicio fiscal 2015, atendiendo las alegaciones formuladas por las partes procesales. [...]”

1.2. Resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario en el juicio objeto del recurso dispuso: “[...] aceptamos la

demanda presentada por el señor Nelson Aníbal Vargas Serrano, invocando la calidad de gerente general y como tal representante legal de las compañías: PETRÓLEOS DEL PACÍFICO S.A. PACIFPETROL, compañía operadora y representante de la ASOCIACIÓN PACIFPETROL S.A. ANDIPETRÓLEOS SEOG OIL & GAS SOCIEDAD ANÓNIMA; PETRÓLEOS ANDINOS S.A. ANDIPETRÓLEOS; y por los derechos que representa como apoderado de SEOG OIL & GAS SOCIEDAD ANÓNIMA, y en consecuencia, se declara la ilegitimidad de la resolución impugnada No. 117012020RREC175656, emitida y notificada el 15 de junio de 2020, así como de su antecedente la liquidación de pago No. 17201906502019672, notificada el 27 de agosto de 2019, por diferencias por concepto de contribución solidaria sobre las utilidades ejercicio fiscal 2015, y en consecuencia, se las deja sin efecto ni valor legal. [...]”

1.3. Recurso de casación.- En escrito de 17 de enero del 2022, las 16h01, la Administración Tributaria, interpone recurso de casación al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP, por el vicio de falta de aplicación del artículo 94 numeral 2 del Código Tributario.



1.4. Calificación.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario calificó el recurso de casación en auto de 25 de enero del 2022, las 13h09, en el término de los artículos 266, 269 y 274 del COGEP.

1.5. Admisión: En auto de 16 de junio del 2023, las 08h27, el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez de la Sala, declara la admisibilidad del recurso de casación por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, por el vicio de falta de aplicación del artículo 94 numeral 2 del Código Tributario.

2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa realizado el 03 de octubre del 2023, las 11h20, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional y José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional, Ponente en la causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero del 2021 el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalada con la acción de personal No. 166UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Validez procesal

3.1. No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no

adolesce de nulidad alguna, por lo que se declara el proceso válido.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. Que el artículo 94 numeral 2 del Código Tributario, hace referencia a la extensión del plazo de la caducidad de la facultad determinadora a un periodo superior, a raíz de que el contribuyente no ha declarado en todo en parte el tributo. Al verificar los hechos ocurridos dentro de la causa se puede encontrar que el actor habría realizado una declaración original del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2015, y con posterioridad realizó una declaración sustitutiva en la cual incluyó un valor superior en la casilla 6999 Total Ingresos, lo cual de manera directa habría causado una repercusión directa en la utilidad gravable del ejercicio y por consecuencia se habría incrementado el valor de la contribución solidaria sobre las utilidades como consta dentro de la Liquidación de Pago No. 17201906502019672.

4.1.1. Que si bien el objeto controvertido dentro la causa fue “Determinar la validez y legalidad de la resolución No. 117012020RREC175656 emitida el 15 de junio de 2020 por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, que confirma la liquidación de pago No. 17201906502019672, por concepto de contribución solidaria sobre las utilidades del ejercicio fiscal 2015, atendiendo las alegaciones formuladas por las partes procesales”, es evidente que correspondía verificar el análisis efectuado por la Administración Tributaria, el cual considera como punto de partida la existencia de una declaración del impuesto original y una que lo sustituye completando la composición del impuesto. Solo considerando el mismo punto de partida de la Administración (declaración original incompleta y declaración sustitutiva que la completó) la Sala, podría haber aplicado la norma acusada.

4.1.2. Que, a pesar del punto de partida establecido anteriormente, en el cual la compañía incrementó significativamente el rubro de ingresos dentro de su declaración del periodo fiscal analizado, como consecuencia directa y automática se verificó un incremento en la utilidad del periodo fiscal 2015. De esta manera se produjo un aumento en la contribución solidaria sobre el cual no se ha cancelado los valores correspondientes al Estado, a pesar de estar respaldados en una declaración vinculante y definitiva, no se dispuso mediante sentencia que cancelen los valores glosados por la Administración.

4.1.3. Que el Tribunal a quo, se encontraba en la obligación de aplicar el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, considerando la existencia de una declaración original en base a la cual se

canceló la contribución de las utilidades, en lugar de emplear para el cálculo los valores consignados dentro de la declaración sustitutiva, o corregirlos a futuro una vez se verificó su cambio. Así como se expresó dentro del considerando 8.1 de la sentencia recurrida, lo cual generó la falta de aplicación de la norma en la parte determinante del fallo.

4.1.4. Que la falta de observancia del numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, es determinante para esclarecer la litis, ya que conllevó a efectuar un análisis distinto de la conjunción de las pretensiones y excepciones de las partes, pues los hechos contraídos a esta causa ameritaban la aplicación de la norma pertinente, en la cual la misma compañía, a través de una declaración sustitutiva se autodeterminó que dentro del periodo 2015 habría generado un valor superior en ingresos, y por consecuencia esto modificaba de manera automática el valor de contribución que se encontraba obligado a cancelar.

4.1.5. Que el análisis realizado por el Tribunal indicó que se debía a una diferencia numérica en el impuesto y sobre la cual la Administración no ha indicado en que parte la misma se ha ocasionado, ni la incidencia de éste. Es importante recalcar que dentro de los actos como en la sustanciación de la causa se estableció que el motivo de la glosa es una modificación en el casillero de ingresos que afecta directamente el casillero de utilidad y por consecuencia el monto de la contribución solidaria. Por lo tanto, aunque se declaró y canceló dentro de los plazos establecidos en la norma, el mismo fue incompleto pues se originó en una declaración del impuesto a la renta que no era la definitiva del contribuyente. Con esta falta de precisión, no se aplicó el artículo 94 numeral 2 del Código Tributario, lo que ocasionó una limitación directa en los plazos para el ejercicio de la caducidad de la facultad determinadora del impuesto por parte de la Administración.

4.1.6. Que la infracción detallada, identificada y singularizada, ha incidido en la decisión de la causa, en tanto que en la resolución se acepta la totalidad de la impugnación, y reconoce que PACIFPETROL no cancele los valores establecidos como diferencia respecto a la contribución solidaria de mejoras, dejando de aplicar el contenido de la norma acusada, limitando el ejercicio de la facultad determinadora, reduciéndolo a 3 años desde que se realizaron las declaraciones y dejando de lado que correspondía aplicar el tiempo de 6 años pues se realizó una declaración incompleta respecto a ingresos del ejercicio fiscal 2015. Es decir, al no

reconocer que la declaración fue incompleta, no se aplicó la norma correspondiente y se aplicó otra que negó el derecho a la Administración a recaudar los valores que por derecho le correspondían respecto a la contribución solidaria.

4.1.7. Que si el Tribunal A quo hubiese realizado el análisis planteado, la decisión de la causa habría sido justamente ratificar el contenido del acto impugnado, toda vez que se encuentra realizada una declaración incompleta del periodo fiscal 2015 que se subsanó con la sustitutiva pero no se canceló la diferencia generada en contribución solidaria, hecho que amplía la caducidad de la facultad determinadora como lo hizo el Servicio de Rentas Internas, a 6 años.

4.2. Contestación al recurso: En escrito de 28 de julio del 2023, las 12h38, la abogada Christel Gai-bor Flor, en calidad de Procuradora Judicial de las compañías Petróleos del Pacífico S.A. PACIFPETROL, compañía operadora y representante de la Asociación Pacifpetrol S.A. Andipetróleos Seog Oil & Gas Sociedad Anónima; Petróleos Andinos S.A. ANDIPETROLEOS; y de la compañía Seog Oil & Gas Sociedad Anónima, da contestación al recurso de casación planteado por la Administración Tributaria, y manifestó que el recurso no establece claramente el vicio del que se acusa a la sentencia, habida cuenta, que una norma sustantiva no puede, al mismo tiempo, ser indebidamente aplicada, erróneamente interpretada o no aplicada, puesto que estas causales son excluyentes entre sí.

4.2.1. Que según la Resolución No. 05-2019 dictada por la Corte Nacional de Justicia el 27 de noviembre de 2019, el “recurso de casación es extraordinario y formalista, esto significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir, además, con ciertos elementos formales para su procedencia”.

4.2.2. Que el SRI no ha determinado la causal en la que se funda su recurso porque no ha individualizado si el vicio acusado es la errónea interpretación o la falta de aplicación del artículo 94 del Código Tributario, la consecuencia es que no ha cumplido con los numerales 3 y 4 del artículo 267 del COGEP, por lo que su recurso debe inadmitirse. En todo caso, la sentencia no ha interpretado erróneamente el artículo 94 del Código Tributario.

4.2.3. Que al acusar el vicio, el SRI pretende, en realidad, desnaturalizar al artículo 94 del Código Tributario, anulando prácticamente sus numerales 1 y 3 que establecen los plazos de caducidad de 1 y 3 años, respectivamente, para el ejercicio de la facultad determinadora. En efecto, el argumento es que



todo error o discrepancia entre la declaración presentada por el contribuyente y la determinada por la Administración, constituye omisión de ingresos, lo cual tiene como consecuencia que el plazo de caducidad se extiende a 6 años. Si esa hubiera sido la intención del legislador, el artículo 94 del Código Tributario establecería un plazo único de caducidad de la facultad determinadora de 6 años. Pero ello no es así y la norma distingue tres situaciones que están expresamente reguladas en la disposición.

4.2.4. Que el Tribunal A quo, se ha pronunciado estableciendo cuándo y en qué situaciones es aplicable el plazo de caducidad de 1 año y cuándo y qué situaciones es aplicable el plazo de caducidad de 6 años. Que la Sala en el considerando 8.5 del fallo recurrido no ha hecho una determinación aislada, sino que se ha remitido a las sentencias dictadas por la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional, así como a la doctrina y ha concluido cuál es la caducidad aplicable al caso objeto del proceso.

4.2.5. Que el Tribunal A quo ha analizado si al caso objeto del proceso corresponde la aplicación del plazo previsto en el numeral 1 o en el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario. Por tanto, el SRI no puede hablar de una falta de aplicación del numeral 2 de la norma acusada simplemente porque no concuerda con la conclusión del Tribunal. Como ya se dijo, la norma del artículo 94 no contiene un solo plazo ni manda que el plazo de caducidad que se aplique a toda y cualquier situación sea de 6 años. Solo en ese evento, el reclamo del SRI tendría fundamento. Por lo expuesto, solicita se rechace el recurso planteado.

5. Problema jurídico

5.1. En base a los argumentos esgrimidos por el recurrente, corresponde determinar si el Tribunal de instancia incurrió en la falta de aplicación del artículo 94 numeral 2 del Código Tributario, por concepto de contribución solidaria sobre las utilidades del ejercicio fiscal 2015.

6. Análisis de la Sala de casación

6.1. La falta de aplicación que se acusa con sustento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, “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.”

6.2. La norma acusada como infringida es del Código Tributario: Art. 94.- Caducidad.- “Caduca la facultad de la administración para determinar la

obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo: (...) 2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración.”

6.3. El recurrente acusa la sentencia de falta de aplicación del artículo 94.2 del Código Tributario, sostiene que el análisis realizado por el Tribunal indicó que se debía a una diferencia numérica en el impuesto y sobre la cual la Administración no ha indicado en qué parte la misma se ha ocasionado, ni la incidencia de éste. Que dentro de los actos como en la sustanciación de la causa se estableció que el motivo de la glosa es una modificación en el casillero de ingresos que afecta directamente el casillero de utilidad y por consecuencia el monto de la contribución solidaria, por lo que, aunque se declaró y canceló dentro de los plazos establecidos en la norma, el mismo fue incompleto pues se originó en una declaración del impuesto a la renta que no era la definitiva del contribuyente.

6.4. El Tribunal de instancia en el considerando 8.7 de la sentencia expresa que la Administración Tributaria podía ejercer su facultad determinadora dentro de los tres años previstos en el numeral 1 del artículo 94 del Código Tributario, en vista de la presentación de las declaraciones a la contribución solidaria del 22 de junio de 2016, 21 de julio de 2016 y 22 de agosto de 2016, registro realizado en el formulario 120 presentado el 21 de septiembre de 2016, esto es, dentro de los plazos establecidos. Que al pretender hacer la determinación con base a la declaración sustitutiva del impuesto a la renta de diciembre de 2018, lo hace en forma extemporánea, pues su facultad determinadora había caducado.

6.5. Confrontados los cuestionamientos de la administración tributaria, con los argumentos vertidos en el recurso de casación, se tiene que el tema dice relación con el plazo de caducidad aplicado, que a decir de la entidad recurrente, el Tribunal no aplicó el artículo 94.2 del Código Tributario. Sin embargo, en el considerando 8.5 del fallo consta expresa referencia a que el ejercicio de la facultad determinadora en el plazo de seis años, de conformidad con lo previsto en el artículo 94.2 referido, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional ha establecido que su aplicación procede cuando ha existido ocultamiento de un rubro o tipo de renta, que no se da en el presente caso, razonamiento que descarta, de plano, que se produzca el vicio alegado y que exime a la Sala de realizar cualquier otro análisis.

6.6. Al no configurarse el vicio, el recurso no procede y se lo rechaza.

7. Decisión

7.1. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario 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:

7.2. No casar la sentencia impugnada.

7.3. Actúe la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. Nro. 838-UATH-2022-OQ, de fecha 28 de julio del 2022.

7.4. Sin costas.

7.5 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal

de origen. Determinar si el Tribunal de instancia incurrió en la falta de aplicación del artículo 94 numeral 2 del Código Tributario, por concepto de contribución solidaria sobre las utilidades del ejercicio fiscal 2015.

La Sala evidencia que la norma acusada de falta de aplicación ha sido expresamente aplicada con el sustento suficiente de por qué no aplica el plazo de caducidad de seis años. Consiguientemente, rechaza el recurso interpuesto.

f) DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA JUEZ NACIONAL. DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ JUEZA NACIONAL.

Resolución de fácil comprensión

Determinar si el Tribunal de instancia incurrió en la falta de aplicación del artículo 94 numeral 2 del Código Tributario, por concepto de contribución solidaria sobre las utilidades del ejercicio fiscal 2015. La Sala evidencia que la norma acusada de falta de aplicación ha sido expresamente aplicada con el sustento suficiente de por qué no aplica el plazo de caducidad de seis años. Consiguientemente, rechaza el recurso interpuesto.



Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA
DE LO PENAL,
PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL, TRÁNSITO,
CORRUPCIÓN Y
CRIMEN ORGANIZADO
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 17282-2018-03014
Fecha: 20 de junio del 2023, las 10h00

TEMA: Fundamentación diminuta del recurrente. Sentencia de condena de apelación debidamente ajustada a Derecho por lo cual se desestimó el recurso incoado.

SÍNTESIS

En cuanto a los principios que rigen el mismo, se observa que en el cargo que se analiza, el acusado acertadamente ha seleccionado una causal de casación de las previstas en la ley, cual es la de indebida aplicación, cumpliendo así con el principio de taxatividad; sin embargo, no ocurre lo mismo con los principios de autonomía y trascendencia, empezando con la falta de determinación de la norma que se estima vulnerada, es decir de la norma que se aplicó indebidamente y la norma que erróneamente se dejó de aplicar.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17282-2018-03014

Juez Ponente: Ab. Mercedes Caicedo Aldaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. SENTENCIA DE CASACIÓN JUICIO PENAL DE LA CNJ Quito, martes 20 de junio del 2023, las 10h00

VISTOS.-

1) El presente proceso penal, llega a conocimiento del Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, conformado por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional (E), y los doctores Lauro Javier de la Cadena Correa y Fernando Cohn Zurita, Conjueces Nacionales quienes avocan conocimiento, en virtud del recurso de casación interpuesto por el procesado señor DIEGO LEONARDO LOJÁN ROSERO; y, una vez que se ha llevado a efecto la audiencia de casación respectiva, y en función de los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 656, 657 y otros pertinentes del Código Orgánico Integral Penal “COIP”, ha procedido a emitir la resolución oral del recurso, dicta la presente sentencia escrita dentro de la causa penal N° 17282-2018-03014, debidamente motivada, en cumplimiento a la obligación constitucional y legal de la motivación de las resoluciones, establecida en los artículos 76 numeral 7 literal l) de

la Constitución de la República del Ecuador “CRE” y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial “COFJ”, así como las reglas del COIP, aplicables al caso.

PRIMERO.- ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1.- Hechos materia del juzgamiento:

2) De la sentencia de Doble Conforme, se desprende que los hechos que se imputan al procesado, son los siguientes:

2.1) “El día 31 de agosto del 2018, aproximadamente a las 02H20, miembros policiales al mando del Sbos. de Policía Jonny Iván Miranda Chiluisa, por disposición de la central de radio patrulla, han acudido a la Av. 6 de Diciembre y Ernesto Noboa Caamaño, edificio Majestic Plaza, octavo piso, departamento 803, de esta ciudad de Quito, donde se han entrevistado con el señor Leónidas Aureliano Cabezas Bone, guardia de seguridad de la empresa B.A.S., quien les manifestó que el señor DIEGO LEONARDO LOJAN ROSERO y el señor Franklin Andrés Revelo Rosero, habitantes del departamento 808 habían procedido a golpear la puerta utilizando las manos y los pies hasta trizar la misma, lo cual ha sido verificado por los miembros policiales en el lugar, observando que la puerta del departamento 803 presentaba daños, por lo que se han entrevistado con el señor RICARDO HERNÁN CAMACHO ZEAS, quien habita

en el departamento 803, quien les indicó que se encontraba en el interior de dicho inmueble en compañía de dos ciudadanos de nacionalidad venezolana cuando han escuchado golpes que realizaban contra su puerta, causando el trizamiento de la misma, así como insultos en su contra. De igual forma durante el procedimiento los miembros policiales señalan que los ciudadanos DIEGO LEONARDO LOJAN ROSERO y el señor Franklin Andrés Revelo Rosero presentaban aliento a licor e insultaban al señor Ricardo Hernán Camacho Zeas, por lo que han tomado procedimiento...”.

3) Los hechos materia de juzgamiento se han adecuados al delito tipificado en el artículo 204 inciso primero del COIP, esto es Daño a Bien Ajeno, según lo referido, tanto por la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, como de la sentencia dictada por el Tribunal de Doble Conforme de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

1.2.- Inicio del proceso.

4) El presente proceso se inicia en audiencia de calificación de flagrancia celebrada ante el abogado Gonzalo Núñez Velasco, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el día 31 de agosto de 2018, en contra de los señores Loján Rosero Diego Leonardo y Revelo Rosero Franklin Andrés, por el presunto delito de daño a bien ajeno, tipificado y sancionado en el artículo 204 inciso primero del COIP, habiéndose dado a la causa el trámite del Procedimiento Directo.

1.3.- Juzgamiento.

5) Luego del trámite respectivo dado a la presente causa, el Juez mencionado anteriormente, abogado Gonzalo Núñez Velasco, en procedimiento directo dicta sentencia de viernes 21 de diciembre de 2018, a las 00h57¹, en que resuelve:

5.1) [...] Ante la ausencia de tipicidad dentro de la presente causa, y por cuanto no se ha logrado vencer la presunción de inocencia de la cual goza el ciudadano procesado, con las consideraciones antes expuestas, luego de haberse realizado un examen crítico, mesurado y exhaustivo de la prueba presentada, de conformidad con las reglas de sana crítica y lógica jurídica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, una vez que se ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución de la República, esto es, se ha respetado el debido proceso, así como en estricto cumplimiento de lo señalado por el artículo 169 de la norma suprema, esto es, que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, habiéndose vencido la presunción de inocencia establecida en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución de la República,, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se dicta la correspondiente **SENTENCIA RATIFICANDO EL ESTADO DE INOCENCIA** del ciudadano **DIEGO LEONARDO LOJAN ROSERO**, [...] De conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 de artículo 77 de la Constitución de la República, en concordancia con lo señalado por el numeral 5 del artículo 619 del Código Orgánico Integral Penal, se deja sin efecto todas las medidas cautelares dictadas en contra del ciudadano antes indicado, [...].

1.4.- Apelación.

6) De la sentencia antes referida, el doctor Fredy Gustavo García Molina, Fiscal de la Unidad de Delitos Flagrantes N° 1, el procesado señor Diego Leonardo Loján Rosero, y el acusador particular señor Ricardo Hernán Camacho Zeas, dentro del término legal interponen recursos de apelación², siendo concedidos los mismos, el día miércoles 02 de enero de 2019, a las 08h43, mediante auto dictado por el juez a-quo³.

¹ Sentencia dictada por el Juez a-quo, de fecha 21 de diciembre de 2018, a las 00h57, constante a fs. 177 a 182, del expediente de primera instancia.

² Escritos de interposición de recurso de apelación presentados por Fiscalía, acusado y acusador particular, con fechas 26, 27 y 28 de diciembre de 2018, respectivamente, constantes a fs. 185, 187 y 188, del expediente de primera instancia.

³ Auto dictado por el abogado Gonzalo Núñez Velasco, Juez de la Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, de 02 de enero de 2019, las 08h43, constante a fj. 189, del expediente de primera instancia.

7) Dado el trámite de apelación, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrada por los doctores María Patlova Guerra Guerra (Ponente), Anacélida Burbano Játiva y Leonardo Xavier Barriga Bedoya, Juezas y Juez Provinciales, dicta sentencia de 14 de octubre de 2021, las 21h41⁴, en que por unanimidad resuelven:

7.1) [...], con fundamento en los Arts. 621 y 622 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 la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por unanimidad, acepta los recursos de apelación interpuestos por el Dr. Fredy Gustavo García Molina, Fiscal de la Unidad de Delitos Flagrantes No. 1 y el acusador particular Ricardo Hernán Camacho Zeas; y, en consecuencia, REVOCA LA SENTENCIA VENIDA EN GRADO EN EL QUE SE RATIFICA EL ESTADO DE INOCENCIA A FAVOR DE LA PERSONA PROCESADA DIEGO LEONARDO LOJÁN ROSERO, Y EN SU LUGAR DICTA SENTENCIA CONDENATORIA EN SU CONTRA, por haber adecuado su conducta al delito de daño a bien ajeno, tipificado y sancionado en el Art. 204 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo en concordancia con el Art. 42 numeral 1, literal a) del mismo cuerpo legal, imponiéndole UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD MODIFICADA DE OCHO MESES, por considerar que se han demostrado la circunstancia agravante establecida en el numeral 5 del mismo COIP; esto es, "... **Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal: (...) 5.**

*Cometer la infracción con participación de dos o más personas (...); de igual manera se le impone la multa que dispone el Art. 70 numeral 4 ejusdem, de CUATRO salarios básicos unificados del trabajador en general, [...] Respecto a la reparación integral de acuerdo a la factura presentada por Fiscalía, se le impone el pago de \$200 de los Estados Unidos de Norte América, [...] Conforme lo prevé el Art. 555 del COIP a fin de asegurar el pago de la multa impuesta así como el monto fijado como reparación integral, se dispone la prohibición de enajenar los bienes y congelamiento de las cuentas que mantenga la persona procesada **DIEGO LEONARDO LOJÁN ROSERO** por una cantidad de DOSCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA. [...]*

SÉPTIMO.- ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN SOBRE LA PRETENSIÓN DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.-

[...] De lo precedente y por cumplidos los presupuestos dados en nuestro ordenamiento jurídico, este Tribunal de Alzada, acepta la pretensión del sentenciado y suspende condicionalmente la pena privativa de libertad impuesta, [...].

1.5.- Doble Conforme.

8) De la sentencia de apelación antes referida, el encartado Diego Leonardo Loján Rosero, dentro del término legal, interpone recurso de casación⁵, siendo concedido el mismo por el tribunal adquem, mediante auto de 25 de octubre de 2021, a las 12h52⁶.

9) Llegado el proceso a la Corte Nacional de Justicia, se ha designado el Tribunal competente para conocer el recurso de casación, mediante sorteo de miércoles 17 de noviembre de 2021, las 12h13⁷, el mismo que ha quedado integrado por el doctor Iván Patricio Saquicela Rodas, Juez Nacional (Ponente), y los abogados Luis Rivera Velasco y Walter Macías Fernández, Jueces Nacionales, actuando la señora Conjueza Nacional abogada Mercedes Caicedo Aldaz, en reemplazo del doctor

⁴ Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 14 de octubre de 2021, las 21h41, constante a fs. 371 a 381 vta., del expediente de apelación.

⁵ Escrito de interposición de recurso de casación, constante a fs. 386 a 402 vta., del expediente de apelación.

⁶ Auto dictado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 25 de octubre de 2021, las 12h52, constante a fj. 404 del expediente de apelación.

⁷ Acta de Sorteo de la Presidencia de la Sala, de 17 de noviembre de 2021, las 12h13, constante a fj. 2 del primer expediente de casación.

Iván Saquicela Rodas, por habersele encargado el despacho del referido Juez Nacional, con todos los deberes y atribuciones, en virtud de su designación de Presidente de la Institución; encargo que corre a partir del 12 de febrero de 2022, conforme Oficio N° 094-SG-CNJ de 07 de febrero de 2022 y acta de sorteo de la misma fecha.

10) El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 30 de marzo de 2022, emite la Resolución N° 04-2022, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 44 de 18 de abril de 2022, mediante la cual se establece el recurso especial de doble conforme, y aperturado el término de quince días, establecido en la referida Resolución para activar este medio impugnatorio, el señor Diego Leonardo Loján Rosero, en escrito de 25 de abril de 2022, las 12h09⁸, interpone el indicado recurso especial.

11) Concedida la impugnación por el Tribunal de Casación⁹, el Tribunal designado para conocer el recurso especial de doble conforme, integrado por los doctores Luis Adrián Rojas Calle (Ponente), Bayardo Espinoza Brito, y María Gabriela Mier Ortiz, Conjueces y Conjueza Nacionales, luego de la audiencia respectiva, dictan sentencia con fecha 25 de octubre de 2022, a las 10h05¹⁰, mediante la cual por unanimidad resuelven:

11.1) [...] *en mérito a las suficientes razones expuestas ha llegado al convencimiento de los hechos y circunstancias de la infracción, y a la responsabilidad del justiciable sobre el cometimiento del delito de daño a bien ajeno, en consecuencia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, declara la improcedencia del recurso especial de doble conforme presentado y confirma la sentencia subida en grado en la que declara a DIEGO LEONARDO LOJAN ROSERO, autor directo del delito de daño a bien ajeno, tipificado y sancionado en el Art. 204 primer inciso del Código Orgánico Integral Penal, ratificándose*

las medias dictadas, como consecuencia de la sustitución condicional de la pena.

1.6.- Casación.

12) La Resolución N° 04-2022, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, prevé en su Primera Disposición Transitoria, lo que sigue:

12.1) **Primera.-** *Los procesados que hayan recibido sentencia condenatoria en apelación por primera ocasión y esté pendiente de resolución un recurso de casación, podrán presentar el recurso especial al que se refiere el Capítulo II de esta resolución, para cuyo efecto tendrán el término de quince días contados a partir de la fecha de la publicación de esta Resolución en el Registro Oficial. En este caso los recursos de casación en trámite se suspenderán, hasta que se resuelva el recurso especial y se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 5 numeral 2 y siguientes del Capítulo II de esta Resolución. De no presentarse el recurso especial se sustanciará el o los recursos de casación conforme lo establecido en la ley (el énfasis fuera del texto).*

13) En atención a la disposición transitoria antes referida, y una vez que se ha recibido el proceso con la resolución de Doble Conforme, se convoca a la audiencia de casación, la que se ha llevado a efecto el día martes 23 de mayo de 2023, a partir de las 10h00¹¹, ante el Tribunal de Casación conformado por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, y los doctores Javier de la Cadena Correa y Fernando Cohn Zurita, Jueza (E) y Conjueces Nacionales.

SEGUNDO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

2.1.- Jurisdicción.

14) 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.

2.2.- Competencia.

15) La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene

⁸ Escrito de interposición de recurso especial de doble conforme, constante a fs. 5 y 6 del primer expediente de casación.

⁹ Auto dictado por el Tribunal de Casación, de 02 de junio de 2022, las 10h39, constante a fs.11 y vta., del primer expediente de casación.

¹⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Especial de Doble Conforme de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 25 de octubre de 2022, las 10h05, constante a fs. 25 a 36, del expediente de doble conforme.

¹¹ Acta de audiencia de 23 de mayo de 2023, a las 10h00, constante a fs. 13 a 17 vta., del segundo expediente de casación.

competencia para conocer los recursos extraordinarios de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal, de conformidad con el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 183 y 186 reformados del Código Orgánico de la Función Judicial, y 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

16) El Tribunal de Casación designado para la resolución de la presente causa, conforme se analizó en el párrafo 9 que antecede y en virtud del acta de sorteo de 17 de noviembre de 2021, las 12h13, se encuentra conformado por el doctor Iván Patricio Saquicela Rodas, Juez Nacional (Ponente), y los abogados Luis Rivera Velasco y Walter Macías Fernández, Jueces Nacionales, actuando en la audiencia de casación, la abogada Mercedes Caicedo Aldaz por encontrarse encargada del despacho del primero de los nombrados, al haber sido designado Presidente de la Corte Nacional de Justicia, y los doctores Javier de la Cadena Correa y Fernando Cohn Zurita, por licencia y suspensión, respectivamente, de los titulares antes señalados.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL:

17) En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, de 31 de agosto de 2018, corresponde aplicar al proceso las normas vigentes a tal tiempo, esto es las del COIP, publicado en el Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014.

18) En el trámite del recurso de casación, no se encuentran vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal de Casación, declara la validez de lo actuado en esta sede, habiéndose observado las normas del debido proceso y el procedimiento respectivo conforme a los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal; así como también, por cuanto no se avizora que en el trámite general del proceso, se haya incurrido en errores in procedendo, o causas que vicien el procedimiento, no corresponde declarar nulidad alguna del proceso, conforme el artículo 652 numeral 10 ibídem.

CUARTO.- AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

19) En la audiencia de fundamentación del recurso de casación planteado, los intervinientes manifiestan:

4.1.- Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente señor Diego Leonardo Loján Rosero, a través de su defensor, abogado Henry Alejandro Beltrán Valdivieso.

20) En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, la defensa técnica del recurrente, principalmente sustentó lo siguiente:

20.1) Primer cargo, indebida aplicación de la ley. Se presenta por parte de la defensa del procesado y de la Fiscalía General del Estado, recurso de apelación; al inicio del recurso de apelación para poderlo fundamentar de manera oral en la audiencia correspondiente, se preguntó a la señora agente fiscal Teresa Coba, quien de manera clara y fehaciente y del acta de audiencia se desprende, indicó textualmente: Fiscalía no ha presentado ningún recurso en este proceso. Ante eso se debía aplicar el artículo 652, numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal, pero el Tribunal Adquem aplicó el artículo 654, numeral 1 del COIP. Si la señora Fiscal, en el momento procesal oportuno no realiza la fundamentación de su recurso, el artículo 652 numeral 9 del COIP indica que esto se entiende como un desistimiento por parte de quien lo ha propuesto, en este caso la Fiscalía General del Estado, por lo tanto, al encontrarnos en un proceso penal donde rige el sistema acusatorio adversarial, es importante indicar que el derecho punitivo del Estado radica en la Fiscalía General del Estado y al no haber presentado, como bien ella lo manifestó en su momento, recurso de apelación alguno dentro de esta causa, lo que se debía haber hecho es haber ratificado lo que indicó el Juez A-quo, respecto de la presunción de inocencia, que gozaba y de las ratificatoria de inocencia que gozaba el encausado en aquel momento, no obstante el Tribunal Ad-quem, procedió a realizar la audiencia, le dio la palabra a la acusación particular que había presentado también un recurso de apelación, lo fundamentó, posterior a ello, se dio la palabra a la defensa técnica del señor Diego Loján y Franklin Revelo que eran los procesados y en ese momento, después de estos alegatos, se procede a dar la palabra a la Fiscalía General del Estado para que fundamente su recurso de apelación porque le indicaron que sí lo había presentado en contra del señor Diego Loján. El señor Franklin Revelo, tuvo una audiencia de juicio única y exclusivamente para él, mientras que el señor Diego Loján, en otro momento, otro día, en otra hora, sin contar con la presencia del señor Franklin Revelo, tuvo otra audiencia de

juicio, obviamente, la conclusión y resultado jurídico para el señor Franklin Revelo fue una sentencia condenatoria, mientras que para el señor Diego Leonardo Loján Rosero, fue una sentencia ratificatoria de inocencia, por cuanto no se pudo vencer la tipicidad.

20.2) Segundo cargo, contravención expresa del texto de la ley, por falta de motivación respecto al artículo 76, numeral 7, Literal l) de la Constitución de la República del Ecuador. El Tribunal Ad-quem, conoce por segunda ocasión los recursos de apelación planteados con la particularidad que ya se mencionó en el primer cargo. Al momento de resolver indica que la prueba de la ajenidad de la cosa, que efectivamente es materia de este proceso, ha sido probada tanto para el señor Franklin Revelo como para el señor Diego Loján; pero no es cierto, ahí la falta de motivación debido a que el señor Franklin Revelo en su audiencia de juicio sí se practicó una prueba para justificar la ajenidad de la cosa, elemento constitutivo base del tipo penal establecido en el artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal; pero, para el señor Diego Loján no fue de esa manera por cuanto, como se dijo el señor Diego Loján tuvo en otro momento su audiencia de juicio; por lo tanto, bajo las garantías básicas del debido proceso, únicamente se practicaron pruebas que ninguna de ellas llevaba al entendimiento del Juzgador, para la ajenidad de la cosa; por lo tanto, se ratificó su estado de inocencia, pero la Corte Provincial al momento de unir estos procesos, dice se debe tomar en cuenta la prueba practicada tanto para Franklin Revelo como para Diego Loján, prueba que Diego Loján en ningún momento tuvo la oportunidad de contradecir, otra norma básica del debido proceso, y bajo esta premisa falsa se genera una conclusión errónea. Por lo tanto, indican que sí se ha probado la ajenidad para ambos procesados, y por lo tanto proceden a condenar a ambos; en el caso del señor Franklin Revelo ratificar la sentencia venida en grado y del señor Diego Loján revocarla y en su defecto, indicar una sentencia condenatoria. A fojas 39 del expediente se encuentra una promesa de compraventa y bajo la teoría de la prueba hay cuatro aspectos fundamentales a tener en cuenta para que la prueba tenga validez en un proceso, la primera el anuncio, segundo la admisibilidad, tercero la práctica,

y por último, la valoración probatoria que realizan los Jueces. En este mecanismo de la teoría de la prueba, efectivamente, para el señor Franklin Revelo, sí se dio así, pero para el señor Diego Loján no, y eso es lo que llama a realizar esta contravención expresa del texto de la norma; para el señor Diego Loján esta prueba nunca fue valorada, porque en la audiencia de juicio no fue practicada ni por Fiscalía General del Estado, ni por la acusación particular; por lo tanto, por verdad procesal, para el señor Diego Loján esa prueba a pesar de haber sido anunciada y al no haber sido practicada, nunca pudo tener una valoración por parte del Juez-Ad-quem, razón de cual existe la contravención expresa del texto, porque la Corte Provincial de Justicia sí toma en cuenta la prueba practicada para el señor Franklin Revelo para condenar al señor Diego Loján, es decir es ilógico, carece de comprensibilidad y no cumple con los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional respecto a la motivación. La Corte Nacional de Justicia, cuando se casó la sentencia y emitió una resolución, manifiesta en la parte pertinente “la ajenidad es un elemento constitutivo del tipo penal y de allí se desprende quien efectivamente es el sujeto pasivo de este tipo de delitos”. Entonces no se pudo vencer la tipicidad en su momento porque la ajenidad es un elemento constitutivo del tipo penal establecido en el artículo 204 del Código Orgánico Integral Penal. Bajo esas premisas, en todo momento se presume la inocencia del procesado, y al no haberse cumplido los elementos constitutivos del tipo penal, no se vence la tipicidad.

20.3) Pretensión: Solicita se acepte el recurso de casación y se revoque la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia.

21) En réplica, el procesado recurrente señala:

21.1) El vicio motivacional sería una aparente motivación. La réplica se utiliza para poder contradecir lo que ha manifestado tanto Fiscalía General del Estado como el abogado de la víctima; y, justamente han hecho mención a que no se ha dicho respecto del vicio motivacional, pero sí se lo mencionó y justamente se dijo que la ajenidad de la cosa no fue probada para el señor Diego Loján; y, los Jueces Ad-quem debían haber tomado en cuenta lo que indica el artículo 599 del Código Civil, donde se colige claramente que la propiedad



se prueba únicamente por un medio idóneo de tradición, lo cual es la compra venta, de ninguna forma una promesa de compraventa; tratándose en delitos contra la propiedad, necesariamente debemos recurrir al Derecho Civil, que es de vital importancia para poder evidenciar este tipo de contravenciones expresas al texto de la ley.

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

22) El doctor Wilson Espín Rosales, delegado de la señora Fiscal General del Estado, procede a dar contestación al fundamento, señalando lo siguiente:

22.1) Primer cargo, manifiesta textualmente el recurrente, indebida aplicación de la ley sin manifestar de cuál norma del ordenamiento jurídico se establece este cargo, por lo tanto, no se estaría cumpliendo con el principio de taxatividad, al no establecer claramente cuál es el artículo o la norma que es objeto de indebida aplicación de la ley. Por lo tanto, no se cumplieron los principios de taxatividad y de autonomía en el presente caso. Manifiesta que se ha presentado un recurso de apelación, que la Fiscal Teresa Coba dice que no ha presentado un recurso de apelación y que debía aplicarse el artículo 652.9 por desistimiento, pero se ha aplicado el 654.1. Estamos ante una mezcla de términos, de normas y de cargos de casación por cuanto, si bien dice que hay una indebida aplicación, dice que no se ha aplicado el artículo 652.9; más bien es un cargo de contravención expresa y que se aplicó indebidamente el artículo 654.1.

22.2) Existe falta de tecnicismo en cuanto a la interposición del recurso, más aún cuando no se ha citado ni siquiera cuál es la sentencia objeto del presente recurso. Existe una sentencia dictada por la Corte Provincial, en la cual se establece sentencia condenatoria y hay un doble conforme, pero el recurrente no ha establecido a cuál de las dos sentencias se refiere con sus alegaciones.

22.3) Sobre la alocución de que Fiscalía no ha presentado un recurso de apelación, también se viola el principio de no debate de instancia, puesto que esta alocución ha sido establecida tanto en segunda instancia cuanto en el doble conforme. Al respeto, si bien existió este incidente que se dio durante la audiencia del Tribunal de segunda instancia, se resuelve tanto en la sentencia de segunda instancia, la cual en el considerando Quinto dice que la

Fiscalía sí presentó recurso de apelación y en el numeral. 4.6 de esta sentencia de segunda instancia dictada el 14 de octubre de 2021, la Fiscalía procede a fundamentar el recurso de apelación; en la sentencia de doble conforme que debería ser la cual se esté impugnando en la presente audiencia, es la sentencia que se encuentra vigente al momento del recurso, en el considerando Cuarto se da la fundamentación de la Fiscalía y en el numeral 3 de este considerando Cuarto, dice que la Fiscal sostiene que para comprobar esta información de si había presentado recurso la Fiscalía, la Secretaria del Tribunal determinó que sí, y en este momento sustentó su recurso; por lo tanto, estas aseveraciones sobre si presentó o no el recurso de apelación Fiscalía, han sido subsanadas, han sido resueltas y ha obtenido el recurrente una respuesta por parte del Tribunal Ad-quem. Por lo tanto, esta alegación violenta el principio de no debate de instancia, más aún cuando no refiere en qué parte de la sentencia se da una indebida aplicación de la norma, no confronta el razonamiento del juzgador a raíz de los hechos dados por probados, como es su obligación, menos aún, no determina la trascendencia en la decisión de la causa, es decir, no ha habido una debida fundamentación de este cargo.

22.4) Refiere que ha existido una contravención expresa del artículo 76. 7 letra l) de la Constitución, es porque considera falta de motivación, que no ha existido una prueba de la ajenidad de la cosa con respecto al procesado Diego Loján, que no se ha demostrado la ajenidad, menciona principios generales de la prueba y dice que no se ha logrado vencer la. Al respecto, si bien la falta de motivación, lo ha dicho en reiterada jurisprudencia la Corte Nacional, no es un cargo casacional, sí puede ser analizado por el Tribunal de Casación siempre y cuando se cumplan los parámetros impuestos por la Corte Constitucional principalmente en la sentencia 1158-17-EP/21, en la cual se establece en su parágrafo 100 que cuando se alega falta de motivación es obligación del recurrente establecer con claridad y precisión cuáles son las razones para considerar que una sentencia no está motivada, detallar un vicio motivacional, es decir, si ha habido una apariencia, una insuficiencia o una inexistencia de motivación y sobre todo,

establecer la relevancia de este vicio motivacional en la decisión de la causa, lo cual no ha ocurrido en la presente audiencia, no se ha encasillado un vicio motivacional, no se ha establecido en qué parte de la sentencia está este vicio motivacional, sino todo lo contrario, se limitó a decir que no ha existido prueba de la ajenidad de la cosa, lo cual evidentemente busca que un Tribunal de casación, altere el marco fáctico de los hechos, que se valore prueba sobre si existió o no tipicidad y de esta manera, cayendo directamente en la prohibición del artículo 656 inciso final. Al respecto, también esta alocución vulnera el principio de no debate de instancia, puesto que esto fue analizado por el Tribunal de doble conforme y en la sentencia, en su numeral Séptimo, en el punto 7.3, se establece y se analiza por qué existe un sujeto pasivo, qué es el derecho a la propiedad, cuáles son las dimensiones del derecho a la propiedad y que la víctima en el presente caso, Ricardo Hernán Camacho Zeas, es una víctima indirecta que sufre un perjuicio patrimonial; es decir, se ha demostrado, se ha establecido y se ha analizado este cargo también vertido en sede de doble conforme, que ha sido debidamente dado respuesta por parte del Tribunal Ad-quem. Finalmente, señores Jueces, la sentencia se encuentra motivada, la sentencia de doble conforme que no ha sido mencionada, esta ha dado respuesta a todos y cada uno de los cargos de doble conforme vertidos en la audiencia respectiva.

22.5) Por todo lo expuesto, la Fiscalía General del Estado solicita que se rechace el recurso de casación y se confirme en todas sus partes la sentencia de segunda instancia.

4.3.- Intervención de la víctima.

23) El doctor Germán Jordán Naranjo, Defensor Público, en representación de la víctima Ricardo Camacho Zeas, expresa lo siguiente:

23.1) En primer lugar, nos habla de indebida aplicación de la ley; cuando hablamos en doctrina de indebida aplicación, hablamos de un error de pertinencia, es decir, cuando el juzgador, de los hechos fácticos ha elegido una norma y debió haber aplicado o elegido otra; para que exista una proposición jurídica completa, debe indicar cuál es la norma que se eligió mal y cuál es la norma que se debió aplicar; nos ha indicado el 652.9, esta dice

que eligió mal el juzgador, pero no nos dice cuál es la norma que se debió aplicar, es decir, no se ha cumplido con el principio de taxatividad, la proposición jurídica completa en un cargo de indebida aplicación.

23.2) El error de la sentencia, nos habla de fundamentación y nos habla del recurso de apelación, es decir, esto se vuelve en una prohibición que tenemos, es en un debate de instancia, estamos hablando de cosas o hechos que ya fueron tratados y que ya fueron resueltos tanto en la sentencia de apelación, como la sentencia del doble conforme. No nos ha indicado dónde está el error en la sentencia y no nos ha hecho una debida fundamentación; ¿qué es una debida fundamentación?, es el contrarrestar de por qué tengo la razón o por qué existe un error de derecho y por qué se equivocó el juzgador; no nos ha hablado del principio de trascendencia, no nos ha explicado cuál es el principio de trascendencia o cuál es el error de esta sentencia que ha causado o influido en la decisión de la causa.

23.3) En el segundo alegato, habla de una contravención expresa por falta de fundamentación; la Corte Constitucional ha hablado que ya no existe la lógica, la razonabilidad y la comprensibilidad como factores para que una sentencia esté debidamente fundamentada; nos habla la sentencia 1158, ya solamente de dos parámetros, fundamentación jurídica suficiente y fundamentación fáctica suficiente; y, en los vicios de motivación tenemos: inexistencia, insuficiencia y apariencia. Pero no ha indicado de cuál de estos vicios se encuentra en esta sentencia, simplemente nos ha remitido a hablar de prueba, hecho que está totalmente vetado en sede casacional, nos dice de la prueba, cuándo es presentada oportunamente, cuándo es evacuada y cuándo es valorada, pero no habla de cuál es el vicio de falta de motivación en esta sentencia, no dice si es insuficiencia, inexistencia o apariencia; y, hablar de apariencia tenemos: incoherencia, inatinencia, incongruencia y de incomprendibilidad; no ha hablado de ninguno de estos vicios, por lo cual no ha habido ninguna falta de fundamentación.

23.4) Con respecto a la ajenidad, simplemente el hecho de que no haya justificado que es de su propiedad, ya se determina que es un bien inmueble ajeno, es decir, si justifico que me pertenece, es un bien inmueble mío, pero



si no puedo justificar que es de mi pertenencia entonces ya se ha justificado la ajenidad.

23.5) Solicita que se deseche el recurso de casación por no haber sido debidamente interpuesto.

4.4.- Intervención del procesado no recurrente.

24) El doctor Diego Jaya, Defensor Público, en representación del procesado no recurrente Franklin Revelo Rosero, manifiesta:

24.1) No hemos escuchado que se intente afectar sus derechos constitucionales ni derechos humanos, como tampoco se ha pretendido cambiar su situación jurídica. Por lo tanto, no tengo nada que contradecir ni alegar dentro de esta audiencia a favor de mi defendido.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

25) Ante la fundamentación efectuada por el casacionista Diego Leonardo Loján Rosero, se extraen los siguientes planteamientos:

25.1) Determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el error de derecho de indebida aplicación de la ley, bajo el argumento de que se debía aplicar el artículo 652 numeral 9 del COIP, pero el juzgador aplicó el artículo 654 numeral 1 ibídem.

25.2) Establecer si en la sentencia impugnada se ha producido la contravención expresa del texto de la ley por falta de motivación, respecto al artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.

25.3) Pretensión: Solicita se acepte el recurso de casación y se revoque la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia.

SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

6.1.- Sobre el Derecho a Recurrir.

26) La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76 establece la institución del debido proceso, con una serie de garantías básicas que lo conforman, dentro de las cuales encontramos el derecho a la defensa, que a su vez contempla también varias garantías, entre ellas la prevista en el literal m) del numeral 7, de “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

27) El derecho a recurrir se encuentra garantizado en el ámbito convencional, en especial en la

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 8.2.h, que establece el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, así como 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 a lo prescrito por la ley (...)”.

28) Dentro de nuestra normativa, el Código Orgánico Integral Penal, establece esta garantía en su artículo 5 numeral 6, como un principio procesal, previendo: “6. **Impugnación procesal:** toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código”.

29) En el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

29.1) “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”¹².

29.2) “(...) 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

¹² 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.

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 (...)”¹³.

30) En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, dice:

30.1) *“La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”*¹⁴.

6.2.- Sobre el recurso de casación:

31) La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario y técnico; no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos materia de juzgamiento, sino que implica un análisis in iure o de derecho de la sentencia de segunda instancia, y al haberse introducido en nuestra normativa el recurso especial de doble conforme, cuando en apelación se emita la primera sentencia de condena, un análisis in iure o de derecho de la sentencia emitida con ocasión de este medio impugnatorio, para determinar si en ese fallo existen posibles violaciones a la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la ley, o

por haberla interpretado erróneamente, conforme así lo prevé el artículo 656 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, y es respecto a estos errores de derecho o denominados *in iudicando*, que debe versar la fundamentación de la impugnación, así como el pronunciamiento del Tribunal de Casación, recordando además, que en sede casacional, por imperativo legal, se encuentra prohibido revisar hechos o volver a valorar la prueba, lo cual es inadmisibles conforme el inciso segundo de la norma últimamente señalada.

32) El recurso de casación constituye una de las expresiones del ejercicio del derecho a la impugnación, y forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal penal proporciona a los sujetos procesales para defender el imperio del derecho en las decisiones judiciales; constituye un instrumento protector de los derechos y garantías fundamentales de las partes en el ámbito penal. En nuestro país rige el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que el recurso de casación cumple la función de control de la aplicación de la ley por parte de los tribunales de instancia y la unificación de criterios jurisprudenciales, así como 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.

33) La Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación en los siguientes términos:

33.1) *“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*

¹³ Corte Constitucional, Sentencia N° 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014, caso N° 2230-11-EP.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de Enero de 2014, párr. 85.

que ya fueron resueltos por jueces inferiores. (...) al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (...)”¹⁵.

33.2) “El recurso de casación está establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un recurso extraordinario, en el sentido de que procede en determinados casos y que por tanto, su interposición debe ser efectuada bajo los parámetros de la rigidez legal, esto es, sujeta a la normativa que lo regula a fin de que el mismo no sea desnaturalizado ni equiparado con una tercera instancia”¹⁶.

34) Procede el recurso de casación, de conformidad con el artículo 656 del COIP, con el que se ha sustanciado la presente causa, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación de la misma, o por su errónea interpretación. Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia, ya porque la desconoce, o conociéndola no la aplica; tiene lugar la indebida aplicación 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, aplicando la norma que corresponde, no acierta con el sentido genuino que tiene la misma, es decir, refleja un error de intelección.

35) Por lo tanto, la casación es un medio extraordinario de impugnación, por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel, o de do-

ble conforme según el caso, que la perjudica, exigiendo la correcta aplicación de la norma jurídica.

36) Uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, tal como lo afirma Orlando Rodríguez, “La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas”¹⁷, concordante con el criterio del profesor Gilberto Martínez Rave, quien 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”¹⁸.

37) Así también, junto al principio antes señalado, el recurso de casación se rige por los principios de autonomía, que guarda relación con la norma sustancial que se acusa violada bajo el cargo casacional seleccionado y la respectiva demostración de que sin el error otra habría sido la resolución, y de trascendencia, por el cual se debe demostrar la influencia del yerro sobre la resolución y la afectación al recurrente.

38) Además, en cuanto a la temporalidad, encontramos que se puede proponer el recurso de casación, conforme el artículo 657 numeral 1, en concordancia con los artículos 652 numeral 1 y 573 ibídem, “Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia”, y cuando en apelación se dicte primera sentencia de condena, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución N° 04-2022 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, “Si no se presenta el recurso especial dentro del término legal establecido [tres días de notificada la sentencia de apelación, conforme artículo 5 numeral 1], fenecido éste, se abre el término legal para presentar el recurso de casación; caso contrario, el término para interponerlo se contará a partir de la notificación con la resolución del recurso especial”.

6.3.- De la fundamentación del recurso planteado.

6.3.1.- Parámetros de la debida fundamentación.

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero de 2013, Caso N° 1647-11-EP.

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 310-15-SEP-CC, de 23 de septiembre de 2015, Caso N° 1630-14-EP.

¹⁷ Orlando Rodríguez Chocontá, Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

¹⁸ Gilberto Martínez Rave, Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.

39) En materia de fundamentación del recurso de casación, los Tribunales de la hoy Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus diferentes fallos, han definido parámetros a los que se deben someter quienes recurren, al momento de fundamentar sus impugnaciones; así tenemos: **a)** la obligación de precisar la **sentencia** de la cual se recurre; **b)** determinar en virtud del principio de **taxatividad**, el error *in iudicando* o causal específica que se alega, conforme el artículo 656 del COIP en concordancia con el principio de legalidad de los recursos en materia penal, establecido en el artículo 652 numeral 1 *ibídem*¹⁹, precisando que en atención al principio de **autonomía** y por las características propias de cada causal, que diferencia la una de las otras, no es factible plantear más de un error *in iure* por cada norma jurídica que se acusa violada; **c)** en atención al principio de autonomía antes referido, el recurrente debe fundamentar cada uno de los cargos de forma autónoma, con la determinación precisa de la norma vulnerada, el señalamiento concreto de la parte de la sentencia en la que se encuentra el yerro, así como la confrontación de lo resuelto, con lo que se considera debió haberse decidido, demostrando que en razón del yerro, la resolución es diferente; **d)** así también quien recurre debe demostrar que el error jurídico, le ha causado un perjuicio, y ha influido sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, lo que constituye el principio de **trascendencia**.

40) La falta de explicación de la materia del recurso conforme a las causales indicadas, así como sustentarla en pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, o de valoración probatoria, los cuales encontrándose expresamente prohibidos en sede de casación en el artículo 656 inciso segundo del COIP, tienen una vía de impugnación distinta, esto es la apelación -segunda instancia-, y doble conforme cuando en apelación se haya dictado primera sentencia de condena, que inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, conduce a que la impugnación sea declarada improcedente por no cumplir con la **debida fundamentación**, que es otro principio

propio de la casación; en este contexto, la Corte Constitucional ha señalado:

40.1) “(...) la judicatura competente para el conocimiento y resolución de un recurso extraordinario de casación deberá realizar su análisis y adoptar su decisión en atención a las alegaciones realizadas por el recurrente a la luz del contenido de la decisión objeto de impugnación, así también deberán tener presente que no se encuentran facultadas para valorar nuevamente pruebas así como tampoco analizar el contenido de informes periciales o asuntos que habrían sido discutidos en instancias anteriores”²⁰.

40.2) “(...), 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, más no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores”²¹.

41) Cabe indicar que, el cumplimiento de los parámetros antes citados por parte del recurrente, da como resultado que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar la sentencia, y de ser así, se habrá cumplido otro principio de la casación que es el de la **debida demostración**, recordando además que es obligación del recurrente, ajustarse a los principios analizados, para que sus alegaciones no incurran en el principio de **no debate de instancia**, que torna el recurso en improcedente..

6.3.2.- Análisis de la fundamentación del recurso.

42) Corresponde al Tribunal de Casación, analizar la fundamentación del recurso, a fin de observar si se han cumplido con los parámetros antes señalados, para lo cual cabe la interrogante: **¿Se ha fundamentado debidamente el recurso de casación interpuesto?**, ante lo cual procede el siguiente estudio:

6.3.2.1.- Sentencia impugnada.

43) Conforme se señaló anteriormente, dentro de los parámetros para la fundamentación de un

¹⁹ “Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código”.

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 076-16-SEP-CC, de 09 de marzo de 2016, Caso N° 1956-13-EP.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero de 2013, Caso N° 1647-11-EP.

recurso de casación, se ha establecido la obligación de la individualización de la sentencia impugnada mediante dicho recurso, que para el caso, al haberse interpuesto Recurso Especial de Doble Conforme²², de la sentencia de apelación dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, es únicamente la sentencia de 25 de octubre de 2022, las 10h05, dictada por el Tribunal Especial de Doble Conforme de esta Corte Nacional de Justicia.

44) Revisada la fundamentación efectuada por el señor Diego Loján Rosero, se determina que sus cuestionamientos van en contra de la sentencia de apelación, y no de la sentencia de doble conforme,²² a pesar de que de esa sentencia ya habían recurrido mediante el recurso especial presentado con fecha 25 de abril de 2022, las 12h09; impugnación que fue debidamente resuelta el 25 de octubre de 2022, las 10h05, sin que sea factible el planteamiento de varios recursos en la parte ordinaria, respecto de una misma sentencia.

45) Es necesario recordar que la Resolución N° 04-2022, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, establece que al existir una primera sentencia de condena en apelación y hallándose pendiente de resolución un recurso de casación, de interponerse el recurso de doble conforme como en el presente caso, el trámite del de casación se suspende hasta que se resuelva el recurso especial; si bien, dictada la sentencia de doble conforme, el encartado no ha propuesto recurso de casación de la misma, la impugnación extraordinaria se encontraba suspendida, y si originalmente se la propuso en contra de la sentencia de apelación, la fundamentación oral del recurso debía realizarse obligatoriamente de la sentencia de doble conforme, pues respecto a la sentencia de Corte Provincial ya ejerció el procesado el derecho de impugnación, siendo la última sentencia de condena, que confirma la sentencia de apelación y a su vez cumple con el principio de doble conforme, la dictada por el Tribunal de Conjuces de esta Corte Nacional de Justicia, recordando que el de casación es un recurso técnico en que se prohíbe expresamente revisar determinaciones de hecho o valoración probatoria, y únicamente se ciñe a establecer si la sentencia que ha cumplido la institución del doble conforme, contiene errores de

derecho. De lo expuesto se establece, que el recurrente no ha dado cumplimiento a la obligación de especificar la sentencia de la cual recurre.

6.3.2.2.- Primer Cargo.

46) Plantea el casacionista el yerro de indebida aplicación de la ley. Al respecto, diremos que la indebida aplicación, es una de las formas de la violación a la ley, prevista en el artículo 656 del COIP como susceptible de recurso de casación, y es un yerro de selección, subsunción o pertinencia, que se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando a su vez de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto pues aplica la que no lo regula, lo cual acarrea a su vez la inaplicación de la norma sustancial que corresponde al hecho juzgado.

47) Jorge Zavala Baquerizo citando a Chiovenda, respecto a la causal de indebida aplicación, que guarda similitud con la “falsa aplicación” como es denominada en otras legislaciones, e inclusive era conocida en legislación anterior nuestra, anota que esta “es una forma de violación de la ley que se da ordinariamente cuando, aun entendiendo rectamente una norma en sí misma, se hace aplicación de ella a un hecho no regulado por ella o se aplica de una manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley”²³. En el mismo sentido, Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en Materia Penal, señala:

47.1) “Por aplicación indebida, se yerra en la selección de la norma. Es presupuesto fundamental el recto entendimiento abstracto de la norma escogida. El error se manifiesta en la falsa adecuación típica, pues los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los hechos condicionantes del precepto y, sin embargo, sus consecuencias jurídicas se atribuyen indebidamente al caso concreto. Consiste ‘en que el juez yerra al establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotizado por la norma (hecho específico legal. Este es, propiamente, el vicio que el artículo (...), llama ‘falsa aplicación de la ley’ al hecho que, con terminología alemana, se acostumbra a designar modernamente también como error

²² Ver nota 8.

²³ Jorge Zavala Baquerizo, El Proceso Penal, Edino, Guayaquil – Ecuador, 1996, Tomo V, p. 132.

*de subsunción del caso particular bajo la norma: por eso los efectos jurídicos, establecidos en abstracto por una norma, en la hipótesis de que se verifique un cierto hecho específico, son atribuidos por el juez a un caso particular concreto diverso del previsto por la norma.’ (...)*²⁴.

48) Por su parte Orlando Rodríguez, sobre este error de derecho señala:

48.1) *“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. Es el caso de condenar por un delito agravado, cuando en verdad la condena deber ser un tipo penal simple; o, al contrario, se condena por un delito simple cuando se debió hacer por un delito agravado”*²⁵.

49) De lo expuesto, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y, 2. Que producto de ello, la disposición sustancial que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal. En este contexto se ha referido la Corte Nacional de Justicia señalando:

49.1) *“(...) estriba en 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; ahora bien, para evidenciar este error es menester hacer una contraposición de los dos elementos referidos; y, 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, caso contrario no”*²⁶.

50) De lo analizado podemos decir que existe el error in iure de indebida aplicación de la ley, cuando para resolver el caso, el juzgador ha aplicado una norma jurídica sustancial, sin tomar en consideración que los hechos que estima debidamente probados en juicio, no se corresponden con el supuesto fáctico previsto en la disposición legal; y, en caso de haberse producido este yerro, resulta fundamental determinar cuál era la norma correcta que debía

haberse aplicado, con lo que se ha realizado la proposición jurídica completa.

51) Ahora, planteado el error in iure de indebida aplicación, el encausado señala que en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación se preguntó a Fiscalía si ha presentado recurso, señalando que no, ante lo cual debía aplicarse el artículo 652.9 del COIP (desistimiento del recurso), pero lo que aplicó el tribunal ad-quem, fue el artículo 654.1 ibídem (*“Se interpondrá ante la o el juzgador o tribunal dentro de los tres días de notificado el auto o sentencia”*); que en el sistema acusatorio adversarial el derecho punitivo del Estado radica en la Fiscalía General del Estado, y al no haber presentado recurso como la representante lo manifestó, lo que debió haberse hecho es ratificar lo resuelto por el juez a-quo respecto a la presunción de inocencia, pero el ad-quem realizó la audiencia y le dio la palabra a la acusación particular para que fundamente su recurso, y luego, se dio la palabra a Fiscalía General del Estado para que fundamente su recurso de apelación porque le indicaron que sí había recurrido respecto al señor Diego Loján, quien tuvo una audiencia de juicio posterior a la del otro procesado señor Franklin Revelo, y la conclusión fue, para Franklin Revelo, sentencia de condena, y para Diego Loján, ratificatoria de inocencia por cuanto no se pudo vencer la tipicidad.

52) En el contexto de lo indicado anteriormente, el planteamiento respecto a la sentencia que se impugna es incorrecto, pues en el presente caso, la única sentencia sobre la cual podía fundamentar el recurso de casación, es la emitida por el Tribunal Especial de Doble Conforme, ya que la dictada en apelación, ya fue impugnada y resueltos sus cuestionamientos; más, de manera equivocada, el procesado Diego Loján Rosero, encamina sus alegaciones, exclusivamente en contra de la sentencia de apelación, y no en contra de la sentencia de doble conforme, por lo que no es factible para este Tribunal de Casación, realizar el análisis de dicho fallo.

53) Ahora, en el plano técnico del recurso de casación, en cuanto a los principios que rigen el mismo, se observa que en el cargo que se analiza, el

²⁴ Walter Guerrero Vivanco, El Proceso Penal, Pudeleco Editores S.A., Quito – Ecuador, 2004, Tomo IV, p. 294.

²⁵ Orlando Rodríguez Chocontá, Op. Cit., p. 19., p. 239.

²⁶ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de 27 de diciembre de 2019, dentro del caso N° 18282-2016-02775.

acusado acertadamente ha seleccionado una causal de casación de las previstas en la ley, cual es la de indebida aplicación, cumpliendo así con el principio de taxatividad; sin embargo, no ocurre lo mismo con los principios de autonomía y trascendencia, empezando con la falta de determinación de la norma que se estima vulnerada, es decir de la norma que se aplicó indebidamente y la norma que erróneamente se dejó de aplicar.

54) Por el contrario, cuestionando hechos que se han dado en la audiencia de apelación, señala que no se ha aplicado por parte del ad-quem, el artículo 652 numeral 9 del COIP, planteamiento que resulta contrario a lo que constituye el error in iudicando propuesto, pues lo que se debía cuestionar es la aplicación de la norma, y se termina acusando la no aplicación

55) Además, erradamente se señala que el tribunal provincial ha aplicado el artículo 654.1 del COIP, que no guarda relación con el hecho cuestionado, pues dicha norma se refiere a la interposición del recurso y lo que se cuestiona tiene que ver con la fundamentación del mismo; por el contrario, dicho órgano juzgador, empieza su sentencia mencionando que procede a emitir su sentencia de conformidad con el artículo 654.4 ibídem, y en todo caso, respecto a la fundamentación del recurso de apelación por parte de Fiscalía General del Estado, lo que se habría aplicado es el artículo 654.5 ejusdem, que prevé que *“La o el recurrente intervendrá primero y luego la contraparte. Hay lugar a la réplica y contrarréplica”*, sin que la normativa determine un orden específico en que, en apelación, los recurrentes deban fundamentar sus impugnaciones, como sí sucede en la audiencia de juicio, lo cual tiene su razón de ser, ya que en la misma, para que proceda el juicio debe existir una acusación fiscal, pero en tratándose de la impugnación, lo que se debe respetar es que ante la fundamentación de un recurso, se permita la respectiva contradicción y réplica como establece la norma indicada.

56) Adicionalmente, ha señalado el recurrente que al no haberse presentado recurso de apelación por parte de Fiscalía como la delegada de dicha institución lo dijo, lo que correspondía era ratificar lo resuelto por el Juez a-quo, esto es la ratificación de la inocencia del procesado; sin embargo, dentro de la audiencia de casación se ha revisado el expediente por parte de Secretaría, y se ha determinado que Fiscalía sí interpuso recurso de apelación de la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial, respecto al acusado Diego Leo-

nardo Loján Rosero, por lo que lo manifestado por su defensa técnica no procede.

57) De la alegación efectuada por el acusado, se determina que a más de no haber especificado las normas que se acusan violadas, ni haber realizado la proposición jurídica completa que exige la causal de indebida aplicación, no ha efectuado una argumentación jurídica acorde que dote de sustento a su recurso, pues incumpliendo el principio de autonomía, no ha especificado la parte de la sentencia en la cual se encontraría el error, ni ha efectuado la contrastación entre lo resuelto y lo que considera debía haberse resuelto, para de esta manera demostrar el error de derecho que acusa, ni ha observado el principio de trascendencia, al no haber explicado cómo el error ha incidido en la parte dispositiva del fallo, ni la afectación o perjuicio que le ha producido.

6.3.2.3.- Segundo Cargo.

58) En calidad de segundo cargo casacional, el impugnante plantea la contravención expresa de la ley, por considerar que la sentencia se encuentra inmotivada. Al respecto, es menester señalar que si bien, la contravención expresa de la ley, es uno de los errores in iudicando que prevé el artículo 656 inciso primero del COIP y que es susceptible de casación, que a breves rasgos diremos que es un error de omisión, que de acuerdo a la técnica casacional, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, deja de aplicar la norma que regula el supuesto fáctico que ha sido debidamente probado en juicio, sin embargo esta Sala en varios de sus fallos, ha señalado que al tratarse del cuestionamiento de la motivación, que conforme el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, entre otros, en caso de inobservancia produce la nulidad de la sentencia o resolución, lo que no constituye una resolución de fondo a la que sí nos conduce el recurso de casación, no requiere encontrarse enlazada con una causal de error in iure de los previstos en la normativa aplicable, pues no constituye propiamente un cargo casacional.

59) Más bien, en esta clase de planteamientos, lo que corresponde es la utilización de los denominados estándares de la motivación, provenientes de los diferentes ámbitos del derecho, tales como el constitucional [Art. 76.7.l) de la Constitución de la República²⁷], el convencional, el legal, el jurisprudencial sea nacional o supranacional, y el doctrinario. En este contexto, dentro del tema de motivación se considera de fundamental importancia los pronunciamientos jurisprudenciales de

la Corte Constitucional del Ecuador, y entre ellos, uno de reciente data que realiza un análisis amplio del tema y recoge varios de los requerimientos de motivación establecidos en los ámbitos del derecho antes indicados, cual es el contenido en la sentencia N° 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, que por una parte establece como criterio rector que la motivación debe ser suficiente, contando con una estructura mínimamente completa integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, y por otra, que para determinar dicha suficiencia se establecen tipos básicos de deficiencia motivacional a ser observados, que son tres, la Inexistencia, la Insuficiencia, y la Apariencia, pudiendo esta última estar afectada por vicios motivacionales de Incoherencia, Inatinencia, Incongruencia, e Incomprensibilidad, señalando concretamente la sentencia referida, lo siguiente:

59.1) “Todo cargo de vulneración de la garantía de motivación es un argumento sobre la inobservancia del ya mencionado criterio rector; es decir, expresa las razones por las que una argumentación jurídica no consigue tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de deficiencia motivacional. (...) Hay tres tipos básicos de deficiencia motivacional: (1) la inexistencia; (2) la insuficiencia; y (3) la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguno de estos tipos básicos.

(1) Inexistencia (...) Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. (...)

(2) Insuficiencia (...) Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple

el correspondiente estándar de suficiencia. **(3) Apariencia** (...) Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia de esta Corte, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: **(3.1) incoherencia;** **(3.2) inatinencia;** **(3.3) incongruencia;** e, **(3.4) incomprensibilidad.** (...) **(3.1) Incoherencia** (...) Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen —sus premisas y conclusiones— (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida. (...) **(3.2) Inatinencia** (...) Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no ‘tienen que ver’ con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez ‘equivoca el punto’ de la controversia judicial. (...) **(3.3) Incongruencia** (...) Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico —ley o la jurisprudencia— impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones —véanse, párrs. 104ss.—, generalmente, con

²⁷ **Constitución de la República del Ecuador. “Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). (...) (3.4) Incomprensibilidad (...) Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o —cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)— para un ciudadano o ciudadana”.

60) Alega el recurrente que el tribunal ad-quem, al momento de resolver indica que la prueba de la ajénidad de la cosa ha sido probada tanto para el señor Franklin Revelo como para el señor Diego Loján, pero no es cierto, puesto que en la audiencia de juicio del primero sí se practicó la prueba para justificar la ajénidad, pero respecto al casacionista no, realizándose su audiencia en otro momento, en que se practicaron varias pruebas pero ninguna respecto a la ajénidad; la Sala Provincial al unir los dos procesos dice que se debe tomar en cuenta la prueba, para los dos procesados, sin que el recurrente haya podido contradecir la misma, y que bajo esta premisa falsa se genera una conclusión errónea; que en el expediente consta una promesa de compraventa, y bajo la teoría de la prueba, para que esta tenga validez debe haber el anuncio, la admisibilidad, la práctica y la valoración, lo cual se realizó respecto a Franklin Revelo y no en cuanto a Diego Loján, lo cual es una contravención expresa del texto de la norma, por lo que a pesar de haber sido anunciada esa prueba, no se practicó y no podía ser valorada; que este actuar es ilógico, carece de comprensibilidad y no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional sobre motivación; que al no haberse cumplido con los elementos constitutivos del tipo, no se vence la tipicidad.

61) Sobre lo alegado, hay que insistir, que los cuestionamientos se efectúan en contra de la actuación del tribunal ad-quem, cuya sentencia no corresponde analizar a este Tribunal de Casación, sin que se haga referencia alguna a la sentencia de Doble Conforme, que es la que le correspondía cuestionar; así también, en varios pasajes de sus planteamientos habla de una contravención expresa del texto de la ley, sin concretar la norma que acusa violada, es decir la norma que estima no se aplicó al caso, así como tampoco la parte de la sentencia en la que se encuentra el yerro, ni la confrontación entre lo resuelto y lo que debía resolverse, y mu-

cho menos la trascendencia del error en cuanto a su afectación, por lo que la contravención expresa alegada, carece de sustento como cargo casacional.

62) Ahora, en materia de motivación, que el procesado alega, la referida sentencia de la Corte Constitucional N° 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, señala en su párrafo 100, que si bien no resulta indispensable identificar uno de los tipos de deficiencia o de vicio motivacionales establecidos, lo que sí se requiere es que el recurrente formule con aceptable claridad y precisión, las razones por las cuales considera que se habría producido esta vulneración a la garantía de la motivación, suprimiendo por tanto de la alegación, las afirmaciones genéricas de que la sentencia no se encuentra motivada, correspondiendo por tanto especificar en qué consiste el defecto de la motivación que se acusa, es decir, señalar de forma técnica por qué la sentencia adolece de falta de motivación, situación que no ocurre en el presente caso, pues a más de que no ha se ha referido a la sentencia que corresponde, simplemente se efectúa alegaciones respecto a temas de valoración probatoria, en especial sobre la ajénidad, que acusa de no haber sido probado, encaminando a que el Tribunal, bajo un falso alegato de falta de motivación, revise los hechos del caso concreto y realice una valoración probatoria, que no corresponde en esta sede por prohibición legal, existiendo los recursos que permiten esas actividades, incluido el Especial de Doble Conforme que ha hecho uso el procesado y por lo tanto se ha cumplido con la doble conformidad de la sentencia de condena que propugna el derecho convencional.

63) Además, revisada la sentencia dictada por los Conjueces Nacionales de la Sala, que conforman el Tribunal de Doble Conforme, se observa que las mismas alegaciones planteadas en sede casacional, se formularon ante dicho Tribunal especial, y recibieron las debidas contestaciones, ahí sí, con revisión de hechos y valoración probatoria, por lo que al trasladar las mismas alegaciones, sin cumplir con el tecnicismo de casación, se han convertido en alegaciones de instancia, vulnerando el principio de no debate de instancia; debiendo dejar sentado que, la sentencia del Tribunal Especial, que como corresponde ha sido revisada por el Tribunal de Casación, se encuentra debidamente motivada, cumpliendo los requisitos mínimos de la motivación, y sin incurrir en las deficiencias y vicios motivacionales referidos anteriormente.

64) En consecuencia, respecto a la interrogante planteada inicialmente, sobre si ¿el recurso se ha fundamentado debidamente?, la respuesta es

no, pues respecto a los cargos de legalidad se ha desconocido totalmente la técnica casacional que caracteriza a este medio impugnatorio extraordinario y que ha sido explicado con suficiencia en los puntos anteriores; en cuanto a las alegaciones de falta de motivación no se han observado los parámetros que permiten establecer que una sentencia se encuentra inmotivada y se ha realizado una alegación de instancia, buscando la revisión de hechos y prueba; y, no se ha llegado a establecer siquiera, cuál es la última sentencia de condena que es susceptible de este recurso, que en el caso es la dictada por el Tribunal Especial de Doble Conforme, la cual no ha sido ni mencionada, ni cuestionada por el recurrente; consecuentemente, no se han cumplido los principios que rigen el recurso de casación señalados en su momento, así como tampoco se ha cumplido con el principio de la debida demostración del error in iure.

6.3.3.- ¿Existen errores de derecho que permitan casar de oficio la sentencia?.

65) Dentro de las facultades del Tribunal de Casación, se encuentra la de poder determinar de oficio, errores de derecho en la sentencia impugnada; pero, para ello es necesario contar con una sentencia válida, para ahí sí poder determinar si se ha incurrido en violaciones a la ley; al respecto, la CRE, al igual que otros cuerpos normativos, ha establecido que si la sentencia no se encuentra debidamente motivada se considerará nula, por lo que es necesario determinar en primer lugar, si el fallo se encuentra debidamente motivado.

66) Para ello, conforme se señaló anteriormente, se debe revisar la sentencia, frente a los denominados estándares de la motivación, partiendo del mandato de optimización constante en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la CRE, con especial atención a los parámetros establecidos en la sentencia N° 1158-17-EP/21, referidos en el párrafo 59 que antecede; y, conforme se determinó en el párrafo 63 de la presente sentencia, el fallo dictado por el Tribunal Especial de Doble Conforme, que en el presente caso es el que se analiza en casación, se encuentra debidamente motivado, es decir, es válido.

67) Con esta determinación de validez, y ante la indebida fundamentación del recurso de casación que ha sido establecida, corresponde realizar el

análisis de la sentencia susceptible de casación, de manera oficiosa, conforme lo prevé el artículo 657 numeral 6 del COIP, esto es determinar de oficio si en dicho fallo se ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, recordando que al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, ha dicho que “[...], se puede sostener que el derecho a recurrir por regla general configurará un acto **dispositivo** de las partes procesales (los titulares del derecho de acción y de la excepción u oposición), y, en consecuencia, las partes podrán disponer libremente de aquel, decidiendo si activarlo o no, y en caso de activarlo, si desistir, renunciar o abandonar el mismo. Empero, existen situaciones donde por razones de orden público, por técnica legislativa o para proteger grupos de atención prioritaria, el legislador ha introducido **fórmulas oficiosas y no dispositivas**, como en el caso de la consulta de oficio o de la casación penal oficiosa; [...]”²⁸ (el énfasis nos pertenece), pronunciamiento que es coadyuvado con el voto concurrente del Juez Constitucional Agustín Grijalva Jiménez, que en su párrafo 21 señala:

67.1) “Este examen solo es posible realizarlo, según el procedimiento previsto en el COIP, **luego de escuchada la fundamentación del recurso de casación en audiencia y a los otros sujetos procesales pronunciarse sobre la misma. Es en ese momento donde se produce la rectificación del error de manera oficiosa, al observar el Tribunal que existe una violación de la ley que no fue alegada por el casacionista.** Por lo cual, rechaza el recurso de casación interpuesto, al no encontrar mérito en la fundamentación realizada por el recurrente, sin embargo, de oficio casa la sentencia. De hacerlo antes, implicaría un pronunciamiento anticipado del tribunal de casación respecto a los errores en derecho de la sentencia, contraviniendo además el trámite previsto para sustanciar este recurso” (El énfasis nos pertenece).

68) Para el análisis oficioso de la sentencia impugnada, partimos de las alegaciones realizadas por el recurrente, a fin de determinar si en efecto se habrían producido los errores in iudicando propuestos; sin embargo, las alegaciones realizadas sin tecnicidad alguna por parte del acusado Diego Loján Rosero, que se han confundido con alegaciones de instancia, imposibilita que los planteamientos puedan servir

²⁸ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 8-19-IN y acumulado/21, de 08 de diciembre de 2021, párr. 35.

de base para un análisis de posibles errores de derecho, pues como se ha dejado sentado, empezamos con el problema de que no se cuestiona la sentencia que es objeto del recurso, sino la sentencia del tribunal de apelación, que fue la primera sentencia de condena y sobre la cual este Tribunal de cierre no tiene control y no es materia de su análisis, a más de que no se ha cumplido con los principios de la casación, en especial de autonomía y trascendencia, por lo que no existe una argumentación jurídica acorde que sustente el recurso, y como ya se indicó, lo que se plantea es un debate de instancia, sin que se haya realizado la debida fundamentación y debida demostración del error judicial.

69) Dentro de las alegaciones efectuadas por el acusado, respecto a lo sucedido ante el tribunal de apelación, ha señalado que Fiscalía no ha presentado recurso de apelación; sin embargo, conforme se señaló al analizar el primer cargo propuesto, concretamente en el párrafo 56 supra, por Secretaría se ha sentado razón de que sí se recurrió vía apelación por el referido organismo, de la sentencia emitida el 21 de diciembre de 2018, respecto al procesado recurrente Diego Leonardo Loján Rosero, fundamentando su recurso en la audiencia de apelación, conforme así consta en la sentencia de 14 de octubre de 2021, las 21h41, dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

70) Así también se ha cuestionado que no se ha probado la ajenidad, sin que este Tribunal de Casación pueda determinar por probados ciertos hechos, ni realizar valoración probatoria, actividades que corresponden a los jueces y tribunales de instancia, y que en el caso, ha correspondido al Tribunal Especial de Doble Conforme, que constituye una segunda instancia respecto a la sentencia de apelación que es la primera sentencia de condena; en este contexto, lo que sí puede revisar este órgano extraordinario, es el análisis efectuado en la sentencia susceptible de casación, que como ya se ha indicado, es la emitida por el Tribunal de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 25 de octubre de 2022, las 10h05, a fin de determinar si en ella los juzgadores han vulnerado la ley, incurriendo en algún error de derecho, encontrando que la sentencia analizada, resuelve todos los planteamientos

efectuados ante el Tribunal Especial, que guardan similitud a los que se han efectuado en sede casacional, pero realizando dentro de su competencia, un examen integral de la sentencia recurrida, con vista de todo el proceso, concretando en el considerando Séptimo de su fallo, que da por probados los elementos constitutivos del tipo y que determina que no es necesario que el bien sea de quien en ese momento se encontraba en tenencia o mera tenencia, sino que el bien no era de propiedad de las dos personas que en ese momento han dañado la puerta y tanto así que ordena la reparación integral para el sujeto pasivo de la infracción.

71) El Tribunal de Casación considera necesario realizar ciertas puntualizaciones respecto a la ajenidad; así, tenemos que la misma debe considerarse, no respecto a la víctima, sino al procesado, quien no tiene la propiedad ni la posesión del bien, claro está, que pertenece a otro. La doctrina refiere que el daño afecta a la *“utilidad que le reporta a su dueño, poseedor o mero tenedor”*²⁹, por lo que no reviste obligación jurídica la propiedad, sino la posesión, que es la que se debe probar, ya que la afectación, conforme a lo manifestado, no es exclusiva del propietario del bien, sino de quien lo posea, como sucede en el presente caso.

72) Entonces, resulta fundamental para los delitos que contengan como elemento constitutivo la ajenidad, que el sujeto activo no tenga la posesión del bien; en este orden de ideas, Muñoz Conde señala: *“Por ajenidad de una cosa hay que entender la no pertenencia de esa cosa a un sujeto”*³⁰. Señala Donna que el bien, puede ser total o parcialmente ajeno, y al respecto manifiesta: *“La cosa es totalmente ajena cuando el sujeto activo no tiene derecho alguno sobre ella; es decir que reconoce en un tercero su tenencia, posesión o dominio. Dicho en otras palabras, cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente, y, en cambio, resulta parcialmente ajena cuando el agente tiene algún derecho sobre la cosa, es decir, que resulta condómino o comunero hereditario sobre algún bien”*³¹.

73) Consecuentemente, la alegación efectuada por el recurrente, respecto a que debía probarse la propiedad de la víctima, no es acertada, y lo que debía constar probado es que el bien afectado no le pertenece ni se encuentra en posesión del encausado, lo cual se ha dado por probado por los juzgadores de instancia.

²⁹ Universidad Externado de Colombia, Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Segunda Edición, Bogotá, 2011, p. 821.

³⁰ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 381.

³¹ Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 46.

74) Por lo expuesto, este Tribunal de Casación concluye que no se avizora la existencia de errores in iudicando en la sentencia de Doble Conforme, y por lo tanto, ante la interrogante efectuada, este Tribunal considera que no existen errores de derecho que permitan efectuar una casación de oficio de la sentencia analizada.

SÉPTIMO.- DECISIÓN:

75) Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 657 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad resuelve,

75.1) Declarar improcedente el recurso de Casación interpuesto por el procesado señor DIEGO LEONARDO LOJÁN ROSERO, por indebida fundamentación del medio impugnatorio conforme lo analizado en la

presente sentencia, desechando en consecuencia la impugnación planteada, advirtiéndose además, que la sentencia dictada por el Tribunal Especial de Doble Conforme, ha sido revisada en cuanto a su validez y determinación oficiosa de errores de derecho, concluyendo al respecto, que la referida sentencia se encuentra debidamente motivada, contiene una motivación suficiente tanto fáctica como jurídica y no ha incurrido en deficiencias ni vicios motivacionales, y que en la misma no se observan errores de derecho que permitan casarla de oficio.

75.2) Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

f) AB. MERCEDES CAICEDO ALDAZ.- **JUEZA NACIONAL (E) PONENTE DR. JAVIER DE LA CADENA CORREA CONJUEZ NACIONAL DR. FERNANDO COHN ZURITA CONJUEZ NACIONAL**
Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia, se analiza la fundamentación del recurso de casación planteado, bajo los cargos de indebida aplicación y contravención expresa de la ley, incluido en el segundo cargo un cuestionamiento sobre la debida motivación, estableciéndose que el recurrente no ha efectuado una debida fundamentación de su impugnación, sin acertar siquiera en la sentencia que se impugna, por lo que se declara improcedente el recurso, y una vez revisada la sentencia de Doble Conforme, que es la susceptible de casación, se establece que la misma se encuentra debidamente motivada y que no se han encontrado errores de derecho que lleven a una casación oficiosa conforme la ley faculta a este Tribunal.

II

Juicio Nro. 05254-2020-00820
Fecha: 22 de agosto del 2023, las 10h21

TEMA: Prohibición de revisar los acervos probatorios en sede de casación por expresa disposición legal contenida en el último inciso del artículo 656 del COIP.

SÍNTESIS

Los alegatos del contradictor, al estar condicionados al cuadro fáctico: supuestas inconsistencias en el tiempo y espacio del injusto de violación, así como a referencias respecto de la prueba testimonial y reportes de peritos, evidencian que su pretensión ulterior estuvo dirigida a que este Tribunal de cierre, altere el cuadro fáctico y examine una vez más el acervo probatorio, lo cual se encuentra prohibido en sede de casación por expresa disposición legal contenida en el último inciso del artículo 656 del COIP, que dice: "No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba"; Otro error en la exposición oral del casacionista se aprecia en que, omitiendo los supuestos yerros in iudicando, no contrastó el contenido de las normas consideradas como vulneradas, con el razonamiento del juzgador al momento de aplicarlas, así como tampoco especificó la incidencia que los errores tendrían en la decisión de la causa, ni señaló la parte de la sentencia impugnada donde se encontraría el error, y, en este contexto, resulta inobjetable que incumplió palmariamente con principios que rigen la casación, ampliamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, tales como los de autonomía, trascendencia y debida fundamentación, este último inclusive se encuentra taxativamente previsto en el artículo 657.3 del COIP; que el tribunal de apelación arribó al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad del encausado en el injusto penal acusado, más allá de toda duda razonable, en los términos que demanda el artículo 453 del COIP, por lo que, se concluye que no existe ningún yerro en los juicios de tipicidad y de culpabilidad que fueron construidos por el ad quem, por lo que este reproche casacional tampoco prospera. Finalmente, la Sala por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado recurrente, por falta de fundamento jurídico.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 05254-2020-00820

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruíz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Quito, martes 22 de agosto del 2023, las 10h21.

VISTOS:

El Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, constituida en órgano judicial de

casación e integrada por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Felipe Córdova Ochoa y Byron Guillén Zambrano, Jueces Nacionales, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 05254-2020-00820:

I. ANTECEDENTES:

1. El 18 de noviembre de 2021, las 15:43, el Tribunal de Garantías Penales, con sede en el cantón Latacunga, provincia de Cotopaxi, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Adrián Fernando Carrillo Villagómez, por

considerarle autor directo del delito de violación, tipificado y sancionado en el artículo 171, inciso primero, numeral tercero, del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). En tal virtud, le impuso la pena privativa de libertad de diecinueve años y, a manera de reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, el pago de USD \$ 10.000 a favor de la víctima.

2. Inconforme con el fallo del a quo, el encausado interpuso recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi.

3. El 29 de junio de 2022, las 12:25, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, rechazó el recurso y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

4. Respecto de la sentencia del ad quem, el encartado planteó recurso extraordinario de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.

5. Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, siendo el estado procesal el de reducir la sentencia por escrito, se lo hace en los siguientes términos:

II. COMPETENCIA:

6. 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).

7. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE, 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 0082021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 042021, de 19 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Felipe Córdova Ochoa y Byron Guillén Zambrano, Jueces Nacionales.

III. VALIDEZ PROCESAL:

8. El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 del COIP, en concordancia con el artículo 76.3 de la CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de cierre declara su validez.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN Y RÉPLICA:

4.1. Fundamentación del recurso:

9. El abogado Luis Ernesto Núñez Álvarez, en representación del procesado recurrente Adrián Fernando Carrillo Villagómez, manifestó que:

Es bien claro que no he participado en las anteriores defensas técnicas, pero en base a mi criterio, respetando el criterio de cada uno de ustedes, voy a fundamentar el recurso de casación en base a lo que nos establece el artículo 656 del COIP. Una de las causales por las cuales se ha presentado este recurso es por la indebida aplicación de la ley. En primer punto, debo manifestar que, por parte de fiscalía se ha hecho una indebida aplicación del principio de objetividad que se encuentra plasmado en el artículo 5.21 del COIP, esto es, a la vez que fiscalía no ha recabado los elementos suficientes, tanto de cargo como de descargo, en el cual existe una duda razonable y se ha vulnerado la tutela judicial efectiva, no se ha garantizado el debido respeto a la norma jurídica y a la vez se ha dejado en indefensión a mi defendido.

Esto es que, desde el momento que fiscalía recababa información existe diversidad, en tanto a lo que hace referencia la hoy víctima en tiempo y espacio, al momento de presentar la denuncia, presenta con unas fechas, y al momento de la investigación se va distorsionando y resultan otras fechas, por lo cual los agentes investigadores han realizado observaciones la fiscalía para que realice más investigaciones, lo que no se ha realizado por parte de fiscalía dejándolo en tela de duda toda esta investigación y, en la cual se ha sentenciado a mi patrocinado vulnerando su derecho, una persona inocente privándole de su libertad.

En segundo punto, una indebida aplicación de lo que es el artículo 455 del COIP, esto es, en relación al nexo causal ¿Qué es lo que nos dice el nexo causal y de lo cual tenemos pleno conocimiento todos aquí presentes?, es que los hechos, los elementos recabados por fiscalía debe mantener un vínculo con la infracción penal y con la persona procesada, dentro de este proceso no existe este vínculo, no existe los hechos que se asemejen a lo que es el derecho, no existe los elementos suficientes en el cual esté vinculando en este caso a mi defendido y tampoco está acorde a lo que



nos establece lo que es la infracción, que supuestamente se ha cometido, haciendo un paréntesis como anteriormente los explicaba, hay diversidad y diferentes criterios, tanto de la de la víctima como de las personas que han presentado sus testimonios, incluso los reportes que se han presentado por parte de los peritos en la cual mencionan que la víctima menciona fechas distintas en las cuales supuestamente se ha cometido el presunto delito, es por lo cual, considerando que nos encontramos en un Estado constitucional de derechos y que ustedes tienen el pleno conocimiento del proceso y de las leyes, se evite que una persona injustamente sea condenada.

La pretensión es que se revise minuciosamente el proceso a fin de evitar que una persona inocente como es mi defendido, sea sentenciado injustamente por malas interpretaciones de la ley por parte de fiscalía.

4.2. Contradicción:

4.2.1. Fiscalía General del Estado (FGE):

10. El doctor Alfredo Rodríguez Ramos, en representación de la FGE, sostuvo que:

Para ser concreto, en la contradicción del recurso debo indicar y ser preciso en señalar que no se ha cumplido con ninguno de los principios que rigen a la casación penal, puesto que únicamente se nos ha indicado que existiría indebida aplicación de la ley, cuestionando la actividad de la FGE en la investigación del proceso, y también una indebida aplicación del artículo 455, esto es, del nexo causal, sin embargo, toda la argumentación jurídica en el casi 100% de la exposición, se ha hecho un cuestionamiento precisamente de la actividad de la FGE para sustentar la no verificación del nexo causal, situaciones que son ajenas al tratamiento del análisis de los argumentos en sede de casación, puesto que al no articularse un argumento idóneo que sea confrontativo de cómo ha razonado el juzgador al momento de aplicar el derecho, ha surgido una modalidad de casación, más allá de que tampoco se haría una proposición jurídica completa en cuanto a la indebida aplicación de la del artículo 455, pues únicamente se ha hecho una mención general de todo aquello y finalmente solicitándose como pretensión que se revise el proceso respecto a la interpretación de la ley, como ya lo dije anteriormente, cuestionando la actividad de la fiscalía, lo cual deja en relieve que no exista ningún cargo casacional que

sea atendible por ustedes, tanto más que la sala de apelaciones ya ha abordado estos mismos asuntos inherentes en el numeral 4.1, cuando ha establecido cuáles fueron los aspectos de apelación que justamente eran la falta del nexo causal, falta de objetividad de la fiscalía, duda razonable y motivación y la sala ha sido enfática cuando a partir del considerando séptimo, analiza la normativa aplicable a los antecedentes de hecho y subsume la conducta del procesado al tipo penal merced del andamiaje probatorio.

Por esta razón, la fiscalía considera que debe declararse improcedente el recurso, como ya lo dije, por no cumplir la técnica casacional.

4.2.2. Víctima:

11. La abogada Eva Vizuite, defensora pública, en representación de la víctima L. M. M., dijo que:

Indicándole que el abogado del recurrente en este caso no tiene las normas que se rige el recurso de casación, esto es, en cuestión de la taxatividad, la trascendencia y la autonomía, indicándole que no se cumple con los que rige el artículo 656, en este caso, acogéndome a lo manifestado por fiscalía, que al indicar el abogado del recurrente que no haya objetividad, es una negligencia por parte del abogado recurrente, ya que hay los elementos suficientes, si bien es cierto aquí no se justifica y no se valora la prueba, la objetividad está más que clara en ese sentido y como así ha hecho mención la falta de interpretación de la ley exactamente con el artículo 455 del COIP, hay elementos suficientes para que el señor Carrillo Villagómez Adrián Fernando cumpla su sentencia con las normas específicas en este recurso de casación. Por lo tanto, que sea rechazado este recurso.

4.3. Réplica:

12. La defensa técnica del encausado señaló que: Si bien es cierto mencionan que existe los elementos probatorios necesarios y que existe un nexo causal, si bien es cierto no es el momento probatorio, pero si podemos hacer reflexión que solo con el simple hecho de una declaración, se puede sentenciar, pero cuando sea clara y precisa en estas consideraciones no fue clara ni precisa y no reúne los elementos suficientes para que exista el nexo causal entre las circunstancias, el agravante y mi defendido, entonces existe mucha tela de duda, dentro del proceso por lo cual se solicita que se revise el proceso y se acepte nuestra casación.

V. PROBLEMA JURÍDICO:

13. Determinar si la sentencia impugnada ha violado la ley, por indebida aplicación de los artículos 5.21 (principio de objetividad) y 455 (nexo causal) del COIP.

VI. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

6.1. Sobre el recurso de casación:

14. La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se construye 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.

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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

6.2. Sobre el caso en concreto:

20. El procesado recurrente Adrián Fernando Carrillo Villagómez, a través de su defensa técnica, al fundamentar el recurso —con un argumento dirigido a revisar hechos y revalorizar prueba, a manera de censuras casacionales, planteó las siguientes hipótesis:

20.1. Indebida aplicación del artículo 5.21 (principio de objetividad) arguyendo que fiscalía no realizó una investigación correcta, al no haber recabado los elementos de cargo y de descargo correspondientes y que ello habría conculcado vulneración de varios principios y derechos, como la tutela judicial efectiva, debido proceso y derecho a la defensa; e,

20.2. Indebida aplicación del artículo 455 del COIP (nexo causal), bajo el criterio relativo a que no existiría vínculo entre los hechos y el

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 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."

derecho, toda vez que no habrían concurrido los elementos suficientes para vincular al procesado con la infracción cometida, sobre todo por supuestas contradicciones entre los informes periciales y testimonios, aduciendo que la víctima refiere fechas distintas a la que se habría suscitado los hechos y, finalmente solicita que se revise el proceso a fin de evitar que un inocente sea sentenciado injustamente.

21. Fijados los límites casacionales que impuso el objetante, este Tribunal de cierre advierte que la fundamentación de ambos cargos casacionales, estuvo plagada de una serie de inconsistencias de orden técnico y jurídico, debido a que se han observado parámetros básicos para que la casación de carácter técnica y extraordinaria, de control de la legalidad y del error judicial, conforme lo prescribe el artículo 10 del COFJ, sea declarada procedente, por varios aspectos sustanciales, que a continuación se detallan:

21.1. Los alegatos del contradictor, al estar condicionados al cuadro fáctico: supuestas inconsistencias en el tiempo y espacio del injusto de violación, así como a referencias respecto de la prueba testimonial y reportes de peritos (mencionan fechas distintas en las que habría acaecido el hecho punible), evidenciaron que su pretensión ulterior estuvo dirigida a que este Tribunal de cierre altere el cuadro fáctico y examine una vez más el acervo probatorio, que ha sido valorado por los juzgadores de instancia, en uso de sus facultades, lo cual, se encuentra prohibido en sede de casación, por expresa disposición legal contenida en el último inciso del artículo 656 del COIP, que dice: “No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”;

21.2. Otras de las paradojas divisadas en la exposición oral del casacionista, estriba en que, omitiendo los supuestos yerros in iudicando, no contrastó el contenido de las normas consideradas como vulneradas, con el razonamiento del juzgador al momento de aplicarlas, así como tampoco especificó la incidencia que los errores tendrían en la decisión de la causa, ni señaló parte de la sentencia impugnada donde se encontraría el error, y, en este contexto, resulta inobjetable que incumplió palmariamente con principios que rigen la casación, ampliamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, tales como los de autonomía, trascendencia y debida fundamentación, este

último inclusive se encuentra taxativamente previsto en el artículo 657.3 del COIP;

21.3. Acerca de la causal de indebida aplicación –que fue apenas invocada por el recurrente, se estima pertinente acotar que tal modalidad, tiene relación con el yerro que comete el juzgador de alzada al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo. De esta manera, para que prospere dicha causal, como imputación casacional, por un lado, es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: norma jurídica incorrecta y normas correctas, y por otro lado, se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en el caso concreto, esto es que se demuestre que el hecho dado por probado no se ajusta a la norma aplicada, sino a aquellas dejadas de considerar, lo cual, no ha sido observado por el censor, pues ni siquiera postuló proposición jurídica alguna.

21.4. Asimismo, al haber vertido el recurrente las mismas alegaciones tanto en sede de alzada, como ante este Tribunal de cierre (inexistencia del nexo causal, falta de objetividad y duda razonable), se tiene que también pasó por alto, otra de las reglas de la casación: la prohibición de no debate de instancia, todo lo cual, se puede verificar a en los considerando “CUARTO” y “SÉPTIMO: ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN” de la sentencia, materia de casación, en las partes que a continuación se citan:

CUARTO: De conformidad a lo que dispone el Art. 654 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, en esta instancia se ha convocado a audiencia reservada, oral, y contradictoria a fin de que se fundamente el recurso por los sujetos procesales y han dicho en lo esencial:

4.1. El Ab. Franklin Guerra por Adrián Fernando Carrillo Villagómez, dice: se recurre del fallo del tribunal de Cotopaxi, del contenido de la sentencia inexistencia del nexo causal, la falta de objetividad, duda razonable y motivación.

(...)

SÉPTIMO: ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN RESPECTO DEL RECURSO DE

APELACIÓN. (...) **7.1.** Respecto de la demostración de la existencia de la

infracción, así como establecer la existencia o no del nexo causal (...) la Ley protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente en lo que respecta a los derechos de carácter sexual, a su integridad que está relacionado con el interés superior del niño

(...)

Lo que nos lleva a analizar que en el presente caso se cumple con este primer requisito de identificación del problema, tratándose efectivamente de un caso de violencia contra una niña de carácter sexual, el agresor es un conocido del barrio, para convertirse en el actor directo de los hechos, así lo identifica la tratadista Alda Facio en su referencia literaria “ cuando el género suena, cambios trae” , y con ello haberse quebrantado su derecho a la integridad sexual, que es el producto de la violencia, violentando los principios protegidos por la Constitución.

(...)

7.3. Respecto del tipo penal Donna, en su obra Derecho Penal, Parte Especial, Pág. 378 dice: “ *Podríamos decir entonces que la violación es el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 12 años o estar privado de razón, carece de la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual.*”

Queda claro que a una niña como en el presente caso, a la fecha de los hechos tenía 12 años, conforme a la documentación presentada en la audiencia de juzgamiento y a la fecha de los hechos, en base a nuestra legislación y por la edad la víctima le falta regir su propia voluntad.

(...)

7.4. Se considera que la demostración de la materialidad de los hechos se halla debidamente demostrado con la pericia técnica del reconocimiento médico legal que establece que la víctima tiene un desgarramiento antiguo a las 7 siguiendo las manecillas del reloj, las características del desgarramiento estaba completamente epitelizado, es decir, que está cicatrizado, es antiguo, no se ha podido determinar ninguna violencia

en el cuerpo de la víctima por el tiempo transcurrido, alrededor de 9 meses, por lo que tampoco se ha podido recoger fluidos orgánicos en la víctima, así como por el reconocimiento al lugar de los hechos que se une a los datos de identidad de la víctima que establecen que a la fecha de los hechos tenía 12 años, lo que implica que se trata de una niña, hoy adolescente, en la que se establece la existencia de un desgarramiento que se considera antiguo, dado el tiempo transcurrido, que se establece el lugar de los hechos un dormitorio en el cual estaba dormida la víctima y se produjeron los hechos, de esta prueba que conlleva a determinar la existencia material del hecho, en los términos que se analizó líneas anteriores, sin que se haya desvirtuado los testimonios de los peritos los mismos que se recogen conforme el Art. 511 numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del Código Orgánico Integral Penal, al haberlo cumplido.

7.5. El testimonio anticipado de la víctima, ha referido que a finales del mes de febrero de año 2018, cuando se hallaba en el domicilio de su hermana, se estaba viendo una película, cuando le golpea la ventana, al acercarse ve que es el hoy procesado quería ingresar, pero no le dejó, era muy tarde, cuando se hallaba durmiendo ha ingresado al dormitorio por la parte posterior que no tiene la puerta seguridad, que no existe cerramiento, le tapa la boca poniéndole la mano con un algodón que percibía muy fuerte le vio que era el hoy sentenciado y luego como que se desmaya, para despertar, que el ardía sus partes íntimas, al ir al baño en el interior existía sangre, que no dijo nada por miedo a su madre que le castigara, por ello, le ha contado a su hermana lo sucedido. De este testimonio se establece quien fue el agresor.

(...)

La víctima sostiene que fue agredida sexualmente por el hoy sentenciado, que no dijo nada inmediatamente por miedo a su madre que temía le castigue, por ello y meses después le cuenta a su hermana y ésta a la madre de la víctima que puso la denuncia, a ello se suma el testimonio del perito médico legista que determina la existencia de la carúncula himeneal, el reconocimiento al lugar de los hechos, lo dicho por el



psicólogo, que en su entrevista por varias ocasiones le pregunta respecto de la fecha de los hechos, y le refiere que fue a finales del mes de febrero de 2018, no recordaba la fecha exacta, indica que Adrián Fernando Carrillo Villagómez; el mismo que en la audiencia de juzgamiento se acoge al derecho del silencio, de la misma manera la víctima le cuenta a su hermana Lisbeth Macías García sobre lo ocurrido meses posteriores, y su hermana ratifica este aspecto y que le averiguo por pedido de su madre que la veía distraída, enojada y que había bajado en su rendimiento estudiantil, por lo que la madre realiza la denuncia posterior a esto, se dice que cuando le cuenta a su hermana era en el mes de agosto de 2018, y posterior a ello se hace la denuncia, aunque para la defensa del procesado este aspecto de la denuncia es contradictoria por las fechas se indica, para esta Sala no es relevante en la medida que la madre puso la denuncia y a partir de ello se inicia con el proceso investigativo hasta concluir en esta sentencia; lo que nos lleva a establecer sobre la verosimilitud del testimonio, es decir, no se ha podido desvirtuar su testimonio manteniéndose todo el tiempo en la acusación y que está corroborada por la prueba presentada tanto pericial como testimonial, que se considera que no es fantasmiosa, es real los hechos en base a la prueba que se ha actuado.

(...)

Respecto de este último punto, que todo el tiempo desde que se denunció hasta cuando se lo sanciona ha mantenido en forma persistente sin variaciones que el que le violó fue Adrián Carrillo, a finales del mes de febrero de 2018, aunque al perito médico legal, dice que la víctima le ha referido que fue en junio, que es probable que exista esta equivocación, pero se debe referir que a los demás psicólogo, a su hermana, a la trabajadora Social ha seguido sosteniendo que fue en el mes de febrero, elemento que no se ha podido desvirtuar que haya sido en otra fecha, peor aún en la fecha que refiere los testigos del procesado, estos son: Byron Oswaldo Saltos Cedeño, Jennifer Estefanía Arellano Méndez, Diana Carolina Carrillo y Wendy Katherine Arellano Méndez, que refieren conocerle al procesado, que el 2 de

agosto de 2018, en horas de la noche se hallaban en compañía del procesado, que se retiraron del domicilio de Adrián Carrillo en horas de la madrugada, que es probable que haya estado en dicho lugar y en compañía de los testigos, pero los mismos hacen referencia a otra fecha y o al mes de febrero finales, en los que se ha suscitado los hechos, por ello no hacen fe en este proceso. (...)

De la prueba actuado para sostener la inveracidad del testimonio de la víctima hace relación a que no se ha especificado el día de los hechos, que dice que se trata del mes de junio y no de febrero, que es agosto, a lo que se debe analizar que la víctima desde que le contó a su hermana le indica que fue en el mes de febrero de 2018 a finales, y así lo sostenido durante todo el tiempo, con excepción de lo que manifiesta el perito médico legista que indica que la víctima le ha dicho que fue en el mes de junio, que conforme la prueba y la persistencia, se ha mantenido todo el tiempo en que fue en el mes de febrero a finales, que incluso el psicólogo por varias ocasiones le ha insistido en la fecha de los hechos, ratificándose que no recuerda el día y fecha, que fue en el mes de febrero a finales, y así lo ha sostenido durante todo el tiempo, lo que lo dicho si en verdad es así por la víctima al Dr. Rivadeneira, no afecta a la prueba y la persistencia, que ha mantenido todo el tiempo, tomando en cuenta que incluso el trabajo social y psicológico se lo hace en octubre de 2019, a más de año, sumado a ello que se trataba de una niña de 12 años, no es posible que se trate de que se acuerde en forma exacta sobre algo que le causó trauma, por lo que se considera que la persistencia se halla debidamente establecida.

(...)

Por lo expuesto se ha establecido en base a la investigación es verídico los hechos, concluyendo que se ha demostrado en forma concreta la demostración de la materialidad habiendo violentado el bien jurídico protegido.

(...)

7.6. Respecto de la responsabilidad del procesado en base a la prueba actuada ante el Tribunal de Garantías Penales, se puede inferir que con el testimonio anticipado

de la víctima presentado en la audiencia de juzgamiento que ratifica los hechos y señala al responsable, que ha cumplido los principios de inmediación y contradicción Arts. 168 y 169 de la Constitución y Art. 454 numerales 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal, e introducido y efectuado en la audiencia de juzgamiento, ante el que se cumplió los principios de inmediación y que hace prueba en este proceso, ha dicho en forma clara y concreta que el procesado Adrián Carrillo fue quien le agredió sexualmente en la fecha que ha sido establecido lo que se halla corroborado en base al examen médico legal, el psicológico; pese que el procesado se acoge al derecho al silencio, no se puede contrastar, la víctima que rindió el testimonio anticipado le agredió sexualmente el procesado y esto se halla comprobado conforme el examen médico legal que determina la existencia de una carúncula himeneal a las 7 en el sentido de las manecillas del reloj.

(...)

En importante establecer que la prueba actuada tiene relación con las circunstancias de los hechos, así como con la participación que han sido demostradas por la investigación de Fiscalía que se le considera objetiva. (sic)

21.5. Precisamente, el texto transcrito ut supra devela que, las demandas traídas a colación por el objetante en sede de casación, fueron ya conocidas y resueltas por el juzgador de alzada, por ende, al haber sido hechos fijados por el ad quem, no podían ser trasladados a este medio extraordinario de impugnación.

22. Ahora bien, con el objeto de dar contestación a las hipótesis jurídicas planteadas por el objetante, se tiene que, el contradictor Adrián Fernando Carrillo Villagómez, a manera de primera censura casacional, trajo a colación la indebida aplicación del artículo 5.21 del COIP, incurriendo en un craso equívoco argumentativo, toda vez que, el principio de objetividad rige para las actuaciones de FGE en el ejercicio de su función, por lo tanto, endilgar supuestos equívocos en la investigación al titular de la acción penal, no comporta un cargo que deba ser atendido por este Tribunal de cierre, pues aquella premisa debe ser discurrida en otras instancias y no en la de casación.

23. Por todo lo anotado, esta primera hipótesis casacional formulada por el recurrente, no pros-

pera, más aún cuando, luego de la revisión prolija de la sentencia de apelación, este Juzgador pluripersonal no observa ninguna vulneración a precepto constitucional o legal alguno, en la medida en que también se pone de manifiesto que, el juzgador de alzada ha observado a cabalidad con todas las garantías básicas del derecho al debido proceso, tampoco existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como solo insinuó el casacionista, carente de soporte jurídico.

24. De otra parte, el segundo cargo casacional propuesto por el recurrente, relativo a la indebida aplicación del artículo 455 del COIP, también carece de asidero jurídico, toda vez que de la revisión de la sentencia impugnada se devela que, la subsunción efectuada por el juzgador de segundo nivel corresponde al contenido fáctico, en relación con la prueba, y en este sentido, es correcta la adecuación de la conducta del casacionista al injusto de violación previsto en el artículo 171.1.3 del COIP, en el grado de autor directo, conforme lo prevé el artículo 42.1.a *ibidem*, por consiguiente, no se advierte error jurídico alguno en la decisión de condena adoptada en el fallo de alzada, lo cual, se puede corroborar en los considerandos octavo y noveno, en las partes que dicen lo siguiente:

OCTAVO: 8.1. De la prueba practicada en su conjunto se puede determinar que son creíbles, concordantes, unívocos, los testimonios presentados, de los peritos y testigos, que han referido las actuaciones tanto de la víctima como del procesado, en base a las actuaciones técnicas se ha podido determinar tanto la materialidad como la responsabilidad, de cuyos contenidos ratifican el testimonio anticipado de la víctima; que han sido sometidos a los principios de inmediación y contradicción conforme a los Arts. 168 y 169 de la Constitución y Art. 454 numeral 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal, se considera la verosimilitud de sus afirmaciones, que este tipo de delitos se cometen bajo escenarios que excluyen la presencia de testigos en el propósito de evitar su descubrimiento y asegurar su impunidad, de esta manera se demuestra objetivamente el delito acusado.

8.2. De esta prueba presentada en su conjunto, se considera es verídica, no contradictorios, el testimonio que es valorado y toda la prueba en su conjunto nos llevan a concluir sobre la veracidad de los hechos y quién actuó en los mismos, es concordante, lo que implica que



es creíble, por lo que se acepta como prueba en los términos de los artículos 501 y 503 del Código Orgánico Integral Penal. (...)

Los testimonios no sufren de subjetividades, son concordantes, es totalmente creíble y real los hechos, no se puede decir que son fantasiosos, testimonios que corroboran en su totalidad la existencia de los hechos en la forma, tiempo y lugar. En la etapa de juzgamiento y en la toma del testimonio anticipado la declaración ha sido objeto del contrainterrogatorio sin que puedan desvirtuar sus afirmaciones, es coherente y no contradictorio, prestando de esta manera credibilidad sobre lo que se ha investigado y juzgado.

8.3. La prueba que se ha practicado ante el Tribunal de Garantías Penales, ha cumplido con los presupuestos de la normativa en análisis. Así como el Art. 5 numeral

3 que dice: “ Duda a favor del reo: La o el juzgador , para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesad, más allá de toda duda razonable. ” ; se puede concluir que existe el convencimiento, que en primer lugar se ha demostrado objetivamente las circunstancias de los hechos, que determina que se violenta el bien jurídico protegido, que merece una sanción, que es antijurídico y culpable y en segundo lugar que el procesado tuvo una actuación directa en los hechos.

8.4. Por lo expuesto, se ha demostrado la existencia del delito de violación y la responsabilidad, existiendo el convencimiento más allá de toda duda razonable, tanto sobre la existencia objetiva de los hechos, así como de la responsabilidad, tomando en cuenta que con el Código Orgánico Integral Penal, las reglas de valoración de la prueba han variado en los términos expuestos en esta sentencia, y que según Neil Armstrong Franco Echavarría, Estándar Probatorio más allá de la duda razonable en el Sistema Penal Oral Acusatorio actual en Colombia. Pág. 2 se define como: “ ..B) MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE: “ Frase usada para atestiguar el estado de la mente del Juez mientras que decide si el imputado ha cometido un delito o no, confirmando que toda la oportunidad posible de confirmar que el denunciado no ha cometido el ilícito fue agotado.” . Por lo que se considera que existe prueba suficiente de la conducta que se encuentra tipificada en el Art. 171 numeral 3

del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor, con ello se desecha la teoría de la existencia de una duda respecto de la participación del procesado en los hechos.

8.5. En conclusión la prueba ha cumplido con su finalidad, esto es, llevar al Tribunal de Garantías Penales al convencimiento de los hechos y circunstancias de la infracción y la responsabilidad del procesado, que se han cumplido con los principios del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal, habiendo sido anunciada, practicadas, incorporadas y valoradas en la etapa de juzgamiento, en las que se han cumplido con los principios de inmediación y contradicción conforme lo previsto en el Art. 168 y 169 de la Constitución; todas las pruebas responden al principio de libertad probatoria, y no se ha identificado prueba que haya sido obtenida en base a la violación de derechos y garantías Constitucionales, ni tratados y convenios internacionales de derechos humanos, por lo que no han sido excluidas pruebas. De esta manera se cumple con el principio de igualdad material y formal entre los sujetos procesales. En base a la prueba presentada se puede establecer el nexo causal que está determinado por los testimonios de los peritos, el testimonio de la víctima cumpliendo con lo previsto en el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, determinándose tanto la materialidad del hecho, así como la responsabilidad, en base a la prueba practicada que son reales y no se basan en presunciones, que además han cumplido con los principios de legalidad, autenticidad y grado de credibilidad de las pericias que no pueden ser desvirtuadas por testimonios conforme el Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal.

NOVENO: De esta manera considera la Sala que: 9.1. La prueba practicada analizada en su conjunto, se considera es verídica, no existe contradicción, el testimonio anticipado de la víctima ha sido corroborado por la psicóloga, el perito médico que practicó el examen; pericias técnicas, que no puede ser desnaturalizada por testimonios.

Por lo que no existe información probatoria que demuestre que las pericias adolezcan de vicios; toda la prueba en su conjunto nos llevan a concluir sobre la veracidad de los hechos y quién actuó en los mismos, se considera que es concordante, no contradictorio, lo que implica que es creíble, por lo que se acepta como

prueba en los términos de los artículos 501, 503, 511 del Código Orgánico Integral Penal, que han ratificado el testimonio anticipado de la víctima, que se acoge en los términos de los Arts. 510 del Código Ibídem. (sic).

25. Precisamente, el memorial que precede trasluce que el juzgador de segunda instancia ha valorado el acervo probatorio conforme los criterios que exige el artículo 457 del COIP, esto es, la prueba testimonial, en el contexto de todas las declaraciones rendidas y en relación con las otras pruebas presentadas, según los estándares determinados en el artículo 502.1 *ibídem*, de tal suerte que —estableciendo el nexo causal entre la infracción y el procesado, de acuerdo al artículo 455 *ejusdem*.

26. Con otras palabras, el tribunal de apelación ha arribado al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad del encausado Adrián Fernando Carrillo Villagómez, en el injusto penal acusado, más allá de toda duda razonable, en los términos que demanda el artículo 453 del COIP, por lo que, se concluye que no existe ningún yerro en los juicios de tipicidad y de culpabilidad que fueron contruidos por el ad quem, por lo que este reproche

casacional tampoco prospera.

27. En consecuencia, la fundamentación del recurso de casación carece de asidero jurídico, y, por ende, este debe ser rechazado.

VII. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al tenor de lo previsto por el artículo 657.7 del COIP, este Tribunal de casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado recurrente Adrián Fernando Carrillo Villagómez, por falta de fundamento jurídico.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.

f) DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ JUEZ NACIONAL (PONENTE) DR. BYRON GUILLEN ZAMBRANO JUEZ NACIONAL DR. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

III

Juicio Nro. 24281-2019-01983

Fecha: 29 de septiembre del 2023, las 15h17

TEMA: En este fallo se recalca la importancia de la motivación en materia penal. Ampliando el criterio de que entre mayor sea el grado de restricción que pretenda realizar un juez, mayor será el estándar de motivación que se exigirá en su resolución; adicionalmente, que los cryptoactivos, en general y los *bitcoins* en particular, no tienen la consideración de dinero legal en el Ecuador.

SÍNTESIS

La Sala rechaza el recurso incoado, al hallar debidamente justificada la materialidad y responsabilidad de la infracción y del procesado, en el delito de estafa; además, se verificó que la sentencia analizada está motivada, porque se dictó en atención a las normas vigentes y a los hechos probados. Por lo dicho, no casa el fallo recurrido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 24281-2019-01983

Jueza Ponente: Ab. Mercedes Caicedo Aldaz

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Sentencia de Casación

Causa No. 24281-2019-01983

Quito, 29 de septiembre 2023, las 15h17

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por la Jueza Nacional (e) Mercedes Caicedo Aldaz, Juez Nacional Byron Guillen Zambrano y el Juez Nacional Felipe Córdova Ochoa, dictan la sentencia dentro de la causa No. **24281-2019-01983**.

Al haber interpuesto recurso de casación la persona coprocesada Mary Carmen Santamaría Jiménez; sin embargo, debido a su no comparecencia, ni la de un abogado que defienda sus intereses se ha declarado el abandono del mismo, y se continúa sustanciando el recurso de casación presentado por Juan Pablo Pezo Sánchez.

1. Antecedentes procesales:

1.1 El Primer Tribunal de Garantías Penales de Santa Elena, el 04 de agosto del 2021, las 11h09, ha resuelto:

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Y DE

LA LEY, por unanimidad resuelve: con la prueba de cargo de la fiscalía esto es la prueba testimonial documental y pericial y de los hechos facticos traídos a conocimiento del Tribunal por parte de la fiscalía, este juzgado pluripersonal ha llegado a tener el convencimiento y la certeza integra del cometimiento de la infracción penal, consecuentemente la fiscalía ha logrado destruir el principio de inocencia, logrando probar tanto la materialidad de la infracción, la responsabilidad del hoy procesado y el nexo de causalidad entre estas dos circunstancias, en consecuencia este tribunal declara culpable en el grado de autor directo de conformidad al artículo 42 numeral 1) literal a) del COIP, al hoy procesado señor JUAN PABLO PEZO SANCHEZ, cuyo estado y condición obran del proceso, al haber adecuado su conducta y accionar la infracción penal tipificada y sancionada en el art. 186.1 del COIP, y le impone una pena privativa de libertad de cinco (5) años que la deberá cumplir en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas (Sección Hombres) en Conflicto con la Ley de la Ciudad de Guayaquil No. 1, de conformidad a lo establecido en el numeral 12 del artículo 77 de la Constitución de la República; debiéndosele imputar el tiempo que llevan detenido por esta misma infracción; pena privativa de libertad que se considera es justa y adecuada para reprochar la conducta del ahora sentenciado. En relación a la infracción juzgada y conforme lo previsto en el numeral 5 del artículo 70 del Código Orgánico Integral Penal, se impone

la multa de veinte (20) salarios básicos unificados del trabajador en general, la misma que deberá ser acreditada en la Cta. Cte. No. 749699-0, Código 174099, del Banco del Pacífico a nombre de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Santa Elena, dentro del término de 5 días contados a partir de que este fallo judicial se ejecutorie por el ministerio de la ley, caso contrario se procederá al procedimiento coactivo, de conformidad con los Arts. 21, 149 y 157 del Código Tributario, en concordancia con el numeral 4 del artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial y Resolución No. 038-2014 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura. De conformidad con el artículo 60 numeral 13 *ibidem*, se dispone la pérdida de los derechos de participación del sentenciado, por un tiempo igual al de la condena, para lo cual se oficiará a las Direcciones Provinciales del Consejo Nacional Electoral y del Registro Civil Identificación y Cedula de Santa Elena; Al pago de la reparación integral al denunciante y víctima de esta causa de una indemnización por daños materiales e inmateriales por la suma de seis mil (USA\$. 6.000) dólares de los Estados Unidos de América; también declara culpable en el grado de cómplice conformidad al artículo 43 del COIP, a la hoy procesada señora MARY CARMEN SANTAMARIA JIMENEZ, cuyo estado y condición obran del proceso, al haber adecuado su conducta y accionar la infracción penal tipificada y sancionada en el art. 186.1 del COIP, y le impone una pena privativa de libertad de dos (2) años, seis(6) meses que la deberá cumplir en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas (Sección Mujeres) en Conflicto con la Ley de la Ciudad de Guayaquil No. 1, de conformidad a lo establecido en el numeral 12 del artículo 77 de la Constitución de la República; debiéndosele imputar el tiempo que lleva detenida por esta misma infracción; pena privativa de libertad que se considera es justa y adecuada para reprochar la conducta del ahora sentenciado. En relación a la infracción juzgada y conforme lo previsto en el numeral 5 del artículo 70 del Código Orgánico Integral Penal, se impone la multa de diez (10) salarios básicos unificados del trabajador en general, la misma que deberá ser acreditada en la Cta. Cte. No. 749699-0, Código 174099, del Banco del Pacífico a nombre de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Santa Elena, dentro del término de 5 días contados a partir de que este fallo judicial se ejecutorie por el ministerio de la ley, caso contrario se procederá al procedimiento coactivo, de conformidad con los Arts. 21, 149 y

157 del Código Tributario, en concordancia con el numeral 4 del artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial y Resolución No. 038-2014 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura. De conformidad con el artículo 60 numeral 13 *ibidem*, se dispone la pérdida de los derechos de participación del sentenciado, por un tiempo igual al de la condena, para lo cual se oficiará a las Direcciones Provinciales del Consejo Nacional Electoral y del Registro Civil Identificación y Cedula de Santa Elena; Al pago de la reparación integral al denunciante y víctima de esta causa de una indemnización por daños materiales e inmateriales por la suma de 3 mil (USA\$. 3.000) dólares de los Estados Unidos de América pagaderos de la siguiente manera a cada una de las personas que se detallan a continuación a razón de USA \$ 1.000,00 para cada una: NORALMA MORALES TOMALA; PINCAY CEDEÑO DORYS AMADA; PINCAY CEDEÑO ESPERANZA FLERIDA- No se consideran atenuantes porque no obran del expediente las contempladas en el artículo 45 del COIP.- Se declara con lugar la acusación particular deducida por la señora Noralma Morales Tomala.; Se dispone la interdicción de los sentenciados por el tiempo que dure la pena; los sentenciados no podrá ejercer la patria potestad o guardas por el tiempo de la sentencia Hágase conocer de ésta Sentencia condenatoria al Jefe de la Policía Judicial de Santa Elena. Sin costas ni honorarios que regular. Déjese copia de esta sentencia en el libro copiador que reposa en esta judicatura. Actúe el Dr. Paul Gálvez Samaniego, Secretario Titular de este juzgador. CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.- Principio del formulario

1.2. Al no estar de acuerdo con esta decisión, las personas procesadas, interponen recurso de apelación, por tal motivo, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena, el 22 de octubre de 2021, las 12h20, resuelve:

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA", con criterio unánime, resuelve NEGAR los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por Juan Pablo Pezo Sánchez y Mary Carmen Santamaria Jiménez, consecuentemente SE CONFIRMA la SENTENCIA dictada el día MIÉRCOLES 04 DE AGOSTO DEL 2021, LAS 11H09, por los señores Jueces del Tribunal de Garantías Penales de la Provincia de Santa Elena. Sin costas ni honorarios que regular en esta segunda instancia. La Secretaria Relatora de la Sala, una vez ejecutoriado esta



resolución, devuelva el expediente al juzgado de origen, para que se ejecute lo resuelto. CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.

1.3. Sentencia que fue impugnada por las personas procesadas, a través del recurso de casación, mediante escrito que data del 28 de julio de 2021.

2. Competencia

2.1. Para conocer y resolver esta impugnación, según sorteo de ley, realizado en la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, el 24 de noviembre de 2021, las 08h24, el tribunal de casación, quedó integrado por Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Byron Guillen Zambrano y Felipe Córdova Ochoa Jueces y Jueza Nacionales.

2.2. Por cuanto Iván Patricio Saquicela Rodas, se encuentra en funciones de Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama por sorteo de ley, a que actúe en su lugar a Mercedes Caicedo Aldaz, con los mismos deberes y atribuciones que el titular, a partir del 12 de febrero de 2022.¹

3. Validez procesal

3.1. En el trámite del recurso de casación, no se han alegado ni se han observado vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado habiéndose garantizado las normas del debido proceso y el procedimiento respectivo conforme a los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal en adelante “COIP”.

3.2. En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según la formulación de cargos de fecha 21 de noviembre de 2019, corresponde aplicar las normas vigentes a tal tiempo, conforme lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del “COIP”, publicada en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, que, para el presente caso, corresponde al “COIP”.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1 JUAN PABLO PEZO SÁNCHEZ (en adelante casacionista), a través de su defensa, expuso:

4.1.1 Que el primer cargo de casación, consiste en la contravención expresa del artículo 28.1 del COIP, inherente a la categoría dogmática de la tipicidad, pero específicamente al error de tipo invencible.

4.1.2 Que en la sentencia emitida por el *Ad-quem*, se inaplica la norma referente al error de tipo

invencible, pues en ninguna de las premisas fácticas integrantes de la sentencia impugnada acredita la existencia del conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal por parte del recurrente, por el contrario, se evidencia que el ardid o engaño presunto fue realizado por la ciudadana Mary Carmen Santamaría Jiménez y no por el recurrente.

4.1.3 Que jamás se hizo, ni tampoco se indica cuál fue el momento en el que se haya engañado a la víctima, teniendo en cuenta que la condena únicamente que se basa en el testimonio de la presunta víctima.

4.1.4 Que este error incide en la decisión de la causa, generando así indefensión al romper su estatus de inocencia, pues ha merecido una sentencia condenatoria e injusta cuando se debió considerar la aplicación del artículo 28.1 del COIP.

4.1.5 Que se debe tener en cuenta, no el principio de doble conforme, sino los artículos 453 y 455 del COIP, esto es la materialidad de la infracción y el nexo causal.

4.1.6 Que el otro cargo casacional, es la errónea interpretación del artículo 76, numeral 7, literal l) de nuestra Constitución de la República del Ecuador.

4.1.7 Que se ha equivocado en la hermenéutica de la norma constitucional, al no atinar su comprensión, puesto que en el encabezado de la sentencia hace referencia a la motivación, pero no la desarrolla como tal, conforme los parámetros que claramente ha indicado la Corte Constitucional del Ecuador, en sus sentencias No. 0538-11-EP y No. 401-13-EP, ya que no se cuenta con una deducción y análisis lógico, razonable y comprensible, únicamente se hace enunciados sin analizar su pertinencia y fundamentos para su aplicación.

4.1.8 Que se evidencia una incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad de la sentencia.

4.1.9 Solicita que se revoque la sentencia venida en grado y que, en su lugar, al existir errores de derecho, se ratifique la inocencia del ciudadano Pezo Sánchez Juan Pablo.

4.2. Contradicción efectuada por Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado, que puntualizó:

4.2.1 Que se debe recordar que la contravención expresa de una norma se da cuando los hechos que se encuentran relatados como fácticos en la sentencia recurrida, no tienen relación con la norma jurídica aplicada.

¹ Oficio N° 094-SG-CNJ, de fecha 07 de febrero de 2022.

4.2.2 Que encontramos con claridad que la conducta del procesado recurrente se adecua correctamente al artículo 186.1 del COIP, esto es el delito de estafa.

4.2.3 Que en cuanto al ardid y el engaño, encontramos que tanto Juan Pablo Pezo Sanchez como Mary Santamaría, adecuaron su conducta al delito de estafa, porque se hicieron entregar \$ 7.000 dólares de la víctima, indicando que recibiría una cantidad de \$ 200 dólares diarios por concepto de interés.

4.2.4 Que de la conducta de los procesados se puede visualizar hechos falsos, deformados, ocultando la verdad, pues indujeron al error, y perjudicaron el patrimonio de la víctima.

4.2.5 Que la errónea interpretación se da cuando elige con precisión la norma jurídica, y al momento de realizar su construcción en la sentencia le da un alcance distinto de la norma jurídica que se está aplicando.

4.2.6 Que en el considerando sexto y séptimo de la sentencia recurrida, se encuentra el análisis sobre la existencia del delito y la responsabilidad de la persona procesada, de igual manera un análisis de los elementos del tipo penal, así como los verbos rectores y las categorías dogmáticas.

4.2.7 Que se ha indicado que existe una insuficiencia motivacional y una apariencia motivacional, pero por el contrario nos encontramos ante una sentencia que cumple con todos los requisitos del artículo 622 del COIP, por lo que se podría entender que se tiene la suficiente motivación.

4.2.8 Que la defensa técnica del procesado recurrente no ha logrado cumplir con ciertos principios que son importantes en sede casacional, como es el principio de transcendencia, el de debida fundamentación y el de debida fundamentación.

4.2.9 Solicita que se declare improcedente el recurso de casación.

4.3. Contradicción efectuada por Diego Jaya, defensor público en defensa de los derechos de la víctima, manifestó:

4.3.1 Que me encuentro conforme con la disertación que ha hecho fiscalía en su contradicción, por lo que se adhiere al mismo.

4.3.2 Que el casacionista al fundamentar la contravención expresa del error de tipo invencible, lo que ha hecho es cambiar los hechos, pues manifiesta

que la persona que cometió el delito fue la coprocesada Mary Carmen Santamaría Jiménez.

4.3.3 Que el casacionista al momento de fundamentar la errónea interpretación de la motivación solo manifiesta su inconformidad con la sentencia recurrida, sin aportar mayores argumentos.

4.3.4 Solicita que se declare improcedente el recurso de casación.

5. Problema jurídico

5.1 Esta Corte ha mencionado que los problemas jurídicos surgen a partir de las alegaciones planteadas por las partes, es decir, de las acusaciones que se dirigen en contra de la sentencia analizada la que se considera posee errores de derecho, en tal sentido se tiene que:

5.2 En cuanto a los argumentos establecidos en los párrafos **4.1.6 a 4.1.9** *ut supra*, que hablan de una errónea interpretación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, y dado que la línea argumentativa de esta alta Corte Nacional de Justicia, ha mencionado que no requiere ser vinculada a uno de los cargos casacionales establecidos en la normativa penal ecuatoriana², serán tratados a través del siguiente problema: **¿La sentencia del 22 de octubre de 2021, las 16h27 de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena viola el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador?**

5.3 Por otra parte los argumentos establecidos en los párrafos **4.1.1 a 4.1.4** *ut supra*, que hablan de una contravención expresa del artículo 28 numeral 1 del COIP en la sentencia impugnada en virtud que existiría un error de tipo invencible, serán tratados a través del siguiente problema: **¿La sentencia del 22 de octubre de 2021, las 16h27 de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena contraviene expresamente el artículo 28.1 del COIP?**

5.4 Y en tratándose del párrafo **4.1.5** *supra*, el cual no trae consigo un argumento jurídico completo y entendible, debido a que omite indicar que norma de derecho se habría vulnerado por los jueces de segunda instancia, no atina a mencionar un cargo casacional en específico, y además promueve una nueva valoración de prueba, resulta imposible formular un problema jurídico, ni siquiera haciendo un esfuerzo mental razonable, por lo que no será tratado.

² Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción Y Crimen Organizado, Sentencias No. 10281-2017-00490, No. 21282-2017-01382.

5.5 Ahora bien la resolución de estos problemas jurídicos se lo hará en el orden sugerido, debido a que antes de conocer posibles errores de derecho del que pueda adolecer la sentencia en análisis, es necesario saber si nos enfrentamos a una decisión suficientemente motivada dentro del contexto jurídico.

6. Análisis del tribunal de casación

A) ¿La sentencia del 22 de octubre de 2021, las 16h27 de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena viola el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador?

6.1 La motivación constituye una garantía del debido proceso que nos permite conocer que los jueces están observando las leyes al momento de dictar sus decisiones, (función endoprocésal), y con ello se posibilita también un control social de la justicia por parte del ciudadano como una expresión legítima de cualquier poder democrático (función extraprocésal).

6.2 Por eso todas las decisiones judiciales deben estar debidamente motivadas y fundadas, pero con especial énfasis de aquellas que suponen una grave restricción de derechos, como en el caso del Derecho Penal, que dado los intereses que se encuentran en juego y las sanciones que se pueden enfrentar, no se puede esperar otra cosa que el grado de convencimiento al que debe llegar el juzgador antes de tomar una decisión sea muy alto.

6.3 Consciente de esto, la misma Corte Constitucional del Ecuador ha referido que el umbral que se debe superar es de la duda razonable, el cual se lo puede alcanzar realizando una: a) explicación de cómo las pruebas aportadas y practicadas, les permitieron llegar a la convicción de que la conducta reproducida por el presunto infractor se ajusta a todos los elementos configurativos del tipo penal. (b) la calificación que la acción u omisión del presunto infractor es antijurídica, y (c) y los motivos por los cuales debe considerarse que el presunto infractor es culpable³.

6.4 Siendo así, no se entenderá fundamentada una sentencia en el ámbito penal si hay una mera transcripción de lo dicho por las partes en el fallo, ya que para lograr ese rigor en el análisis es necesario abordar la cuestión criminal en todo su espectro, es decir tanto la materialidad como la responsabilidad de la infracción.

6.5 En pocas palabras, decimos que entre mayor sea el grado de restricción que se pretenda realizar por un juez, mayor será el estándar de motivación que se exigirá en su resolución.

6.6 Bajo este baremo, quien presente una censura concerniente a cuestionar la motivación con la que cuenta una resolución en el ámbito penal, tiene que saber que deben existir muy buenas razones para hacerlo, porque otra de las características que tiene la motivación es que la misma se presume para las partes, por ser una condición innata de un acto que nace de lo público⁴.

6.7 En el caso en concreto el casacionista, considera que la sentencia no se encuentra motivada; debido a que existe una deficiencia motivacional porque no se ha comprobado la materialidad, la responsabilidad, menos aún el ardid o engaño que exige el tipo penal, además que es incoherente, inatinerente, incongruente e incomprensible, parámetros que se encuentran establecidos en la sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador.

6.8 Y para comprobar si son ciertos los dichos del casacionista, corresponde empezar pronunciándonos específicamente de los parámetros aludidos constantes en la sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. Y esta sentencia indica que pueda verse transgredida la garantía de motivación ya sea por insuficiencia, inexistencia o apariencia, existiendo en esta última los vicios de incoherencia, incongruencia, incomprensibilidad e inatinerencia.

6.9 En tratándose específicamente sobre la incoherencia, incongruencia, incomprensibilidad e inatinerencia la sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador menciona que:

(...) Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones– (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida (...)

³ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 2706-16-EP/21, 29 de septiembre de 2021, párr. 32

⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP del 20 de octubre del 2021, p. 100.

(...) Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho) (...)

(...) Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o –cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)– para un ciudadano o ciudadana (...)

(...) Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial (...)

6.10 Revisada que ha sido la sentencia impugnada que es la emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena, se puede apreciar que posee siete considerandos, relacionados a la competencia, trámite, cargos planteados por las partes en audiencia, considerandos en torno al recurso de apelación, análisis sobre la existencia del delito y la responsabilidad de la persona procesada y la decisión, y en ninguno de ellos se avizora contradicción alguna, es más guardan un orden lógico que permiten a través de la deducción considerar como probadas las premisas planteadas respecto de la materialidad y la responsabilidad del delito y por ende llegar a la conclusión de que no cabe enmendar la sentencia de primera instancia que lo declaró autor directo del delito de estafa establecido en el artículo 186.1 del COIP, así que mal se podría mencionar que hay incoherencia.

6.11 De igual manera, en el considerando tercero es donde se realiza un resumen de las alegaciones más importantes realizadas por los apelantes en audiencia que tenían que ver con que la denunciante no ha reportado ninguna afectación porque no realizó ninguna inversión, y que las pruebas presentadas no tienen la suficiente capacidad incriminatoria para fundar una sentencia de condena, cuestiones que fueron contestadas en su integralidad en el considerando cuarto, quinto y sexto de la sentencia, estableciéndose luego de un análisis que incluyó el estudio de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, que: “Mary Carmen Santamaría Jiménez y Juan Pablo Pezo Sánchez conociendo plenamente que su proceder era contrario a la ley, perjudicaron a Noralma Karina Morales Tomalá, en un monto de \$ 7.000 dólares, engañándolo al hacerle pensar que la plataforma de BITCOIN podría pagarle un interés fuera de los parámetros legales, lo que a decir de ellos con el afán de convencer a su víctima- era completamente permitido, apropiándose de esta manera de su dinero”⁵, por lo que no se podría afirmar que hay incongruencia.

6.12 Incluso en estos considerandos, cuarto, quinto y sexto de la sentencia la discusión se centró única y exclusivamente en resolver la situación jurídica de los procesados, ya que esa era la tarea de los jueces de la corte de apelación, pues al conocer un recurso de apelación debían revisar nuevamente los elementos jurídicos y fácticos que componen la acusación, objetivo que se cumplió y se lo hizo utilizando los términos jurídicos adecuados, inteligibles y claros para el público al que estaba dirigido esta decisión, por consiguiente la misma no es inatinerante ni incomprensible.

6.13 Finalmente, y en vista que las sentencias penales, requieren una motivación cualificada, lo que también se puede destacar de la decisión de segunda instancia, es que realiza un pronunciamiento autónomo de cómo se logra superar el umbral de la duda razonable estableciéndose que la hipótesis probada a la luz de los elementos existentes en el expediente judicial y el peso probatorio del conjunto de las pruebas practicadas, permiten estar: “plenamente convencido que Mary Carmen Santamaría Jiménez y Juan Pablo Pezo Sánchez, con plena voluntad y conciencia adecuaron su conducta a lo

⁵ Ecuador, Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena, Sentencia del 22 de octubre de 2021, las 16h27.

establecido en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de cómplice y autor directo respectivamente”⁶, con lo que no queda un resquicio de sospecha que estamos ante la presencia de una sentencia motivada.

6.14 Por lo dicho, y respondiendo el problema jurídico planteado este Tribunal concluye que no existe afectación al artículo 76, numeral 7, literal l), de la Constitución de la República del Ecuador.

B) ¿La sentencia del 22 de octubre de 2021, las 16h27 de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena contraviene expresamente el artículo 28.1 del COIP?

6.15 El artículo 28.1 del COIP indica lo siguiente:
Art. 28.1.- Error de tipo.- No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe.

El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces

6.16 De la norma citada se puede extraer que, quien no conozca los elementos objetivos o dicho de otro modo los elementos fundadores de la prohibición legal de una conducta, no se le podría atribuir la comisión de un delito debido a la falta del componente volitivo y gnoseológico de la acción, por lo que se estará inmerso en un error de tipo

6.17 Error, que dicho sea de paso, deberá probarse, pues ya dependerá de su intensidad y la capacidad de su evitación para que sus efectos jurídicos puedan producirse plenamente, habida cuenta que de existir impericia o negligencia en su comprobación estaremos hablando de un error vencible y en tal sentido la acción sería sancionada de manera culposa, pero en el caso de que no hubo forma de prever el comportamiento queda excluida por completa la responsabilidad criminal.

6.18 En lo particular el casacionista, indica según las circunstancias en las que se suscitó el hecho estaría inmerso en un error de tipo, pero que lamentablemente los jueces inferiores no lo han apreciado, razón

por la cual existiría una contravención expresa.

6.19 Y siendo este el panorama, el presente Tribunal considera pertinente dividir en dos partes su análisis, abordando lo que respecta a la configuración de un posible error de tipo, para luego verificar si existe una contravención expresa del texto, y así dar una respuesta integral a la problemática jurídica ocurrida.

6.20 Primeramente, sabemos que el error de tipo para que se configure debe existir un desconocimiento absoluto de los elementos objetivos que son parte del delito, y quien tiene la responsabilidad de probar esta situación en el caso tratado es el casacionista, y con ese propósito ha indicado que el engaño o el ardid que se exige en el delito de estafa nunca provino de él, sino de Mary Carmen Santamaría Jiménez que es coprocesada en esta causa, y ante ello este Tribunal parte indicando que la declaración de una persona coprocesada por sí sola no es un medio idóneo o fiable de prueba sino está acompañada de otros factores que confirmen la información proporcionada, debido a que al no estar sujeto a juramento o promesa de decir la verdad, se está expensas a una confabulación o tergiversación de los hechos, esto último vedado de realizar en casación.

6.21 Por otra parte en lo relativo al engaño o el ardid, estos no constituyen un elemento objetivo del tipo penal, sino uno de índole subjetivo al estar relacionado al fuero interno del autor, es decir al dolo, el cual también los jueces de la corte de apelación, al contrario de lo que se piensa lo han verificado.

6.22 Y es que el hecho que el casacionista le hayan entregado el valor de \$ 7.000 USD (siete mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por parte de Noralma Karina Morales Tomalá, para que invierta en un negocio de *bitcoins* en el que iba a generar un interés diario de \$ 12.00 USD (doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), nos permite inferir desde parámetros racionales y en atención a concretos criterios indiciarios que existe un ánimo de lucrar y de engañar.

6.23 Debido a que los *bitcoins*, es una unidad de red criptográfica, que a partir de un libro de registro público que almacena una base de datos que se llama *blockchain* se puede realizar un intercambio comercial en diferentes plataformas (*trading*

⁶ Ecuador, Ecuador, Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santa Elena, Sentencia del 22 de octubre de 2021, las 16h27.

bitcoins) con sus propias reglas de oferta y demanda, ya que los bitcoins no tienen aún un precio unitario mundial⁷.

6.24 Tanto es así que los bitcoins, siguen siendo considerados un activo patrimonial inmaterial y para muchos países como el nuestro, de modo alguno puede ser considerado dinero de curso real, pues el artículo 94 del Código Orgánico Monetario y Financiero, indica:

Art. 94.- De la moneda en la República del Ecuador.- Todas las transacciones, operaciones monetarias, financieras y sus registros contables, realizados en la República del Ecuador, se expresarán en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con este Código (...) La moneda determinada en este artículo es medio de pago (...).

6.25 En definitiva, desde un inicio ha sido claro el interés que ha tenido el casacionista de causar una afectación al patrimonio, debido a que no ha realizado ninguna operación financiera o comercial con los capitales entregados por la víctima, por lo que no existe un error de tipo tal como se ha explicado, cosa con la que también coincide la corte de apelación al afirmar que:

Por todo lo advertido este Tribunal llega a establecer que se encuentra presente el elemento subjetivo de la tipicidad dentro del presente caso, es decir que Mary Carmen Santamaría Jiménez y Juan Pablo Pezo Sánchez conociendo plenamente que su proceder era contrario a la ley, perjudicaron a Noralma Karina Morales Tomalá, en un monto de \$ 7.000 dólares, engañándolo al hacerle pensar que la plataforma de BITCOIN podría pagarle un interés fuera de los parámetros legales, lo que a decir de ellos con el afán de convencer a su víctima- era completamente permitiendo, apropiándose de esta manera de su dinero.

6.26 Ahora con la declaratoria de que no se configura el error de tipo, nos es más fácil determinar si existe contravención expresa del artículo 28.1 del COIP, porque esta Corte se ha pronunciado en anteriores ocasiones que la contravención expresa

se produce cuando: “no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia, ya porque la desconoce o que conociéndola no la aplica”⁸

6.27 Además que para que una proposición jurídica sea considerada completa en sede casacional debe: **a)** Indicar que la procedencia de la censura casacional se finca por las causales consagradas en la ley (principio de taxatividad); **b)** Determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho (principio de limitación); **c)** Señalar de forma lógica, jurídica, sustancial, concluyente y no contradictoria la aplicación o interpretación que estima el recurrente tuvo que haber realizado el juzgador a la luz del error de derecho indicado (principio de autonomía y no contradicción); y, **d)** Explicar de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de transcendencia).

6.28 En ese marco el casacionista, simplemente no podría demostrar que existe una contravención expresa del artículo 28.1 del COIP, debido a que los juzgadores no han errado acerca de su validez o existencia en tiempo y espacio, dado que no cabe aplicar dicha norma a los hechos materia de juzgamiento, pues el casacionista conocía los elementos subjetivos y objetivos de la conducta delictual, así que, y a pesar que en su alegación se ha logrado identificar una modalidad de violación a la ley y el lugar en donde presumiblemente se encuentra, no ha tenido asidero jurídico lo que ha mencionado, resultando imposible cambiar el sentido de la decisión por su inocua transcendencia.

6.29 Recordemos que el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad, siendo su principal cometido la defensa del derecho objetivo (nomofilaquia) de la sentencia de segunda instancia, de manera que toda personalísima opinión que se tenga sobre el criterio judicial

⁷ En similar criterio se ha expresado el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal en resolución 326/2019 de fecha 20 de junio del 2019 que indica: “El bitcoin no es sino una unidad de cuenta de la red del mismo nombre. A partir de un libro de cuentas público y distribuido, donde se almacenan todas las transacciones de manera permanente en una base de datos denominada Blockchain, se crearon 21 millones de estas unidades, que se comercializan de manera divisible a través de una red informática verificada. De este modo, el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin”

⁸ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción Y Crimen Organizado, Sentencias No. 02308-2021-00028, No. 04281-2018-00617, No. 04281-2018-01585, No. 07258-2018-00019

no podrá sustituir jamás la soberanía estatal para administrar justicia.

6.30 De ahí que, respondiendo el problema jurídico planteado en líneas anteriores, la respuesta es que la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena dentro de su sentencia, no ha contravenido expresamente el artículo 28.1 del COIP.

6.31 Por último, este Tribunal verifica que la sentencia no posee errores de derecho que deban ser declarados, conforme su facultad oficiosa.

7. Decisión

7.1. Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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:

7.2. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por la persona procesada **JUAN PABLO PEZO SÁNCHEZ**, por los términos expuestos *ut supra*.

7.3. Adicionalmente, y con base a lo establecido en el artículo 658 numeral 6 del COIP, y luego de la revisión minuciosa del fallo del 22 de octubre del 2021 de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, no se observa errores de derecho que declarar *ex officio* por lo que no procede a casar la sentencia recurrida.

7.4. Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley. **Notifíquese y cúmplase.**

f) AB. MERCEDES CAICEDO ALDAZ JUEZA NACIONAL PONENTE (E) DR. BYRON GUILLÉN ZAMBRANO JUEZ NACIONAL. DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA JUEZ NACIONAL. Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

La Corte Nacional de Justicia no da paso a la impugnación planteada por la persona procesada JUAN PABLO PEZO SÁNCHEZ; en virtud que la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Justicia de Santa Elena, no le quedó duda, con base a las pruebas practicadas en el juicio que se cometió el delito de estafa, además se verificó que la sentencia analizada está motivada, porque se dictó en atención a las normas vigentes y a los hechos probados. En tal sentido, la sentencia de condena dictada en su contra no se altera. .

IV
Juicio Nro. 17294-2019-00973
Fecha: 2 de octubre del 2023, las 15h25

TEMA: Indebida aplicación del inciso segundo y tercero del artículo 328 del COIP, la contravención expresa al texto de los artículos 22 y 29 del COIP y la contravención expresa al texto del artículo 76.7.I) de la CRE

SÍNTESIS

La Sala analiza el recurso incoado por el procesado, para determinar si justificó la indebida aplicación del inciso segundo y tercero del artículo 328 del COIP, la contravención expresa al texto de los artículos 22 y 29 del COIP, y la contravención expresa al texto del artículo 76.7.I) de la CRE. Es clara la necesidad de abordar los siguientes aspectos jurídicos de relevancia: el conocimiento y la voluntad como elementos del dolo; la relevancia del bien jurídico, en el juicio de desvalor de resultado, que se desarrolla en el ámbito de la antijuridicidad material, y la importancia de la argumentación de quien alega un vicio motivacional. Para sustentar este yerro, la defensa técnica del recurrente usó los mismos argumentos, que esgrimió para justificar sus dos cargos primigenios, pues, manifestó que la motivación del fallo es aparente, porque no se realizó un estudio de la tipicidad subjetiva del delito; sin embargo, conforme advertimos en líneas precedentes, los jueces analizaron la conducta del procesado, fijando como hecho probado el dolo en su conducta; el fallo impugnado estableció que el encausado conoció y tuvo la voluntad de materializar el resultado típico; por consiguiente, no se advierte una deficiencia motivacional en torno al análisis del dolo. Asimismo, el recurrente afirmó que la sentencia adolece de incoherencia lógica, porque, la conclusión no se compadece con las premisas, sin embargo, este argumento no guarda armonía con la verdad procesal, pues, el casacionista manifiesta que, las premisas determinan la existencia de una conducta penalmente irrelevante, por no existir dolo ni lesividad; sin embargo, conforme advertimos con insistencia, en la especie, se ha probado tanto la existencia del dolo, como la lesión al bien jurídico fe pública, por lo tanto, el argumento del recurrente no se compadece con aquello que ha sido probado dentro del proceso, y solamente evidencia su inconformidad con lo resuelto por los jueces de segunda instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17294-2019-00973

Juez Ponente: Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 2 de octubre del 2023, las 15h25. En la presente resolución, el infrascrito Tribunal analizará si el recurso de casación interpuesto por el procesado, justifica la indebida aplicación del inciso segundo y tercero del artículo 328 del COIP, la contravención expresa al texto de los artículos 22 y 29 del COIP, y la contravención ex-

presa al texto del artículo 76.7.I) de la CRE. Para el análisis de este recurso, el Tribunal de casación advierte la necesidad de abordar los siguientes aspectos jurídicos de relevancia: el conocimiento y la voluntad como elementos del dolo; la relevancia del bien jurídico, en el juicio de desvalor de resultado, que se desarrolla en el ámbito de la antijuridicidad material, y la importancia de la argumentación de quien alega un vicio motivacional.

VISTOS. En audiencia de 09 de marzo de 2023, el infrascrito Tribunal declaró la improcedencia



del recurso de casación interpuesto por el señor **ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA**, procesado; por ese motivo, conforme lo dispuesto en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República (en adelante, CRE); 5.18, 560.4 y 621 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), se reduce a escrito la decisión adoptada por suscrito órgano jurisdiccional, al tenor de las siguientes consideraciones:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

1.1 El Consejo de la Judicatura, en ejercicio de las potestades conferidas en los artículos 181.3 de la CRE y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, con la finalidad de renovar la Corte Nacional de Justicia, por tal razón, una vez concluido este proceso, emitió la Resolución No. 082021, designando a las nuevas Juezas y Jueces que se integraron al máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país; por su parte, la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 022021, de 05 de febrero de 2021, integró sus distintas salas especializadas.

1.2 El 26 de julio de 2021, las 11h32, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante sorteo, conformó el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, designando a la doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional, y a los doctores Iván Saquicela Rodas y Felipe Córdova Ochoa, Jueces Nacionales.

1.3 El doctor Felipe Córdova Ochoa interviene en la presente causa en calidad de Juez Nacional ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.4 Interviene en la presente causa la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en reemplazo del doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, en virtud de su designación como presidente de la Corte Nacional de Justicia.

1.5 La Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de casación, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7.k) de la CRE; 184 y 186.1 del COFJ; 656 y 657 del COIP.

1.6 La infracción imputada al recurrente, señor **ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA**, se materializó en el territorio ecuatoriano, por tal razón, el prenombrado ciudadano se encuentra sometido a la jurisdicción penal ecuatoriana, de conformidad con lo prescrito en el artículo 398 del COIP.

1.7 En razón de los antecedentes expuestos, se colige que el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de casación planteado por **el procesado**.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA IN EXAMINE Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1 En audiencia celebrada el 12 de julio de 2019, ante el juez de la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, Fiscalía formuló cargos en contra del señor **ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA**, por el delito de “...*FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTO FALSO, TIPIFICADO EN EL ART. 328. INC. 1 Y 2 COIP*...”¹. Es decir, el proceso sub judice inició con vigencia del COIP²; por consiguiente, el medio de impugnación interpuesto por el encartado debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en este cuerpo normativo.

2.2 El proceso penal signado con el número **17294-2019-00973** ha sido tramitado conforme las reglas adjetivas previstas en el COIP; por tal razón, al no haber sido alegada por los sujetos procesales, o detectada por este Tribunal, se descarta la existencia de una omisión sustancial, que determine la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 652.10 del COIP; en consecuencia, se declara la validez de todo lo actuado en esta causa.

¹ Acta de la audiencia de formulación de cargos celebrada el 12 de julio de 2019.

² Cuerpo de leyes publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 180, de 10 de febrero de 2014, y vigente en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014.

TERCERO: ANTECEDENTES.

3.1 Hechos.

La Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, por unanimidad, emitió sentencia de condena en contra del casacionista, el 31 de marzo de 2021, las 11h58, fijando la siguiente secuencia fáctica:

“...se tiene el caudal probatorio incorporado a juicio con el cual se destruye el principio de inocencia que cobija al procesado y hoy recurrente ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA al haber subsumido su conducta al ilícito penal en examen, esto es, uso doloso de documento privado falso, atinente a varios formularios contentivos de licencias oficiales que eran autorizados únicamente por el acusador particular, señor Jhonny Peñaranda De la Torre, estableciéndose que las firmas contentivas en dichos documentos no corresponden a la autoría gráfica del citado ciudadano, evidenciándose fehacientemente la materialidad de la infracción, comprobada la falsedad de los documentos materia de enjuiciamiento penal. Por ende lo que se debe juzgar es que el acusado hizo uso doloso de los mentados documentos, obteniendo a su favor licencias con remuneración, causando perjuicio a un tercero al quebrantar el bien jurídico tutelado por la norma –fe pública–. Adicional se prueba el elemento subjetivo del tipo penal –dolo– ya que se plasma la intención positiva de irrogar daño a través de un accionar consciente y voluntario –condiciones de imputabilidad (...). Por lo expuesto, se establece con claridad meridiana que el procesado ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA, subsumió su conducta al tipo penal previsto en el artículo 328, incisos segundo y tercero del Código Orgánico Integral Penal, uso doloso de documento privado falso, infracción penal por la que fue sentenciado, fallo que se sustenta en el caudal probatorio incorporado por el titular de la acción penal pública, que valorada en su integralidad, llevan a la convicción absoluta del Juzgador de instancia y del de apelación sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado en la infracción imputada por Fiscalía. En la causa sub lite el señor ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA,

fue la persona que utilizó dichos permisos con presuntas autorizaciones del Presidente del Sindicato de Trabajadores de la FAE, señor Jhonny Peñaranda De la Torre para hacerse acreedor de licencias con remuneración, que al no corresponder a la autoría gráfica del citado Presidente, torna su conducta lesiva al ordenamiento jurídico previsto en la materia; subsumiendo su conducta a una norma penal que proscribe este accionar, sancionándolo bajo el tipo penal transcrito ut supra, quien tuvo conocimiento del carácter prohibido del hecho típico, antijurídico y culpable cometido...”.

3.2 Antecedentes procesales.

3.2.1 En audiencia de formulación de cargos, celebrada el 12 de julio de 2019, ante el juez de la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, Fiscalía formuló cargos en contra del señor **Roberto Francisco Tituaña Quinchuela**, por el delito de “...*FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTO FALSO, TIPIFICADO EN EL ART. 328. INC. 1 Y 2 COIP...*”.

3.2.2 Luego, en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, celebrada el 27 de febrero del 2020, a las 10h00, el juez de la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dictó auto de sobreseimiento a favor del señor Roberto Francisco Tituaña Quinchuela; sin embargo, acusación particular apeló esta decisión, por lo que, mediante resolución de 23 de julio de 2020, la Sala Especializada Penal, Penal Militar y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, revocó el auto de sobreseimiento, y dictó auto de llamamiento a juicio en contra del procesado, “...*POR EL PRESUNTO DELITO PREVISTO EN EL ART. 328 COIP Y SANCIONADO EN EL INCISO TERCERO DEL MISMO CUERPO DE LEYES*”.

3.2.3 Posteriormente, el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, emitió sentencia de condena en contra del procesado, el 27 de octubre de 2020, las 08h48, por considerar que adecuó su comportamiento a la descripción típica del delito de uso doloso de documento privado falso (artículo 328, incisos segundo y tercero, del COIP), por esa razón, le impuso la pena de tres años de privación de la libertad, la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general, y la reparación integral a la víctima.



3.2.4 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, el procesado interpuso recurso de apelación, y en torno a este medio de impugnación, la Sala Especializada Penal, Penal Militar y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, emitió la sentencia de 31 de marzo de 2021, las 11h58, en la cual, resolvió rechazar el mentado recurso, y confirmar en todas sus partes la resolución de primer nivel.

3.1.5 En el ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, el señor **Roberto Francisco Tituaña Quinchuela**, procesado, planteó recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictado por el Tribunal de segunda instancia, por lo que, mediante providencia de 30 de junio de 2020, las 09h02, se concedió dicho medio de impugnación, y remitió el proceso a la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

3.1.6 Mediante providencia de 28 de febrero de 2023, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el procesado.

CUARTO:

DEBATE SUSCITADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL SEÑOR ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA, PROCESADO.

4.1. Fundamentación del recurso de casación.

4.1.1 Roberto Francisco Tituaña Quinchuela, procesado.-Conforme se desprende del audio y del acta de la audiencia desarrollada ante el infrascrito Tribunal, el señor Roberto Francisco Tituaña Quinchuela, por intermedio de su defensa técnica, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que el uso sin conocimiento ni lesividad, es una condena sin necesidad.
- Que impugna la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.
- Que el primer cargo casacional es la indebida aplicación del artículo 328, inciso segundo y tercero, del COIP, que tipifica uso doloso de documento falso, pues, existe una contraposición entre el supuesto fáctico que compone el

uso doloso del documento, versus los hechos probados.

- Que los hechos probados son los siguientes: 1. Existen tres licencias sindicales que se le imputan un uso doloso al señor Tituaña, vicepresidente del Sindicato de la FAE; 2. El señor Peñaranda, presidente del Sindicato de la FAE, era la única persona que firmaba y autorizaba estos tres permisos; 3. El señor Tituaña, junto con el señor Peñaranda, acudieron en estas tres ocasiones con el propósito de difundir y socializar el Código del Trabajo.
- Que el yerro de pertinencia alegado, corre a partir de los párrafos innumerados de la sentencia de segundo nivel, bajo todo el apartado Quinto, referente al análisis y decisión del Tribunal Ad quem.
- Que en ninguna parte del análisis que hace el Tribunal de segundo nivel, consta como hecho probado que el señor Tituaña haya tenido conocimiento de que el documento que estaba utilizando era falso.
- La trascendencia de este yerro obedece a un problema de derecho, ligado a la subsunción y al juicio de tipicidad subjetiva.
- Que la norma penal prevé en su configuración subjetiva un uso doloso, es decir, debe existir el conocimiento del documento falso, y el querer un propósito ilícito.
- Que el dolo no se presume, se demuestra; sin embargo, el tribunal de alzada aborda escuetamente el aspecto concerniente a la voluntad de erogar daño, es decir, el segundo elemento por el que está configurado el dolo, el querer.
- Que existe error de tipo vencible, porque el procesado no sabía que estaba usando un documento falso, más aún, tomando en consideración que el señor Tituaña acudía a socializar el Código del Trabajo junto con el señor Peñaranda, la única persona que autorizaba y firmaba esos documentos.
- Que, en definitiva, el uso doloso de documento falso no se adecua a los hechos probados, por lo que, se justifica el cargo casacional de indebida aplicación, debiendo haberse aplicado el artículo 28.1 del COIP, atinente al error de tipo vencible, que elimina el dolo, y configura a la conducta como culposa, pero, por cuanto el tipo penal prevé un uso doloso, la conducta del señor Tituaña es atípica, tenía que ratificarse su estado de inocencia.
- Que el segundo cargo casacional es la contravención expresa del artículo 22, que regula la

- conducta penalmente relevante; y el artículo 29, que regula la antijuridicidad material.
- Que existió ausencia de lesividad.
 - Que el uso de las licencias tenía un propósito lícito, esto es, socializar el Código del Trabajo, junto con el emisor de las licencias, el señor Peñaranda.
 - Que este error se encuentra en el apartado quinto de la sentencia impugnada.
 - Que el razonamiento que efectuó el tribunal de alzada, al enumerar los hechos probados, conducen a una rotunda ausencia de lesividad.
 - Que el mismo Tribunal Ad quem indicó que todo uso de documento falso debe poseer un propósito ilícito, para, en lo posterior, generar un perjuicio dejando un beneficio difuso.
 - Que el Tribunal Ad quem ni siquiera señala las normas que sustentan el criterio de lesividad.
 - Que, se puede contradecir una norma en sentido formal, pero, si en su sentido material no se logra determinar la lesividad de esta conducta, básicamente carece de relevancia jurídicopenal, y, precisamente, es el análisis que el tribunal de alzada debía realizar al pasar la conducta del señor Tituaña bajo el filtro de la antijuridicidad material.
 - Que, si socializar el Código del Trabajo es un propósito ilícito, dónde está el beneficio o el rédito, por lo tanto, el tribunal de alzada aplica el artículo 328 inciso segundo y tercero del COIP, y contraviene los artículos 22 y 29 del referido cuerpo legal, ya que, la conducta no es penalmente relevante, al no producir resultados lesivos demostrables, de ahí que el presente cargo amerita ser casado.
 - Que, como reproche motivacional, existe apariencia motivacional e incongruencia lógica motivacional.
 - Que, respecto a la apariencia motivacional, la decisión a primera vista parece tener fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero en realidad carece de fundamentación normativa que le permita subsumir un relato fáctico.
 - Que, en el apartado Quinto, el tribunal de alzada ni siquiera enuncia las normas o principios con los cuales se sostiene el criterio de instituciones jurídicas como el conocimiento en el dolo, y la lesividad en la antijuridicidad material, presupuesto sine qua non para emitir una sentencia condenatoria.
 - Que la incoherencia motivacional lógica es la contradicción entre los enunciados, premisas y conclusiones que componen la sentencia, y

que, si se revisa el apartado quinto, los hechos probados conducen a calificar la conducta del señor Tituaña como irrelevante para el sistema jurídico penal, al carecer de dolo en el conocimiento y lesividad, pero, a pesar de ello, se aplica el artículo 328, inciso segundo y tercero, sin realizar un ejercicio motivado de las categorías dogmáticas del delito y subsunción por la conducta del señor Tituaña.

- Solicita se case la sentencia venida en grado.

4.2 Contradicción.

4.2.1 Fiscalía General del Estado.- El delegado de la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de contradecir los planteamientos esgrimidos por el procesado, señaló, en lo principal, lo siguiente:

- Que, en lo referente al cargo de indebida aplicación, lo que se pretende es que se altere el escenario fáctico, y que el tribunal cambie la valoración, pues, existe dolo en la conducta del procesado, y este es un hecho que ha sido probado por el Tribunal de segundo nivel.
- Que, a través de un cargo casacional, no se pueden controvertir hechos que ya se han dado por probados.
- Que, la alegación de que no existiría dolo, cabría si el tribunal Ad quem hubiera declarado que este no fue un hecho doloso, y aun así, aplicó la conducta penal, sin embargo, en la especie, se ha declarado probado el dolo.
- Que el recurrente ha incurrido en la prohibición explícita del artículo 656 del COIP, inciso final.
- Que se pretende que se aplique un error de tipo; lo cual es improcedente, porque este no fue un cargo de apelación.
- Que la contravención expresa 22 y 29 del COIP, ya fue argumentada en sede de apelación, y uno de los principios básicos de la casación es el “no debate de instancia”, es decir, no se puede pretender nuevamente instaurar un debate de instancia, sobre aquello que ya ha sido resuelto en apelación.
- Que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la fe pública, y es ahí donde encuentra la trascendencia del menoscabo del bien jurídico tutelado.
- Que la lesividad no está vinculada al perjuicio económico o patrimonial del Estado, sino a la fe pública.
- Que, en lo referente a la apariencia de motivación, el casacionista desarrolló los mismos argumentos de los dos cargos anteriores, es decir, el reproche sobre el dolo, y sobre la lesividad,

por lo tanto, otro de los principios violentados, es el principio de autonomía, pues, no se pueden usar los mismos fundamentos ni los mismos argumentos que sustentan los cargos casacionales, para esta vez intentar una falta de motivación.

- Que el recurrente ha solicitado que se case la sentencia, lo cual, es una pretensión contradictoria con el argumento sobre la falta de motivación, pues, el efecto jurídico de la falta de motivación es la nulidad.

- Solicita que se rechace el recurso de casación.

4.2.2 Acusación Particular. La defensa técnica del señor Johnny Iván Peñaherrera de la Torre, acusador particular, con la finalidad de contradecir los planteamientos esgrimidos por el procesado, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que se suma a la exposición de Fiscalía General del Estado.
- Que se pretende que este Tribunal haga una nueva valoración probatoria, sobre un elemento que ya fue discutido en instancia pertinente, lo cual, es ilegal, impertinente e improcedente.
- Que se ha dicho que el señor Roberto Tituaña Quinchuela, procesado, ha falsificado estos documentos con el único fin de salir de comisión y socializar el Código del Trabajo, lo cual está alejado de la verdad, pues, se falsificaron documentos con el fin de beneficiarse de permisos de carácter laboral, remunerados, aprovechando una condición de dirigencia sindical, allí se configuran cada una de las características de tipicidad y conducta antijurídica del artículo 328.
- Que no existe elemento alguno, que permita sostener la hipótesis del recurrente, por tanto, existe una errónea formulación del cargo casacional.
- Que el dolo, con el cual se engañó a la Fuerza Aérea Ecuatoriana, está más que probado, así como el beneficio obtenido de ese accionar doloso, y la condición de documento falso.
- Que se deseché el recurso por improcedente, y se ratifique todas y cada una de las partes la sentencia recurrida.

4.3 Réplica.

El defensor técnico del procesado y casacionista, señor Roberto Francisco Tituaña Quinchuela, con la finalidad de ejercer su derecho a la réplica, indicó, en lo principal, lo siguiente:

- Que no hay aplicación de la ley sin necesidad, y no hay necesidad sin daño; que estos son presupuestos de estricta legalidad que desarrolló Luigi Ferrajoli, y son los principios de

nuestro ordenamiento jurídico.

- Que tanto Fiscalía, como acusación particular, desconocen absolutamente de la causa que se ventila.
- Que se ha completado la pretensión jurídica sobre la base de los hechos probados, determinándose por parte del juzgador dos problemas de derecho: el primero atiende a la subsunción, y al juicio de tipicidad subjetiva; como segundo cargo casacional, respecto al error de omisión, de ninguna manera se ha incurrido en un principio de no debate de instancia, no se pretende una revalorización probatoria, sino que el error de omisión se configura en torno al problema de derecho ligado a la subsunción y al juicio de antijuridicidad material que debía hacer el Ad quem, y no lo hizo.
- Que el tribunal de Alzada llegó a conclusiones erradas, yerra en aplicar el artículo 22 y 29 atinente a la antijuridicidad material.
- Que, a todas luces, se ha determinado la insuficiencia motivacional por apariencias e incongruencia, porque, en ninguna parte consta el apoyo de los principios o normas jurídicas sobre las cuales sustentan su criterio de razonabilidad, el abordamiento de las categorías dogmáticas del delito atinente a la conducta que realizó el señor Tituaña.
- Que se active también la casación de oficio, si la defensa no ha aportado suficientemente los crasos errores de derecho.

QUINTO:

IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR EL CASACIONISTA, SEÑOR FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA, PROCESADO.

5.1 En sede de casación, los problemas jurídicos surgen de los reproches efectuados por el recurrente a la sentencia de segunda instancia, por ese motivo, en líneas precedentes, hemos identificado dichos reproches (considerando “ CUARTO”), de los cuales, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

- La sentencia impugnada, ¿aplicó indebidamente los incisos segundo y tercero del artículo 328 del COIP, por no haberse acreditado el dolo en la conducta del procesado?*
- La sentencia impugnada, ¿contravino expresamente el texto de los artículos 22 y 29 del COIP, por no haber realizado un juicio de antijuridicidad material?*

iii. La sentencia impugnada, ¿violó la garantía de motivación, por haber incurrido en apariencia, e incoherencia lógica?

SEXTO.

RESPUESTA RAZONADA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR EL CASACIONISTA, SEÑOR FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA, PROCESADO.

6.1 Consideraciones respecto a la naturaleza del recurso de Casación:

6.1.1 El recurso de casación es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segundo nivel. En el caso concreto, el casacionista ha observado esta exigencia, pues, ha impugnado el fallo de segundo nivel, esto es, aquel emitido por la **SALA ESPECIALIZADA PENAL, PENAL MILITAR Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, EL 31 DE MARZO DE 2021, LAS 11H58**, por tal razón, la labor intelectual del Tribunal de casación debe circunscribirse en el contenido de esta sentencia.

6.1.2 El control de legalidad efectuado en sede de casación se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables la correcta aplicación la ley en la resolución del asunto litigioso (artículos 76.1 y 172 de la Constitución de la República³), y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este examen no supone el inicio de una nueva instancia, ya que, no otorga a los Jueces la facultad de modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales (artículo 656 del COIP, segundo inciso⁴); estas facultades le corresponden privativamente a los Jueces de instancia (artículo 10 del COFJ⁵); por ese motivo, Roxin señala que: “...[l]a casación es un recurso limitado, dado que,

solo permite 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...”⁶.

6.1.3 Sin embargo, no todo equívoco en la aplicación de la ley constituye materia de casación, pues, el carácter limitado de este medio de impugnación, impone al recurrente la obligación de justificar que la lesión al ordenamiento jurídico deviene de un vicio in iudicando, es decir, un vicio originado en el raciocinio del juzgador, al momento de aplicar o interpretar el derecho sustantivo en la resolución de la causa, ya sea, por no considerar la norma jurídica pertinente, por emplear una norma jurídica distinta a la que correspondía, o, por deformar el alcance de la norma jurídica aplicada en el fallo objetado (artículo 656 del COIP, primer inciso). De manera coincidente con los postulados fijados en nuestro ordenamiento jurídico, Humberto Murcia Ballén, citado por Germán Pabón Gómez, señala que, “...por cuanto el error, desde el punto de vista jurídico, es la falsa declaración de la voluntad de la ley, relativa a la cuestión controvertida, los vicios in iudicando, también llamados vicios de juzgamiento, son los yerros en que incurre el juez al dirimir el conflicto, ya sea porque elige mal la norma sustancial, lo que conduce a aplicar un texto impertinente, dejando de aplicar el que corresponde, o a aplicar éste, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene...”⁷.

Adicionalmente, debemos señalar que, para que un recurso de casación prospere, el yerro in iudicando debe ser trascendente, es decir, debe tener tal incidencia, que, de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido sustancialmente distinta.

6.1.4 Para finalizar esta digresión, resulta necesario señalar que, si bien no constituyen materia de

³ 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 (...).

Art. 172. Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (...).

⁴ Art. 656. Procedencia. (...) No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.

⁵ Art. 10. Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad. (...) **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.**

⁶ ROXIN, Claus; (2000). Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto: Buenos Aires Argentina. P. 466.

⁷ PABÓN GÓMEZ, Germán; (2022). De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio, Ibañez: Bogotá Colombia. P. 4344.

⁸ Violación a la garantía de juez competente (art. 652.120.a) del COIP). Violación a la garantía de motivación de la sentencia (art. 652.10.b) del COIP). Violación al derecho a la defensa (art. 652.10.c) del COIP).

casación, los vicios de procedimiento, o errores *in procedendo*, pueden ser analizados en esta sede, en virtud de la regla prevista en el artículo 652.10 del COIP, que determina lo siguiente: “...si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso...”. En conclusión, los yerros *in procedendo* no constituyen propiamente cargos de casación, sin embargo, pueden ser estudiados, siempre que representen la violación al derecho sustantivo⁹, y que el yerro se ajuste a los parámetros legales y jurisprudenciales⁹.

6.1.5 De los antecedentes expuestos, se colige que el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación coloca al recurrente en la obligación de observar las siguientes exigencias, en la fundamentación de su recurso:

- Los errores susceptibles de casación, por regla general, son los denominados errores *in iudicando* (excepcionalmente los errores *in procedendo*), por tal razón, la hipótesis planteada en esta sede, debe ser construida mediante la confluencia de la violación a una norma jurídica sustantiva, y la adecuación de dicha transgresión a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP (principios de especificidad¹⁰ y taxatividad¹¹).
- El yerro *in iudicando* planteado en sede de casación debe fundamentarse a la luz de los principios de autonomía¹², trascendencia¹³ y no debate de instancia¹⁴.

6.2 Respuesta motivada a los problemas jurídicos planteados por el recurrente:

6.2.1 Partiendo de los presupuestos desarrollados en el apartado que antecede, al infrascripto Tribunal le corresponde construir una respuesta razonada, en torno a los problemas jurídicos planteados por el casacionista, por ese motivo, en las líneas subsiguientes, abordaremos de forma autónoma cada uno de ellos.

6.2.2 La sentencia impugnada, ¿aplicó indebi-

damente los incisos segundo y tercero del artículo 328 del COIP, por no haberse acreditado el dolo en la conducta del procesado? Para solventar este cuestionamiento, en primer término, resulta preciso delimitar el ámbito conceptual de la indebida aplicación de la ley, pues, el cargo propuesto por el impugnante, del cual se desprende el problema jurídico en estudio, ha sido planteado a la luz de esta causal de casación; en este sentido, resulta menester manifestar que, existe indebida aplicación de la ley cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, llegan al convencimiento de ciertos hechos, sin embargo, yerran al momento de subsumirlos a la norma jurídica, pues, los adecuan al supuesto descrito en un precepto que no guarda identidad con ellos; es decir, aplican la norma jurídica que resulta impertinente para la resolución de la causa. Para que este error de subsunción prospere, el casacionista debe observar las siguientes exigencias:

- 1.- Identificación de los hechos probados. No se puede acreditar la indebida aplicación de la ley, si no se identifican los hechos probados, pues, esta causal de casación se sustenta en la falta de identidad entre tales hechos, y la norma jurídica aplicada por los jueces de instancia, ergo, resulta preciso que el casacionista observe esta exigencia.
- 2.- Identificación del o los elementos de la norma jurídica aplicada, que no guardan identidad con los hechos probados. Una vez que se han identificado los hechos, el casacionista debe confrontarlos con la norma jurídica aplicada en la sentencia recurrida, pues, este ejercicio permitirá advertir la falta de identidad entre dicha norma, y el acontecer que los jueces de instancia consideraron probado.
- 3.- Identificación de la norma jurídica pertinente. Finalmente, para estructurar una

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa No. 02517SEPCC, de 25 de enero de 2017, que establece una regla de precedente, para la aplicación del artículo 652.10.c) del COIP, determinando que: “ para declarar la nulidad de un proceso en materia penal, en razón de la causal c) del número 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal,

¹⁰ Esto es, la necesidad de que el recurrente identifique la norma jurídica transgredida.

¹¹ Esto es, la necesidad de que el recurrente adecúe la violación de la norma jurídica identificada, a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP.

¹² Es necesario que cada cargo de casación posea una argumentación independiente.

¹³ Se requiere que el yerro alegado haya tenido incidencia en la decisión de la causa.

¹⁴ El recurrente no puede incurrir en pedidos que involucren la valoración de la prueba, o la modificación de los hechos fijados en el fallo impugnado.

proposición jurídica completa, el impugnante debe identificar la norma jurídica que regula la situación fáctica que se ha probado dentro de la causa.

6.2.3 En el caso in *examine*, la defensa técnica del casacionista planteó la indebida aplicación del tipo penal “uso doloso de documento falso”, descrito en el segundo y tercer inciso del artículo 328

del COIP. Para fundamentar este yerro, la defensa técnica del casacionista construyó una argumentación, que, si bien es cierto, se ajustó a las exigencias técnicas descritas *supra*, no guardó armonía con la verdad procesal, pues, partió de un ejercicio de identificación de los hechos incompleto. A continuación, describimos la estructura del argumento esgrimido por el casacionista:

Hechos Identificados	Elemento típico que no guarda armonía con los hechos	Norma jurídica que debió aplicarse
1. Existen tres licencias sindicales que se le imputan un uso doloso al señor Tituaña, vicepresidente del Sindicato de la FAE. 2. El señor Peñaranda, presidente del Sindicato de la FAE, era la única persona que firmaba y autorizaba estos tres permisos. 3. El señor Tituaña, junto con el señor Peñaranda, acudieron en estas tres ocasiones con el propósito de difundir y socializar el Código del Trabajo.	Dolo	Error de Tipo vencible, artículo 28.1 del COIP

6.2.4 Conforme anticipamos en líneas precedentes, el argumento construido por el recurrente se ajustó a las exigencias técnicas que rigen la fundamentación de un cargo casacional, bajo la modalidad de indebida aplicación de la ley, sin embargo, en el ejercicio de identificación de los hechos probados, el casacionista omitió hechos relevantes, que tienen relación con el juicio de imputación subjetiva, que, a decir del casacionista, no fue realizado por los jueces de segundo nivel. En este orden de ideas, vale mencionar que, del examen íntegro del fallo objetado, se desprende que el impugnante no tomó en cuenta que, en el considerando quinto, el Tribunal adquem confrontó el acontecer fáctico probado, con el elemento subjetivo “dolo”, estableciendo de manera enfática, que el procesado usó dolosamente un documento falso, y que, como consecuencia de ese obrar doloso, pudo acceder a una licencia con remuneración:

“...se prueba el elemento subjetivo del tipo penal –dolo– ya que se plasma la intención positiva de irrogar daño a través de un **accionar consciente y voluntario** –condiciones de imputabilidad– Es así que Jhonny Peñaranda De la Torre, en calidad de Presidente del Sindicato Único del Ministerio de Defensa Nacional, entidad privada que se rige por el Código del Trabajo, señaló en su testimonio que Katy Yuvi, quien era la Síndica del citado Sindicato,

conoció que se estaban entregando permisos sindicales falsos en la FAE, que por esto solicitó los permisos sindicales desde el año 2012 hasta el año 2017, entregándole los permisos del señor Roberto Tituaña del 2015 al 2016, evidenciando que algunos tenían una firma que no era la suya. Señalando que es el único que autoriza para que pueda el dirigente sindical ausentarse del trabajo, percibiendo una remuneración, la FAE le seguía pagando al procesado. Indicó que existían como diez permisos con su firma falsificada. **Afirmó que salía con el procesado de comisión, pero no en las fechas que constaban en los permisos.** De la misma manera, Katty Yadira Yuvi Mendoza, en su testimonio manifestó que el señor Iván Peñaranda era la única persona que otorgaba los permisos; que el procesado acudió a una comisión junto con ella en agosto de 2016, junto con el señor Peñaranda, que éste era uno de los permisos que estaban en discusión. En este punto es pertinente acotar, que la defensa técnica del hoy recurrente, argumenta que en todas las comisiones realizadas por el procesado estuvo acompañado por el señor Peñaranda De la Torre, sin embargo, ello no está en discusión, lo están los permisos oficiales que se reputan falsos, gracias a los cuales obtuvo licencias con remuneración, siendo



irrelevante si efectivamente se dieron tales comisiones o si en éstas estuvo acompañado del citado acusador particular; pues de manera similar el señor Víctor Hugo Quinga Tapia, refiere que siempre en las comisiones salieron juntos, tanto el señor Peñaranda De la Torre como el señor Tituaña Quinchuela y “que no tenía idea de cómo se pudo dar la falsificación de firmas pues siempre salían juntos”, es claro que la génesis para las mentadas salidas son los permisos falsos, por lo que se insiste en la intrascendencia de tal aseveración... ” (El énfasis nos corresponde).

6.2.5 Resulta pertinente destacar que, en efecto, la responsabilidad penal de la persona procesada está supeditada a la existencia de un vínculo subjetivo entre el resultado típico¹⁵ y la conducta, es decir, se requiere que se haya acreditado el dolo (que puede ser directo, indirecto y eventual); sin la verificación de este elemento no se puede atribuir el resultado al procesado; sin embargo, en el presente caso, insistimos, los jueces que integraron el Tribunal de segunda instancia, fijaron como hecho cierto el actuar doloso del procesado. El concepto de dolo trae implícito dos exigencias: el conocimiento y la voluntad del sujeto activo; esto implica que, el sujeto activo sepa que su conducta se ajusta a los elementos objetivos del tipo penal, y consienta en la materialización del resultado previsto en dicho tipo penal. La doctrina diferencia entre tres tipos de dolo: dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado, y dolo eventual; respecto al ámbito conceptual de las clases de dolo, la doctrina ha dicho lo siguiente:

“...a) Dolo directo. Esta clase de dolo puede, a su vez, distinguirse en grados. En el llamado dolo directo de primer grado el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad): el autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa, etc.

Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende: dispara contra alguien que está detrás de una cristallera valiosa. No basta con que prevea la consecuencia accesorio, es preciso que, previéndola como de necesaria o segura producción, la incluya en su voluntad. De acuerdo con lo dicho anteriormente no hay, por consiguiente, ninguna dificultad en admitir también aquí la existencia de dolo o incluso de dolo directo, aunque para diferenciarlo del supuesto anterior se hable en este caso de dolo directo de segundo grado (...) ¹⁶ [o dolo indirecto]. b) Dolo eventual. Con la categoría del dolo directo, de primer o de segundo grado, no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido debe, por razones políticocriminales, imputarse a título de dolo. Así, cabe también hablar de dolo aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado. Se habla entonces de dolo eventual. En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización... ” ¹⁷.

6.2.6 Se considera imperioso insistir que, tanto en el dolo directo, como en el dolo indirecto y eventual, el sujeto activo actúa con conocimiento y voluntad, es decir, en todas las modalidades del dolo confluyen el elemento cognoscitivo y volitivo.

6.2.7 Ahora bien, en la presente causa se ha acreditado el dolo directo del señor ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA. El dolo directo, o en palabras de Roxin, la intención o propósito (*dolus directus* de primer grado), supone la dirección de la voluntad del sujeto activo, hacia la materialización de un resultado típico¹⁸.

¹⁵ En los delitos de lesión (como es uso doloso de documento falso), la conducta siempre acarreará un resultado. Dicho resultado puede ser material, cuando es empíricamente demostrable, o ideal, cuando supone un cambio en la realidad inmaterial, que puede apreciarse lógica o intelectualmente.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). Derecho Penal Parte General. Valencia, España: Tirant La Blanch. p. 270 y 271.

¹⁷ ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito. Madrid, España: Civitas. p. 310.

¹⁸ ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito. Madrid, España: Civitas. p. 418.

Para explicar este aserto, consideramos pertinente identificar el resultado que describe el delito: “uso doloso de documento falso”; para tal efecto, en primer lugar, debemos precisar que el bien jurídico protegido por este delito es la fe pública, esto es, la confianza del conglomerado en la legitimidad de los documentos usados en el tráfico jurídico; por consiguiente, la consumación del uso doloso de documento falso provoca un quebrantamiento en la fe pública, éste es el resultado que describe el delito en mención; *ergo*, la realización de este ilícito no requiere un resultado adicional.

6.2.8 En el caso concreto, se ha demostrado que el procesado dirigió su voluntad hacia la materialización del resultado descrito en el acápite que antecede, es decir, el uso de los documentos falsos, fue encaminado a la lesión de la fe pública, concretamente, al quebrantamiento de la confianza que los funcionarios de Talento Humano de la FAE, depositaron en los formularios entregados por el procesado; esa confianza, insistimos, fue quebrantada por el casacionista, al punto que obtuvo la licencia con remuneración que requería. A continuación, citamos el extracto de la sentencia, donde se fijan estos hechos en base a un análisis razonado:

“...Por ende lo que se debe juzgar es que el **acusado hizo uso doloso de los mentados documentos**, obteniendo a su favor licencias con remuneración, causando perjuicio a un tercero **al quebrantar el bien jurídico tutelado por la norma –fe pública–**. Adicional se prueba el elemento subjetivo del tipo penal –dolo– ya que se plasma **la intención positiva de irrogar daño a través de un accionar consciente y voluntario** (...). En la causa sub lite el señor ROBERTO FRANCISCO TITUANA QUINCHUELA, fue la persona que utilizó dichos permisos con presuntas autorizaciones del Presidente del Sindicato de Trabajadores de la FAE, señor Jhonny Peñaranda De la Torre para hacerse acreedor de licencias con remuneración, que al no corresponder a la autoría gráfica del citado Presidente, torna su conducta lesiva al ordenamiento jurídico previsto en la materia; subsumiendo su conducta a una norma penal que proscribía este accionar, sancionándolo bajo el tipo penal transcrito *ut supra*, quien **tuvo conocimiento del carácter prohibido del hecho típico, antijurídico y culpable cometido**. El criterio de la

decisión a través de una posible lesión del bien jurídico, hace justicia a la necesidad de la pena; **quien tiene la intención de provocar un resultado, cuando se realiza un peligro prohibido creado conscientemente por él**, siempre será punible por un hecho dolosamente consumado...”.

6.2.9 En conclusión, los jueces de segunda instancia fijaron como hecho probado la existencia de una conducta encaminada a la materialización de un resultado lesivo al bien jurídico fe pública; es decir, se acreditó la existencia de una conducta dolosa. Por consiguiente, el argumento esgrimido por el impugnante incurrió en la prohibición de no debate de instancia, al pretender que se reemplace la existencia de conocimiento y voluntad de causar la lesión a la fe pública, por la falta de conocimiento, esto es, el error de tipo. Al respecto, debemos ser insistentes al manifestar que, por cuanto se ha declarado probado el dolo del casacionista, intentar que este hecho sea modificado comporta la inobservancia al contenido del segundo inciso del artículo 656 del COIP, que conmina al casacionista a respetar el carácter inmutable de los hechos probados en instancia. En virtud de lo expuesto, y dando contestación al problema jurídico planteado por el recurrente, concluimos que la sentencia impugnada no aplicó indebidamente los incisos segundo y tercero del artículo 328 del COIP, pues, se acreditó el dolo en la conducta del procesado, *ergo*, el artículo 28.1 del COIP, no era norma pertinente para la resolución de la presente causa.

6.2.10 La sentencia impugnada, ¿contravino expresamente el texto de los artículos 22 y 29 del COIP, por no haber realizado un juicio de antijuridicidad material? Previo a solventar este problema jurídico, el infrascrito Tribunal estima pertinente delimitar el ámbito conceptual de la causal invocada por el recurrente; por ese motivo, se determina que la contravención expresa al texto de la ley, se verifica cuando los jueces de segundo nivel yerran en el proceso intelectual de construcción de

su fallo, por no aplicar la norma jurídica que estaban conminados a emplear. Doctrinariamente, esta causal es conocida como “error de omisión”, pues, está caracterizada por la falta de aplicación de la norma jurídica pertinente para la resolución de la causa.

6.2.11 Sin embargo, para justificar la incursión de los jueces en este yerro de derecho, no basta la mera identificación de la norma jurídica que se



considera ignorada, ya que, existen normas que no tienen razón de ser empleadas en una sentencia; esta causal requiere que el casacionista explique con solvencia: por qué resultaba pertinente aplicar dicha norma en el fallo objetado. Lo dicho nos coloca en la necesidad de establecer los parámetros argumentativos mínimos, que permitan al casacionista acreditar la pertinencia de aplicación de las normas jurídicas invocadas en su exposición; por tal razón, en las líneas subsiguientes, efectuamos las siguientes consideraciones:

6.2.12 Cuando el precepto jurídico supuestamente ignorado, está construido bajo la confluencia de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, como ocurre con los tipos penales, el recurrente debe iniciar su exposición identificando los hechos del caso concreto, pues, solo de esa forma, podrá justificar la identidad entre tales hechos, y el supuesto fáctico consignado en la norma jurídica supuestamente soslayada. Vale señalar que, en estos casos, la contravención expresa al texto de la ley se verifica cuando el impugnante ha logrado acreditar la identidad entre la norma y los hechos probados. Sin embargo, existen normas que no siguen esta lógica, pues, consagran derechos, principios, reglas, mandatos o proscripciones, que deben observarse irrestrictamente en la sustanciación de las causas penales. En estos casos, como primer elemento argumentativo, el recurrente debe justificar la necesidad de que dichas normas sean observadas por los jueces de segunda instancia, para tal efecto, es importante que el recurrente circunscriba su fundamentación al acto procesal objetado, esto es, la sentencia de segundo nivel, ya que, existen ciertos principios, reglas o mandatos, que si bien son de inexorable obediencia para los operadores de justicia, deben emplearse ante el advenimiento de determinadas circunstancias, o en ciertos momentos procesales; pensemos por ejemplo en el principio de objetividad, o el principio de favorabilidad: no se puede exigir al juez actuar con objetividad, ya que, este principio debe ser observado por el fiscal; tampoco puede exigirse la aplicación del principio

de favorabilidad en todos los casos, puesto que, este principio resulta aplicable solo cuando exista “conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho”. Solo cuando el recurrente ha justificado la necesidad de que la norma jurídica invocada sea aplicada en la sentencia de segundo nivel, y ha evidenciado su falta de aplicación, habrá justificado la incursión del Tribunal adquem en el vicio de contravención expresa al texto de la ley.

6.2.13 En el caso concreto, el casacionista ha propuesto el cargo de contravención expresa al texto de los artículos 22 y 29 del COIP¹⁹. Estas normas jurídicas se refieren a los siguientes aspectos: el principio de lesividad, el reconocimiento de la vigencia del derecho penal de acto, la prohibición del ejercicio del derecho penal de autor, y la anti-juridicidad de la conducta.

6.2.14 Las normas jurídicas aludidas por el recurrente, en efecto, resultaban de inexorable observancia para los jueces de segundo nivel, pues, reconocen dos principios del garantismo penal²⁰, que limitan el ejercicio del poder punitivo, esto es, el principio de materialidad (o exterioridad de la acción), y el principio de lesividad. De conformidad con estos principios, no puede haber reproche penal, si no existe una conducta humana, que se haya exteriorizado en el mundo externo, y haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. La lesividad está vinculada con la categoría dogmática de la antijuridicidad, en el aspecto de la antijuridicidad material, que establece que la conducta, no solo debe contravenir el texto de la ley, además, debe lesionar sin justa causa un bien jurídico (artículo 29 del COIP).

6.2.15 De lo expuesto, se colige que, en el análisis de la antijuridicidad material, cobra relevancia el resultado de la conducta, por eso, en este estudio, los jueces deben realizar un juicio de desvalor del resultado, y para efectuar este juicio, deben identificar con precisión el bien jurídico que protege el tipo penal, dado que, la lesividad del resultado, estará supeditada a la efectiva transgresión al bien jurídico protegido. A excepción de los delitos de

¹⁹ Art. 22. Conductas penalmente relevantes. Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

Art. 29. Antijuridicidad. Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código..

²⁰ FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta. ps. 9397.

peligro, todos los delitos generan un resultado, por eso, la doctrina ha clasificado a los delitos, en delitos de peligro y delitos de resultado. Dentro de los delitos de resultado, existen delitos de mera actividad y delitos de resultado separado. En los delitos de mera actividad, la sola ejecución de la acción, permite que el resultado se verifique, mientras que, en los delitos de resultado separado, tanto la acción como el resultado están sepa-

rados por un curso causal, el cual, incluso puede interrumpirse o desviarse del plan inicial. En todo caso, es importante indicar que el delito de uso doloso de documento falso es un delito de mera actividad, por consiguiente, no se debe esperar que la acción dé inicio a un curso causal, para que se verifique un resultado separado de la acción, ya que la sola ejecución de la acción permite que se verifique el resultado (lesión al bien jurídico).

Categoría dogmática de la Antijuridicidad	Juicio de desvalor de la acción (antijuridicidad formal). se verifica si la acción es contrapuesta al ordenamiento jurídico
	Juicio de desvalor de resultado (antijuridicidad material). se verifica si el resultado que generó la acción, lesionó un bien jurídico.

6.2.16 Según aseveró el recurrente, en la sentencia impugnada, los jueces de segundo nivel no efectuaron el análisis de la antijuridicidad material de la conducta, es decir, no determinaron si la conducta ocasionó como resultado, la lesión a un bien jurídico; por ese motivo, el impugnante afirmó que la conducta no era penalmente relevante, incluso, indicó que socializar el Código del Trabajo no es ilícito, y no existe un beneficio o el rédito.

6.2.17 En torno a estos argumentos, el infrascrito Tribunal advierte que el recurrente construyó su reproche sobre la base de una idea equívoca, pues, ha identificado un bien jurídico distinto al previsto en el tipo penal imputado. Conforme advertimos en líneas precedentes, el delito de uso doloso de documento falso tiene una concreta finalidad: proteger la confianza que las personas depositan en los documentos usados en el tráfico jurídico, por esa razón, el bien jurídico protegido es la fe pública, y no el patrimonio, o los recursos estatales, como pretende posesionar el impugnante.

6.2.18 Existe lesividad cuando existe agravio al bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal; por ejemplo, tratándose de un delito de homicidio, habrá lesividad cuando se haya vulnerado el bien jurídico vida; tratándose de un delito de robo, habrá lesividad cuando se haya violentado el bien jurídico propiedad. En el delito de uso doloso de documento falso, hay lesividad cuando se ha transgredido el bien jurídico fe pública, es decir, cuando se ha defraudado la confianza que las personas depositan en determinados documentos. En el caso concreto, conforme advertimos *supra*, se ha probado que el recurrente defraudó la confianza de los funcionarios públicos del departamento de talento humano de la FAE, quienes, pensando que los documentos usados por el procesado eran legítimos, otorgaron licencias con remuneración;

es decir, en la especie, se ha comprobado que el resultado es lesivo, por ende, se ajusta a los postulados de la antijuridicidad material.

6.2.19 En el derecho penal de acto, el ejercicio de criminalización secundaria debe sustentarse en las siguientes ideas: toda acción genera un resultado; para que el resultado sea imputable debe ser lesivo; existe lesión siempre que existe afectación a un bien jurídico; y, cuando existe afectación a un bien jurídico, existe antijuridicidad material.

6.2.20 En conclusión, la conducta atribuida al procesado es antijurídica, formal y materialmente, pues, supuso la lesión al bien jurídico protegido, por lo que, dando respuesta al problema jurídico planteado, tenemos que, la sentencia impugnada no incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 22 y 29 del COIP.

6.2.21 La sentencia impugnada, ¿violentó la garantía de motivación, por haber incurrido en apariencia, e incoherencia lógica? En el caso concreto, el casacionista ha propuesto el cargo de contravención expresa al texto del artículo 76.7.1) de la CRE. Esta norma jurídica consagra una garantía constitucional, que debía aplicarse irrestrictamente en la decisión impugnada, pues, determina que “...las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas...” ; es decir, la norma jurídica aludida por el recurrente es pertinente para la resolución de la causa; sin embargo, resulta preciso resaltar que, la carga argumentativa que sustente la falta de aplicación de esta norma en la sentencia objetada, inexorablemente, le corresponde al recurrente, pues, de conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, los fallos judiciales se presumen motivados; por esa razón, quien propone la existencia de una deficiencia motivacional debe demostrarla:

“...100. (...) La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que **la suficiencia de la motivación se presume**, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público. Sin embargo, no se debe perder de vista que, en contextos específicos, como en garantías jurisdiccionales, las pautas de la motivación tienen ciertas particularidades y variaciones, como se lo detallará en la siguiente sección (ver párrs. 102ss. infra)...”²¹.

6.2.22 Para sustentar este yerro, la defensa técnica del recurrente usó los mismos argumentos, que esgrimió para justificar sus dos cargos primigenios, pues, manifestó que la motivación del fallo es aparente, porque no se realizó un estudio de la tipicidad subjetiva del delito; sin embargo, conforme advertimos en líneas precedentes, los jueces analizaron la conducta del procesado, fijando como hecho probado el dolo en su conducta; el fallo impugnado estableció que el encausado conoció y tuvo la voluntad de materializar el resultado típico; por consiguiente, no se advierte una deficiencia motivacional en torno al análisis del dolo. Asimismo, el recurrente afirmó que la sentencia adolece de incoherencia lógica, porque, la conclusión no se compadece con las premisas, sin embargo, este argumento no guarda armonía con la verdad procesal, pues, el casacionista manifiesta que, las premisas determinan la existencia de una conducta penalmente irrelevante, por no existir dolo ni lesividad; sin embargo, conforme advertimos con insistencia, en la especie, se ha probado tanto la existencia del dolo, como la lesión al bien jurídico fe pública, por lo tanto, el argumento del recurrente no se compadece con aquello que ha sido probado dentro del proceso, y solamente evidencia su inconformidad con lo resuelto por los jueces de segunda instancia.

6.2.22 (Sic) En razón de los antecedentes expuestos, y dando solución al problema jurídico planteado por el casacionista, se determina que el fallo impugnado cumplió con el deber de motivación.

6.2.23 En conclusión, los cargos propuestos por el señor Roberto Francisco Tituaña Quinchuela, en contra de la sentencia de segunda instancia, no han justificado la incursión de los jueces de segundo nivel en la violación de la ley, incluso, vale mencionar que, una vez confrontados los argumentos del recurrente, con los razonamientos esgrimidos por los jueces de segundo nivel en su fallo, el suscrito órgano juzgador no advierte que exista mérito para ejercer la facultad de oficio, prevista en el artículo 657.6 del COIP.

OCTAVO DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, y al

amparo del artículo 657, numeral tercero y quinto, del COIP, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por **ROBERTO FRANCISCO TITUAÑA QUINCHUELA**, procesado, por cuanto no ha justificado la existencia de un yerro de derecho en la sentencia impugnada, esto es, en aquella emitida por la Sala Especializada Penal, Penal Militar y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 31 de marzo de 2021, las 11h58. NOTIFÍQUESE
f) DR. FELIPE ESTEBAN CÓRDOVA OCHOA.- JUEZ NACIONAL (PONENTE) DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD JUEZA NACIONAL AB. MERCEDES JOHANNA CAICEDO ALDAZ JUEZA NACIONAL (E).

Certifico.-

Resumen de Fácil Comprensión

En la presente resolución, el infrascrito Tribunal analizará si el recurso de casación interpuesto por el procesado, justifica la indebida aplicación del inciso segundo y tercero del artículo 328 del COIP, la contravención expresa al texto de los artículos 22 y 29 del COIP, y la contravención expresa al texto del artículo 76.7.1) de la CRE. Para el análisis de este recurso, el Tribunal de casación advierte la necesidad de abordar los siguientes aspectos jurídicos de relevancia: el conocimiento y la voluntad como elementos del dolo; la relevancia del bien jurídico, en el juicio de desvalor de resultado, que se desarrolla en el ámbito de la antijuridicidad material, y la importancia de la argumentación de quien alega un vicio motivacional.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 115817EP/21, dictada el 20 de octubre de 2021.

V

Juicio Nro. 08282-2020-00154
Fecha: 23 de octubre del 2023, las 14h35

TEMA: El principio de imparcialidad de los juzgadores está garantizado a través de medios legales como son la excusa o la recusación.

SÍNTESIS

Esta sentencia analiza que la nulidad no es objeto del recurso de casación, pero esta puede ser tratada por el Tribunal, en virtud de control de legalidad, según el artículo 652 COIP; o la falta de motivación, por disposición del artículo 76.7.I) CRE. Se establece que la imparcialidad de los juzgadores debe ser garantizada a través de los medios legales como la excusa o recusación, y sin agotar los mismos no puede ser reclamada en la audiencia que resuelve el fondo del asunto ni afecta a su motivación. Se desechó el recurso incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 08282-2020-00154

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito 23 de octubre del 2023, las 14h35

VISTOS:

PRIMERO: ANTECEDENTES

I. Antecedentes procesales.

1. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Esmeraldas, provincia del mismo nombre, en sentencia de 28 de diciembre de 2020, las 09h30, declaró a Lin Hawer Corrales Núñez como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal — COIP, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de diez años y multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general. El procesado presentó recurso de apelación.
2. La Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, en sentencia de 31 de mayo de 2022, las 10h08, desechó el recurso de apelación propuesto por el procesado y confirmó la sentencia subida en grado en todas sus partes.
3. De esta decisión, el procesado presentó recurso de casación.

II. Hechos acusados y hechos probados

4. La hipótesis fáctica de la acusación se contiene en lo siguiente:

[...] Pero vamos a lo principal el día 16 de enero del 2020 a las 03h00, personal del

GEMA, un grupo especializado de control en carreteras drogas, estaban cumpliendo una orden de servicio debidamente acreditada y aquí me pregunto ¿cuándo hay una orden de servicio la POLICIA NACIONAL no está en el derecho de realizar revisiones e intersección de carreteras eso dice la Constitución de la República, se necesita la presencia del fiscal para ese acto, se requiere una orden judicial, en que sistema de derecho o en qué país, o que norma se debe aplicar por parte de la ley, orden judicial, acaso que se está realizando alguna denuncia, acaso se está realizando una investigación que requiera el consejo judicial? , por favor, no paguemos por sus daños de esa defensa que dice ser científica, el procesado recurrente ha caído en manos antitécnicas, en el engaño y que lamentablemente lo ha dejado en estado de indefensión al sentenciado, y quien entienda con absoluta claridad, esos supuesto que dice GRUPO GEMA, que si existen y estaban no con una supuesta orden de servicio, ni con un supuesto cumplimiento de orden de servicio, ni un supuesto cumplimiento de paralización, son los que detuvieron la marcha del vehículo, Chevrolet Aveo Activo, color rojo, de placas RCS- 724, que viajaba en dirección San Lorenzo-Esmeraldas, siendo manejado por NUÑEZ CORRALES LIN HAWER, se identifican como POLICIA NACIONAL,



le solicitan los documentos tanto del vehículo y documentos personales se le reconoce su NACIONALIDAD COLOMBIANA, se le pide se baje del vehículo para hacer un registro al vehículo, y en la puerta derecha en el vidrio de la puerta derecha se encontraba un peso inusual a la estructura del vehículo por eso se desarma la puerta y se encuentra precisamente 10 envolturas con una sustancia blanquecina a la cual se hace una incisión que se presume que es sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, que escuche que no sabe ni siquiera lo que se dice, al menos para venir a decir algo, repase la sentencia o repase el cuaderno procesal, dice que solo encontraron 330 gramos de peso neto en la puerta mentira, mentira y que escuche el señor sentenciado, esa es la defensa que contrató, mentira se encontraron diez envolturas, y esas envolturas arrojaban un peso bruto de 11.102 gramos, y un peso neto de 10.637 gramos, y en el asiento posterior llevaba una caja como un parlante, se desarma la caja como un parlante, y se encuentra una funda de basura con otro paquete, con la misma sustancia ese paquete tenía un peso bruto, de 355 gramos, y un peso neto de 330 gramos, es decir trato de solo hacer referencia al peso neto de la sustancia que se encontró en el parlante, pero no menciona si quiera lo que se encontró en la estructura de la ventana del vehículo que conducía en la puerta derecha todo eso nos arrojó un peso bruto 11.457 gramos, y un peso neto de 10.967 gramos, que previo a aquello se pidió el análisis cualitativo de la sustancia aprehendida en la que se determinó que llegaba a 3.895 gramos, es decir quedando encuadrado su actuación en el tipo que establece el artículo 220 numeral 1, del COIP. [...]

5. Luego del análisis correspondiente, la Corte de Apelaciones, como hechos probados fijó:

[...] Corresponió el examen del fallo impugnado, en el que se observa que el Tribunal del Juicio ha sustentado la existencia de la infracción, así como la responsabilidad del procesado-recuriente sobre la base de las pruebas presentadas por fiscalía, así la materialidad de la infracción con el testimonio del Cabo de Policía Miguel Ángel Nacimba Simbaña, quien elaboró el acta de verificación y pesaje de la sustancia incautada; el testimonio

de la Bioquímica Farmacéutica Rocío de los Ángeles Villa Cují quien practicó los análisis químicos de la sustancia; el testimonio del Cabo de Policía Guido Alexis Quintero Carabalí quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos y fijación de evidencias. En lo referente a la responsabilidad se la ha acreditado con los testimonios de los agentes policiales aprehensores Guido Alexis Quintero Carabalí; Wilmer Vinicio Rivera Cunallata; y Edwin Adrián Yance Jiménez; pruebas de cargo que no han sido contradichas por la defensa del procesado, más aún que se acogió al derecho constitucional al silencio. Ahonda más, cuando la defensa del acusado en la fundamentación del recurso de apelación no ha puntualizado, cómo el Tribunal del Juicio ha incurrido en contravención expresa de la ley o causas que hayan viciado el procedimiento; en contrario fiscalía con sus pruebas ha probado el hecho fáctico y la subsunción a la normativa que penaliza el acto. Se observa que el Tribunal de Garantías Penales de Esmeraldas, con el acervo probatorio presentado por fiscalía, ha proporcionado a los juzgadores de instancia el convencimiento de la culpabilidad del procesado CORRALES NÚÑEZ LIN HAWER, más allá de toda duda razonable [...].

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. Competencia

6. La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador—CRE—, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial—COFJ—.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; el abogado Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente.

8. Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

II. Validez procesal

9. Por la fecha en que inició el proceso con la formulación de cargos, el régimen procesal aplicable a la causa es el del COIP, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradicción. El mismo fue tramitado en respeto

de las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE, y a los artículos 656 y 657 COIP. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa. En consecuencia, el proceso es válido y así se lo declara.

10. El abogado particular designado por el procesado no compareció por lo que se declaró al mismo en indefensión, disponiéndose la intervención de la Defensoría Pública con el conocimiento y aceptación previa del señor Lin Hawer Corrales Núñez.

III. Alegaciones de los sujetos procesales

11. Fundamentación del recurso de casación.- la doctora Teresa Andrade, defensora pública, en representación del procesado, expresó:

- El recurso se interpone en contra de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, que desecha el recurso de apelación propuesto y ratifica la sentencia condenatoria dictada en la etapa de juicio.
- El cargo que se fundamenta es la contravención expresa del artículo 76.7.1 de la CRE. El error se encuentra en el considerando sexto que hace referencia al análisis del Tribunal.
- Hay falta de motivación, porque una de las principales argumentaciones era un pedido de nulidad porque ha consideración del doctor se habría vulnerado el derecho a la imparcialidad del juzgador por el juez ponente, por un inconveniente con el defensor del señor Corrales.
- Sin embargo, en la sentencia, en el considerando sexto, se hace un análisis muy básico sobre los elementos de prueba, cómo se encontró la droga, el pesaje, la responsabilidad. Y se señala que la sentencia cumple con los artículo 622 del COIP, y 76.7.1 CRE. Y prácticamente no se está dando respuesta, parte de la motivación es precisamente responder a todos los cargos, aún cuando suenen ilógicos.
- Por ende, existe un vicio de apariencia por incongruencia frente a las partes.
- No hay contestación en absoluto sobre la imparcialidad del juzgador que es uno de las garantías del debido proceso, y su trascendencia es porque no se ha dado respuesta, se vulnera el debido proceso y la seguridad jurídica.
- Solicita que se declare una nulidad constitucional por falta de motivación.

12. Contestación del recurso de casación.- el doctor Wilson Espín Rosales, delegado de la Fiscalía General del Estado, contestó:

- El único cargo es la contravención expresa del artículo 76.7.1) de la CRE, por cuanto la recurrente considera que no existe motivación en la sentencia por incongruencia frente a las partes, al no dar contestación a uno de los cargos, que es la imparcialidad del juzgador.
- Si bien la defensa técnica alega que la falta de motivación es un error de derecho, la jurisprudencia ha establecido que no es propiamente un cargo casacional, pero que sí debe observar los parámetros de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional, especialmente el párrafo 100.
- La casacionista establece que no se ha dado contestación a uno de los argumentos relevantes, se establece que en el considerando cuarto de la sentencia se trata sobre una nulidad constitucional, por la orden judicial para registrar el vehículo y una enemistad con uno de los jueces del Tribunal de Juicio.
- En el considerando sexto de la sentencia, justamente titulado análisis del Tribunal, a partir del considerando 6.3 se da respuesta a las alegaciones sobre la validez procesal y específicamente que en la instrucción fiscal y en la etapa preparatoria de juicio fue patrocinado por la defensoría pública, sin que se haya dado ninguna nulidad. El Tribunal sí da contestación a estos argumentos, diciendo que se ha cumplido el debido proceso.
- Para declarar la nulidad procesal, se ha establecido que se deben cumplir principios de no convalidación, de trascendencia, y es precisamente a lo que se refiere el Tribunal ad-quem.
- En cuanto a la existencia del delito y la responsabilidad, se establece cuáles son los elementos que le permiten llegar al convencimiento.
- El recurso de apelación no puede ser un medio subsidiario, si había imparcialidad con el juez se tenía que haber presentado una recusación.
- No se ha establecido cuál es la trascendencia en la causa, más allá de una alegación genérica.
- Al no haber una deficiencia motivacional, la Fiscalía solicita que este cargo sea rechazado.

13. Réplica.- la defensa pública técnica del procesado, agregó:



- De la lectura del considerando 6.3 los jueces hacen referencia al derecho a la defensa no a la imparcialidad del juzgador. Pero sobre el pedido del abogado, no se ha manifestado nada, si cabe o no cabe. Y eso es relevante porque vulnera uno de los parámetros del derecho a la defensa, que es ser juzgado por un juez imparcial.

14. Defensa material.- el procesado Lin Hawer Corrales Núñez, directamente al Tribunal, manifestó:

Sí está de acuerdo con lo que ha dicho su abogado, no tiene nada más que agregar.

IV. Reflexiones del Tribunal

Delimitación de los problemas jurídicos materia de casación

15. El recurso de casación es extraordinario, pues para su interposición y procedencia se establecen en la ley causas y limitaciones específicas en la materia de análisis. De ahí que este medio de impugnación requiere de una técnica rigurosa para la fundamentación de los cargos de manera que los puntos de inconformidad sean encaminados adecuadamente en una de las causales de casación sin incurrir en las prohibiciones previstas en el artículo 656 COIP.

16. El recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente, el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

17. No es objeto del recurso de casación la declaración de nulidad, sin embargo, esta decisión es posible en este medio extraordinario de impugnación por dos causas:

17.1. Como medio de control de legalidad de trámite cuando, según el artículo 652.10 COIP, “al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento” cuando esta tenga influencia en la decisión de la causa y se adecúe a una de las causales previstas en la norma referida.

17.2. Como medio de control de legitimidad en cuanto a la garantía de la motivación, por mandato expreso del artículo 76.7.1) CRE, que dispone “resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”; mandato que se encuentra replicado en el artículo 130.4 COFJ. Por lo que, un reclamo

de falta de motivación no necesita adecuarse a la estructura de un cargo de casación, sino a los parámetros constitucionales de esta garantía.

18. La defensa técnica planteó como único argumento, la falta de motivación de la sentencia por cuanto no se habría dado respuesta al reclamo del juzgador imparcial formulado por la defensa particular del procesado en la audiencia del recurso de apelación. Por lo que el problema formulado en este caso, se puede plantear como el siguiente problema jurídico: ¿Los reclamos sobre la imparcialidad del juez pueden ser objeto de falta de motivación?

Respuesta problema jurídico planteado

19. La sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, emitida por la Corte Constitucional, estableció los estándares mínimos sobre la garantía de la motivación. Respecto a los requisitos argumentales para plantear un reclamo sobre esta garantía, textualmente estableció:

100. Esta Corte considera importante aclarar que, cuando una parte procesal acusa la vulneración de la garantía de la motivación en una determinada decisión judicial, no es indispensable que identifique uno de los tipos de deficiencia motivacional o de vicio motivacional descritos en esta sentencia. Lo que sí se requiere es que la parte procesal formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación. Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo: “La sentencia no motiva adecuadamente la decisión” o “La motivación de la sentencia no reúne los requisitos del artículo 76.7.1 de la Constitución”, sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público. Sin embargo, no se debe perder de vista que, en contextos específicos, como en garantías jurisdiccionales, las pautas de la motivación tienen ciertas particularidades y variaciones, como se lo detallará en la siguiente sección (ver párrs. 102ss. infra)

20. La defensa del recurrente como única razón concreta de porqué la sentencia no cumple con los requisitos mínimos de suficiencia racional, mencionó que en la audiencia de apelación la defensa alegó sobre la imparcialidad del juzgador, sin recibir una

respuesta específica al respecto.

21. La imparcialidad del juzgador es una garantía del debido proceso, sin embargo tiene sus propias figuras dentro del proceso penal ordinario como la excusa o recusación, que constituyen mecanismos legales para su reivindicación, como son la excusa y recusación, que deben ser agotadas por quienes consideren que un juzgador puede no ser imparcial, pues esta calidad se presume y solo puede ser desvirtuada mediante prueba que demuestre el riesgo de parcialidad del juez con la causa o con lo sujetos procesales.

22. En este punto, no se puede alegar imparcialidad de los juzgadores en la audiencia en la que se dictará la resolución sobre lo principal, o mediante un recurso, si no se han agotado los mecanismos procesales de manera oportuna, planteando la recusación correspondiente, incorporando en el expediente la prueba sobre los hechos concretos que ponen en duda la imparcialidad del juez y demostrando la causal de recusación.

23. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia 502-17-EP/22

40. Una expresión concreta del referido criterio se evidencia en la línea que ha mantenido esta Corte con relación a la garantía de ser juzgado por un juez competente, también reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución. En ese sentido, se ha considerado que la alegación sobre incompetencia reviste relevancia constitucional “[...] exclusivamente cuando se evidencien graves vulneraciones al debido proceso que no fueron corregidas oportunamente por la justicia ordinaria” 48 y, en consecuencia, la procedencia de dicha alegación “[...] **requiere que el accionante haya agotado todos los mecanismos procesales contemplados por el marco legal adjetivo previstos para la subsanación del vicio**”. Toda vez que la alegada falta de imparcialidad de una juzgadora o juzgador **cuenta con mecanismos ordinarios destinados a subsanarla**, este Organismo considera apropiado relacionar el criterio referido con la garantía de juez competente.

41. Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tales mecanismos ordinarios **son las figuras de excusa y recusación**. Los mismos están destinados a garantizar la imparcialidad de las y los juzgadores en las causas puestas en su conocimiento,

en virtud de que éstos pueden resultar en la separación del conocimiento de la causa de la o el juzgador que incurra en alguna causal prevista por la ley. [...] La existencia de estas figuras dentro del diseño procesal constituye una posibilidad de que la justicia ordinaria corrija de forma oportuna una situación que pueda poner en riesgo la imparcialidad. Por consiguiente, una alegación sobre la vulneración de la garantía de imparcialidad adquiere relevancia constitucional únicamente cuando se verifiquen graves vulneraciones al debido proceso **que no fueron oportunamente corregidas por la justicia ordinaria**.

24. Por lo tanto, es un error pretender alegar la imparcialidad del juzgador en la audiencia de apelación, cuando durante el proceso penal no se presentó la recusación que exige la ley, o cuando esta ya ha sido negada oportunamente. Escenario que se verifica en la presente causa.

25. Con lo expuesto, de la lectura de la sentencia, se encuentra que el Tribunal de Apelación sí dio una respuesta sobre el respeto al debido proceso en la causa, pese a ser general, esta resulta suficiente en el contexto de lo analizado; al no haberse agotado los medios legales como la recusación, su reclamo resulta intrascendente, pues no puede afectar a la decisión de la causa al no haberse desvirtuado conforme a la ley la imparcialidad del juez .

26. No se encuentra deficiencia motivacional por apariencia, pues la respuesta judicial contenida en la decisión impugnada si tiene relación con los argumentos expuestos por las partes y con lo que el ordenamiento jurídico exige del razonamiento judicial; no se encuentra ninguna contradicción entre las premisas empleadas y las conclusiones arribadas, o entre los razonamientos y la decisión final; todos los puntos desarrollados por la decisión de segunda instancia tienen relación con el objeto del proceso y no existe ningún enunciado inatinerente; finalmente, la redacción y términos empleados por los juzgadores en la exposición de su respuesta resulta es de fácil comprensión y no existe posibilidad de ninguna interpretación ambigua.

27. Con lo que se verifica que la sentencia está debidamente motivada y la decisión judicial ha tomado en cuenta los argumentos relevantes de las partes y ha dado una respuesta suficiente tanto en lo normativo como en lo fáctico, por lo que tampoco existe una vulneración a la garantía prevista en el artículo 76.7.l de la CRE, que pueda afectar a la validez de la decisión.

28. El Tribunal de Apelación, explica de manera suficiente cómo considera se han verificado la



tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta del procesado en la presente causa, estableciendo con precisión cuáles son los hechos que considera probados y cómo estos se adecuan al tipo penal aplicado.

TERCERO: DECISIÓN

29. En virtud de todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657 COIP, **“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, declara improcedente el recurso de casación propuesto por el procesado Lin Hawer Corrales Núñez. 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. MARCO RODRÍGUEZ RUIZ JUEZ NACIONAL. AB. BYRON GUILLÉN ZAMBRANO JUEZ NACIONAL

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

Esta sentencia analiza que la nulidad no es objeto del recurso de casación, pero esta puede ser tratada por el Tribunal, en virtud de control de legalidad, según el artículo 652 COIP; o la falta de motivación, por disposición del artículo 76.7.l) CRE

Se establece que la imparcialidad de los juzgadores debe ser garantizada a través de los medios legales como la excusa o recusación, y sin agotar los mismos no puede ser reclamada en la audiencia que resuelve el fondo del asunto ni afecta a su motivación.

Con lo que, se declara improcedente el recurso propuesto.

VI

Juicio Nro. 09288-2019-01369

Fecha: 26 de octubre del 2023, las 11h31

TEMA: Requisitos técnicos y argumentales de un cargo de casación. Causales excluyentes.

SÍNTESIS

Se anota que en el presente caso existe doble conforme de inocencia. Esta sentencia analiza los requisitos técnicos y argumentales de un cargo de casación. Explica por qué las causales son excluyentes entre sí. En qué consisten los pedidos de valoración de prueba o revisión de hechos que están prohibidos en casación, los que incumple el recurrente. Por lo que su reclamo a más de escueto, resulta sin fundamento jurídico ni fáctico. Además, de la lectura de la sentencia, se encuentra que esta da respuesta suficiente a todos los argumentos de las partes y se explica con claridad porqué se ratifica el estado de inocencia, sin incurrir en enunciados inatinentes, incongruentes, incoherentes o incomprensible. Por lo que no se encuentra vicio de motivación que deba ser calificado por este Tribunal. Además, reclama que se ha contravenido la ley, que existe una indebida aplicación por una errónea interpretación, invocando simultáneamente las tres causales de casación incurriendo en una contradicción de los conceptos de las causales y sin respetar el principio de autonomía; incluso omite vincular alguna norma concreta a alguna de las causales de casación. Posteriormente reclama la “falta de aplicación” que no es una causal de casación, sin plantear ninguna razón concreta de porqué considera se vulneran esas normas. Por lo tanto, el recurso de casación interpuesto, no cumple con ninguno de los requisitos técnicos, por el contrario el abogado de la víctima se ha limitado a expresar su inconformidad que ha sido ratificada en doble conforme, sin ningún fundamento jurídico concreto, por lo que no existe cargo casacional que pueda ser atendido por este Tribunal.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09288-2019-01369

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Quito, jueves 26 de octubre del 2023, las 11h31.

VISTOS:

PRIMERO: ANTECEDENTES

I. Antecedentes procesales.

1. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Milagro, provincia de Guayas, en sentencia de 09 de marzo de 2021, las 15h09, ratificó el estado de inocencia de Joffre Michael Romero Arévalo quien fue acusado del delito de daño a bien ajeno, tipificado y sancionado en el artículo 204 del Código Orgánico Integral Penal — COIP, levantando todas las medidas cautelares dictadas en su contra.

2. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar,

Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia de 30 de enero de 2023, las 10h32, rechazó el recurso de apelación presentado y confirmó la sentencia absolutoria subida en grado.

3. De esta decisión, la presunta víctima María Rosario Moyón Lema presentó recurso de casación.

II. Hechos acusados y hechos probados

4. La hipótesis fáctica de la acusación se contiene en lo siguiente:

HECHOS ATRIBUIDOS.

14. La relación circunstanciada del hecho punible tiene como antecedente la acusación Fiscal en la apertura del Juicio, de la siguiente manera: “...La ciudadana Moyon Lema María Rosario, ciudadana ecuatoriana, mayor de edad, que es casada con el Sr. Edmundo Geovanny Romero, tío del hoy procesado, la ciudadana Moyon



Lema María denunciante en esta causa, se encontraba en posesión de un local, donde ella vendía jugos naturales y desayunos, por mucho tiempo, a raíz de que ha venido de España, ahí se había ubicado por que la había puesto su cuñado y posterior el señor fallece y queda el lugar que es grande y existe una mecánica de torno, y el Sr. Joffre Michel Romero decide ampliar su negocio y no sigue el trámite normal para ampliar el local y la saca a la señora a la fuerza, rompe los candados y lanza todas sus cosas que tenía en el interior a la calle y con un grupo de personas comienza a hacer pared. En esas circunstancias se da el hecho de la víctima y se causa la infracción del hoy procesado en contra de Moyon Lema María Rosario. Fiscalía va a justificar estos hechos de este daño, que sufrió sus bienes y que fiscalía demostrará con la prueba dentro de la audiencia de juzgamiento con la prueba que se ha anunciado de manera previa. Estos hechos fue a la fecha del 22 de mayo del 2018, en este cantón Milagro en las calles Eloy Alfaro y 24 de Mayo esquina, a pocas cuadras de esta Unidad Judicial.

5. Luego del análisis correspondiente, la Corte de Apelaciones, como hechos probados fijó:

32. Por lo que la relevancia de estos indicios, medios de pruebas y de los testimonios de quienes investigaron las circunstancias en que se produjo la infracción y las experticias científicas, así como de los procesados como autores, es trascendente y determinante en este proceso, dejando establecido claramente que no existen pruebas suficientes (hechos demostrados) de que se ha cometido la infracción penal, objeto de este proceso; ni la responsabilidad penal del acusado..

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. Competencia

6. La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos

184.1 de la Constitución de la República del Ecuador— CRE— , y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial— COFJ— .

7. En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; el doctor Felipe Córdova Ochoa,

Juez Nacional; y, la doctora Mauricio Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente.

8. Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

II. Validez procesal

9. Por la fecha en que inició el proceso con la formulación de cargos, el régimen procesal aplicable a la causa es el del COIP, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradicción. El mismo fue tramitado en respeto de las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE, y a los artículos 656 y 657 COIP. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa. En consecuencia, el proceso es válido y así se lo declara.

III. Alegaciones de los sujetos procesales

10. **Fundamentación del recurso de casación.** el abogado José Escobar Ramos, como fundamento del recurso de la supuesta víctima, expresó:

Presentamos el recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Guayas, donde rechaza el recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Milagro, en el texto en el considerando 26 de la sentencia dice el tipo penal del artículo 204 que tiene seis numerales, pero en ellos hay un punto y los señores jueces lo han hecho un punto seguido que cambia el texto, digo esto por cuanto en el punto 6 dice: “ Si se destruye gravemente la vivienda de otra persona, impidiendo que esta resida en ella” Hay un punto aparte, pero los doctores de la sala lo han continuado, debe ser por eso, como no han escuchado de los testigos, porque continuando, dice: “ si se utiliza explosivos para el daño o la destrucción de bienes inmuebles, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años para la determinación de la pena, se tomara en cuenta el valor del bien al momento del cometimiento del delito, digo esto porque los señores jueces de la sala en la siguiente hoja, en el punto 30 dice: “ con lo que la sala concluye en forma objetiva que no se ha determinado la existencia, destrucción y neutralización o menoscabo de un bien ajeno, también la sala concluye que el hecho se trataba de una disputa por cuestión de herencia. La Sala

no encuentra en este testimonio medio de prueba suficiente que demuestre la existencia material de la infracción ni la responsabilidad penal del procesado”. Entonces la sentencia emita por la Sala de la Corte Provincial del Guayas, estaban proscritos para ellos cambiar dice un problema de herencia, y se está presentando por daño a bien ajeno porque todos los policías, peritos el señor Jorge Vargas, Eduardo Arévalo, Carlos Topa, Stalin Mendieta, indican cuando estuvieron presentes y cuando fueron a hacer el reconocimiento en el lugar de los hechos, que habría un derrumbe, entonces los señores no encuentran el tope, esa es la mala interpretación (audio inteligible) referente a la mala aplicación es porque le vuelvo a repetir los señores jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Guayas, en su considerando 26 redactan el artículo 204, numeral 6 y ahí ellos no separan el punto, lo hacen punto aparte, hacen punto seguido, entonces indica si se utiliza explosivo debe ser como no escucharon a los testigos, los policías o los peritos que no utilizaron este explosivo, entonces la errónea aplicación es por cuánto el Tribunal de Penal de Milagro acoge la versión solamente del testigo donde hay otras versiones de los testigos, de los policías que están en el momento de los hechos y los peritos como del señor Carlos Topa, que es el que investigó y también se presentaron otros testigos, en Fiscalía también se presentó el testimonio de la víctima no se contrarresta a lo que indica el tribunal, los señores de la Corte Provincial de Justicia indica que es problema de tierras, pero el procesado nunca presento una escritura para decir que él es dueño de esta tierra, sino es porque dañaron el bien inmueble donde está ubicado en la ciudad de Milagro, en las calles 24 de mayo y Eloy Alfaro, donde hay un taller que se lo llama Michelin que todavía está, esto es todo lo que puedo decir, con el problema de la transmisión, referente a los puntos. Solicitando que se de paso al recurso de casación, debido a que nunca se le reparo el daño a la víctima, reconociendo que los policías pueden ver en las versiones que dicen que sacaron sus cositas, que había un derrumbe de pared, pero el tribunal nunca se percató de nada.

11. Contestación del recurso de casación. el doc-

tor Wilson Espín Rosales, por delegación de la Fiscalía General del Estado, contestó:

Primer lugar, por principio de lealtad procesal y de buena fe, se debe establecer que en el presente caso existe doble conforme de inocencia, tanto por el Tribunal de Garantías Penales de primera instancia, cuánto por la Corte Provincial de Justicia que conoció el recurso de apelación y también es importante establecer que la Fiscalía General del Estado en su momento no interpuso recurso de apelación, ni tampoco es recurrente en casación en la presente audiencia. También es necesario, establecer si bien el recurso de la víctima no ha sido en lo absoluto, claro, ni con los argumentos, ni con su pretensión podemos deducir, que existe una pretensión punitiva por punto y dice que se acepte la casación y que incluso busca reparación de la víctima, lo cual estaría en contradicción con la sentencia No. 768 15EP párrafo 30 de emitida por la Corte Constitucional, en la cual se establece que únicamente el derecho de recurrir que tiene la víctima tiene como alcance las cuestiones relacionadas con la reparación integral y no puede extenderse a una pretensión punitiva, por cuanto, el único titular de la acción penal es la Fiscalía General del Estado y no es recurrente en el presente caso, este recurso sería improcedente.

12. Contestación del recurso de casación. el doctor Miguel Salazar Albán, en representación del procesado, contestó:

Esta situación viene pasando desde la presentación de la denuncia, se inició una investigación previa antes de ser notificado o citado mi representado, rindieron dos testigos, fueron y comparecieron a Fiscalía y solamente para indicarle que no existen, prueba alguna, ni idea de la investigación previa, ni la instrucción fiscal, ni cuando realizaron el recurso de apelación ante la Sala de la Corte Provincial, nunca han presentado prueba alguna que pueda determinar, la responsabilidad o culpabilidad, jamás en el proceso de la audiencia de juzgamiento se presentó testigos he indica la parte recurrente que no se ha tomado en cuenta los testigos ya que no nosotros queremos que se esclarezca la inocencia y se ratifique y por eso solicitamos la presencia de quien denunciaba, ni el denunciante, ni los testigos, nadie compareció ni



a la instrucción fiscal, peor a las audiencias, entonces, qué están reclamando solamente han hecho pasar tiempo a la justicia, nada más la parte accionante, en este caso es la que recurre, sin prueba alguna y no existe prueba que pueda determinar y tanto es así y es por eso que tanto en el Tribunal Penal y en la Sala de la Corte Provincial han ratificado el estado de inocencia, por lo cual solicito se ratifique el estado de inocencia y no se califique la casación.

13. Réplica. la defensa técnica de la recurrente, agregó:

Con el mayor de los respetos voy a llamarlo al señor abogado de la defensa técnica del procesado “ juez” , parece que él habla de que estoy haciendo pasar el tiempo a la justicia y desconoce que hay tres clases de prueba, las testimoniales, las periciales, y ahí hay, las del perito que la Fiscal Lidia señaló que es obligación de cuidar a la víctima, no es necesario que la víctima esté presente, por eso lo ampara, y al hablar que sí, que no hay testigo, como no hay testigos si hay pruebas testimoniales y las periciales.

IV. Reflexiones del Tribunal

14. El recurso de casación es extraordinario, para su interposición y procedencia se establecen en la ley causas y limitaciones específicas en la materia de análisis. De ahí que este medio de impugnación requiere de una técnica rigurosa para la fundamentación de los cargos de manera que los puntos de inconformidad sean encaminados adecuadamente en una de las causales de casación sin incurrir en las prohibiciones previstas en el artículo 656 COIP, sobre valoración de prueba o revisión de hechos.

15. Un pedido de valoración de prueba ocurre cuando se pretende que el Tribunal de casación emita criterios sobre la prueba en cuanto a su aptitud para la corroboración de hechos, con juicios sobre la suficiencia de esta, la pertinencia, la utilidad, la conducencia, etc. Por otro lado, los pedidos de revisión de hechos corresponden a aquellas solicitudes que exigen se alteren los hechos ya fijados, es decir se descarten o se agreguen circunstancias al relato fáctico arribado por los jueces de instancia.

16. No constituye cargo de casación cualquier reproche dirigido a otra instancia o actuación que no sea la sentencia de segunda instancia (primer inciso del artículo 656 COIP); o, que se fundamente en valoración o inconformidad con la prueba o que de alguna manera pretenda alterar el relato fáctico fijado por los jueces de instancia pues implica una

transgresión directa a la prohibición contenida en el último inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal.

17. Los cargos presentados por quien pretende el recurso de casación, deben reprochar a la sentencia que decide en el recurso de apelación sobre el fondo del asunto (existencia de la infracción y responsabilidad de la persona procesada); no puede sustentarse en valoración de prueba ni en cuáles son los hechos que se estiman probados, tales reclamos corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del principio de contradicción e inmediatez; limitación propia de la casación pues su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

18. De ahí que, el recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente, el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

19. Como se señaló anteriormente, el recurso de casación al ser un medio extraordinario de impugnación, es cerrado y limitado, es decir, su proposición debe adecuarse a las causales taxativamente previstas en la ley en el artículo 652 COIP (cerrado) y su materia de análisis está limitada estrictamente a cuestiones sobre la aplicación o interpretación de la norma, por la prohibición del segundo inciso de la referida norma, que impide que los hechos o el proceso de corroboración de los mismos, pueda ser revisado o alterado.

20. Por lo tanto, la fundamentación exige una argumentación racional y coherente que explique los motivos de la impugnación, adecuando los mismos a una de las causales de casación, sin incurrir en sus limitaciones.

21. Las causales de casación no pueden verificarse simultáneamente respecto de la misma norma, pues se excluyen entre sí. La contravención expresa del texto de la ley, implica que el juez omitió aplicar la consecuencia jurídica de una norma, pese a que los hechos probados guardan identidad con el presupuesto fáctico de la norma. Al contrario, la indebida aplicación, ocurre cuando el juez ha aplicado una norma (lo que excluye la contravención expresa) pese a que el presupuesto fáctico de la misma no

tiene identidad con los hechos del caso en concreto. Finalmente, la errónea interpretación implica que la norma aplicada por el juez (que excluye la contravención expresa) es la pertinente al caso (lo que excluye la indebida aplicación), sin embargo, se ha disminuido o extralimitado los efectos de la consecuencia jurídica, previstos por el legislador.

22. Por lo tanto, alegar dos o más causales de casación respecto de una misma norma, resulta técnica y lógicamente contradictorio, pues no se puede sostener que la norma pertinente ha sido omitida y al mismo tiempo reclamar que ha sido aplicada pese a no ser pertinente; ni tampoco se puede alegar que se han rebasado o extralimitado los efectos de una norma que ha sido omitida o que no corresponde a la causa.

23. Además, las normas regulan diferentes fenómenos jurídicos por lo que una misma actuación del juzgador, si bien puede vulnerar varias normas a la vez, no afecta a todas de la misma manera. Por lo que la argumentación de las razones por las que se considera se vulneró una norma deben ir de acuerdo al fenómeno jurídico que esta regula. Siendo la única excepción cuando más de una norma regula el mismo fenómeno jurídico, en cuerpos normativos de distinto orden jerárquico (Constitución – ley – reglamento – decreto ley) o de distinta especialidad (normas generales y especiales).

24. De ahí que un cargo de casación debe ser planteado de manera autónoma, invocando una sola causal de casación respecto de una norma determinada, evitando la contradicción técnica de proponer dos causales distintas sobre la misma norma.

25. En esta audiencia, el procurador judicial de la presunta víctima reclama de manera antitécnica y aglomerada, que la sentencia no está motivada sin establecer una razón concreta de porqué la respuesta judicial resulta racionalmente insuficiente; incumpliendo con los parámetros racionales para un cargo de motivación, establecidos en la sentencia 115817 EP/21 de 20 de octubre de 2021, de la Corte Constitucional:

100. Esta Corte considera importante aclarar que, cuando una parte procesal acusa la vulneración de la garantía de la motivación en una determinada decisión judicial, no es indispensable que identifique uno de los tipos de deficiencia motivacional o de vicio motivacional descritos en esta sentencia. Lo que sí se requiere es que la parte procesal formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación. Es decir, no basta

con realizar afirmaciones genéricas del tipo: “ La sentencia no motiva adecuadamente la decisión” o “ La motivación de la sentencia no reúne los requisitos del artículo 76.7.l de la Constitución” , sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público. Sin embargo, no se debe perder de vista que, en contextos específicos, como en garantías jurisdiccionales, las pautas de la motivación tienen ciertas particularidades y variaciones, como se lo detallará en la siguiente sección (ver párrs. 102ss. *infra*)

26. Por lo que su reclamo a más de escueto, resulta sin fundamento jurídico ni fáctico. Además, de la lectura de la sentencia, se encuentra que esta da respuesta suficiente a todos los argumentos de las partes y se explica con claridad porqué se ratifica el estado de inocencia, sin incurrir en enunciados inatinentes, incongruentes, incoherentes o incomprensible. Por lo que no se encuentra vicio de motivación que deba ser calificado por este Tribunal.

27. Además, reclama que se ha contravenido la ley, que existe una indebida aplicación por una errona interpretación, invocando simultáneamente las tres causales de casación incurriendo en una contradicción de los conceptos de las causales y sin respetar el principio de autonomía; incluso omite vincular alguna norma concreta a alguna de las causales de casación.

28. Posteriormente reclama la “ falta de aplicación” que no es una causal de casación, respecto de varios numerales de los artículos 11, 444, 622 y 498 del COIP, sin plantear ninguna razón concreta de porqué considera se vulneran estas normas.

29. Por lo tanto, su recurso de casación no cumple con ninguno de los requisitos técnicos, por el contrario el abogado de la víctima se ha limitado a expresar su inconformidad con la sentencia absolutoria, que ha sido ratificada en doble conforme, sin ningún fundamento jurídico concreto, por lo que no existe cargo casacional que pueda ser atendido por este Tribunal.

30. Además, tomando en cuenta que la Fiscalía no ha presentado impugnación ni ha manifestado pretensión punitiva, sino que únicamente la defensa de la supuesta víctima es quien exige de la justicia penal una sanción; este órgano jurisdiccional, debe tomar en cuenta los estándares constitucionales,



sobre la pretensión punitiva. En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 76815EP/20, ha fijado:

26. Sin embargo, las víctimas no tienen derecho en las acciones penales públicas a tener una pretensión punitiva fuera del ámbito de las competencias exclusivas de la Fiscalía. Es decir, si la Fiscalía no presenta acusación, por más que la víctima considere que existen elementos suficientes, no podrá haber juicio. De igual modo, si la Fiscalía no presenta recurso, la pretensión de la víctima no podrá agravar la pena del procesado. La pretensión punitiva materializada en la acusación y en la posibilidad de pedir el agravamiento de una pena es una competencia de la Fiscalía y no es un derecho de la víctima.

27. La acción penal es una atribución que, en general, siempre corresponde al Estado, salvo que, por decisión legislativa, existan excepciones en ciertos delitos que otorguen a la persona particularmente ofendida el ejercicio de la acción (acción penal privada). Solo en los casos de acción penal privada, la acusación particular no es subsidiaria ni contingente y la Fiscalía no interviene. En lo demás siempre rige el principio de oficialidad, según el cual el Fiscalía, único titular de la acción penal pública, persigue el delito de oficio con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, así como también tomando en cuenta los estándares específicos aplicables a la conducta investigada.

28. El hecho de que únicamente la Fiscalía tenga pretensión punitiva en los delitos de acción pública, y por ello solo su impugnación habilite el empeoramiento de la situación jurídica de la persona procesada, cobra mayor sentido al tener en cuenta el equilibrio procesal que inspira al sistema penal adversarial y acusatorio. [...]

31. Por lo que la pretensión del recurrente de revocar la sentencia absolutoria resulta ilegítima bajo los criterios de la Corte Constitucional del Ecuador.

32. De la revisión de la decisión impugnada no se encuentra un error de derecho que debe ser enmendado por el Tribunal de Casación de conformidad con el artículo 657.6 COIP.

TERCERO: DECISIÓN

33. En virtud de todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657 COIP, “ **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, declara improcedente el recurso de casación propuesto por María Rosario Moyón Lema. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD JUEZA NACIONAL (PONENTE) DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ JUEZ NACIONAL. DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

Esta sentencia analiza los requisitos técnicos y argumentales de un cargo de casación y explica por qué las causales son excluyentes entre sí. Se explica en qué consisten los pedidos de valoración de prueba o revisión de hechos que están prohibidos en casación, los que incumple el recurrente. También se establece que no cabe pretensión punitiva de la supuesta víctima si Fiscalía no ha impugnado la sentencia absolutoria. Con lo que se declara improcedente el recurso de casación propuesto.

VII

Juicio Nro. 17721-2016-0834

Fecha: 24 de noviembre del 2023, las 09h19

TEMA: Errada tipificación del Ad quem. Indebida aplicación del artículo 43 (complicidad) del COIP cuando debe aplicarse el artículo 42.1.b *ibídem* (autoría directa por omisión) en relación con los artículos 23 y 28 *ejusdem*.

SÍNTESIS

Al tenor de artículo 657.7 del COIP, este tribunal de casación, de la Sala Penal, administrando justicia en fallo de mayoría, resuelve declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos tanto por los procesados y el acusador particular por faltos de fundamentos jurídicos; Acepta el recurso presentado por FGE; Casa la sentencia de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, al haberse comprobado su errado criterio, por indebida aplicación, del artículo 43 (complicidad) del COIP, cuando debe aplicarse el artículo 42.1.b *ibídem* (autoría directa por omisión), en relación con los artículos 23 y 28 *ejusdem*; Se declaró culpables a los procesados en el grado de autores directos por no impedir o procurar impedir su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo la comisión del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 140.7 y 10 del COIP, en armonía con los artículos 42.1.b *ibídem*, en tal virtud, se les impone la pena privativa de libertad de veintiséis años, multa de 800 salarios básicos unificados del trabajador en general (SBUTG), a cada uno de ellos, y, el pago de USD. \$ 300.000 a favor del acusador particular.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2016-0834

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Quito, viernes 24 de noviembre del 2023, las 09h19.

VISTOS: El Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, constituida en órgano judicial de casación e integrada por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional (e) y Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17721-2016-0834:

I. ANTECEDENTES:

1. El 16 de junio de 2015, las 11:12, el Tribunal Segundo de Garantías Penales con sede en el cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, dictó sentencia condenatoria en contra de los procesados Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, como au-

tores del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 140.7 y 10 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), imponiéndoles la pena privativa de libertad de veintiséis años, multa de 800 salarios básicos unificados del trabajador en general (SBUTG), y, el pago de USD. \$ 300.000 a favor de la víctima, por concepto de reparación integral.

2. Inconformes con el fallo del a quo, los procesados Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, interpusieron recurso de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas.
3. El 11 de mayo de 2016, las 11:47, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, aceptó parcialmente el recurso y reformó la sentencia subida en grado respecto al grado de participación, declarándolos cómplices del delito de asesinato e imponiéndoles la pena de trece años de privación de libertad.



4. Respecto de la decisión del ad quem, los referidos encartados, así como el agente fiscal de la causa y el acusador particular Jorge René Morales Peñafiel, presentaron recursos extraordinarios de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.
5. El 24 de octubre de 2016, las 15:00, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, inadmitió a trámite los recursos de los procesados, en tanto que aceptó los del agente fiscal y acusador particular.
6. El 23 de febrero de 2017, las 14:37, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declaró procedentes los recursos de casación de las acusaciones pública y privada, casó la sentencia del ad quem, sancionando a los procesados Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, con la pena privativa de libertad de treinta y cuatro años, seis meses, por considerarles autores del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 140.5 y 7 del COIP.
7. En torno a esta decisión, los sentenciados Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes plantearon acciones extraordinarias de protección, para ante la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE).
8. El 17 de agosto de 2022, la CCE, aceptó parcialmente las acciones extraordinarias de protección, dejando sin efecto el auto de 24 de octubre de 2016 y la sentencia de 23 de febrero de 2017, expedidos en sede de casación, retro trayendo el proceso hasta antes de la emisión del auto impugnado, y, en este sentido, ordenó que se sortee un tribunal para resolver los recursos de casación interpuestos por los procesados, Fiscalía General del Estado (FGE) y acusación particular.
9. El 16 de septiembre de 2022, se sortea la presente causa, recayendo la competencia en el suscrita Tribunal de casación.
10. Finalmente, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, de fundamentación de los recursos de casación interpuestos dentro de la presente causa.

II. COMPETENCIA:

11. 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).

12. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 0082021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 042021, de 14 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional y Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional (e).

III. VALIDEZ PROCESAL:

13. Los recursos han sido tramitados conforme lo dispone el artículo 657 del COIP, en concordancia con el artículo 76.3 de la CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de cierre declara su validez.

IV. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN Y RÉPLICAS:

Fundamentación del recurrente acusador particular Jorge René Morales Peñafiel:

14. El abogado Edwin Salazar Álvarez, en representación del acusador particular Jorge René Morales Peñafiel, manifestó que:

Para poner en contexto dentro de la fundamentación del recurso de casación, es necesario citar que con fecha 16 de julio de 2015, el Tribunal Segundo de Garantías de Esmeraldas, condenó por el delito de asesinato a Carlos Montaña Cifuentes y Walter Lastra Arroyo a la pena de 26 años de privación de la libertad, pero en segunda instancia la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, con fecha 11 de mayo de 2016, reformó esta sentencia, en la cual, al no considerarles autores a Montaña Cifuentes ni a Lastra Arroyo, les impuso la pena de 13 años para cada uno, bajando incluso la multa a 60 salarios y dejando los USD. \$ 300.000 como reparación integral material. Ahora bien, se interpuso el recurso de casación porque en la sentencia del 11 de mayo de 2016 hubo una contravención expresa a la ley y sabemos que el recurso de casación no es más que el enfrenamiento entre la ley y la sentencia, se contravino el artículo 42.1.b del COIP, que dice:

“quienes no impidan o procuran impedir que se evite su ejecución, teniendo el deber jurídico de hacerlo, se consideran autores” . En este caso, Montaña Cifuentes y Lastra Arroyo, teniendo la obligación de impedir la ejecución del asesinato por parte del cabo Félix Merino Gómez Zambrano, al capitán René Michelle Morales Suárez en el sector Las Peñas, parroquia Tachina, cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas a eso de las 15:30, se produjo este asesinato porque no pudieron impedir su ejecución teniendo la obligación los procesados de impedirlo. Además, la superioridad policial del capitán tiene que velar al subalterno por el superior policial. En segundo lugar, el artículo 43, hacen una indebida aplicación de la ley, al declararles cómplices, aplicando el artículo 43, como si fueran cómplices, ellos actuaron en la comisión de los hechos como autores al no impedir, incluso cuando se produce el tiroteo por los disparos de Gómez Zambrano, repeliendo a Antonio Klinger Gómez, también Macain López, se les encuentra rastrillados sus armas Walter Abraham Lastra Arroyo como sargento de policía y al cabo Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, estuvieron ya listos para el ataque y por qué se produce esto, porque el capitán Morales tiene conocimiento que ellos llevaban en una camioneta de la policía de un patrullero en sacos de yute marihuana y al decirle al capitán Morales Suárez que depongan las armas, dejen las armas, sale Edino Gómez Zambrano y le dispara a la altura de la cara, produciéndose su muerte instantánea. El artículo 23, inciso segundo, del COIP dice: “no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica equivale a ocasionarlo” , pero a ocasionarlo no como cómplices, sino como autor, de ahí que, no participamos e impugnamos esa sentencia por declararnos cómplices, e imponer la pena de 13 años. Además, se interpreta erróneamente la ley, al manifestar la sentencia de segunda instancia del 11 de mayo de 2016, que sólo el fallecido Félix Gómez Zambrano sería el autor porque él disparó, tesis desde luego de una aberración jurídica notable, porque no solo el que dispara es autor, sino que ya hemos leído el artículo 42.1.b del COIP, que no impidieron esa ejecución de la muerte, por lo que son autores del delito de asesinato. Mi pretensión es que se revoque la sentencia de segunda instancia y se case la misma por el digno Tribunal, para que se les imponga a los procesados, Carlos Alfredo

Montaña Cifuentes y Walter Abraham Lastra Arroyo, la pena de 34 años, 6 meses, la multa respectiva y el valor de USD. \$ 300.000 como reparación material.

Fundamentación de la FGE:

15.El abogado Wilson Espín Rosales, en representación de la FGE, señaló que:

Sobre la identificación de la sentencia recurrida, es la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Esmeraldas de 11 de mayo de 2016, a las 11:47, dentro de la causa 17721-20160834, en la cual, se acepta parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los procesados Lastra Arroyo Walter Abraham y Montaña Cifuentes Carlos y se reforma de participación de los mismos, de autoría a complicidad, imponiendo la pena de 13 años. Como antecedente, es necesario tomar en cuenta que, en primera instancia, el Tribunal de Garantías Penales determinó el grado de participación en calidad de autoría y como consecuencia se impuso la pena privativa de libertad de 26 años. Señalamiento del argumento del recurso, se fundamentará la indebida aplicación del artículo 43 del COIP, cuando se debió aplicar el artículo 42.1b, en concordancia con los artículos 23 y 28 ibídem. La parte específica donde se encuentra el error de derecho en la sentencia, el error de derecho del tribunal *ad quem* se encuentra en el considerando sexto de la sentencia titulado sobre la responsabilidad de los recurrentes en los considerandos 6.1 al 6.5. Precisamente, son estos considerandos en donde se analiza el grado de participación y se determina pues que ha existido actos de carácter secundarios y no los actos principales en el delito de asesinato como correspondía. En cuarto lugar, confrontación del razonamiento del juzgador y los hechos dados por probados, en el presente caso, de acuerdo a la técnica casacional impuesta por la jurisprudencia de la Corte Nacional, es obligación del casacionista, en primer lugar, identificar los hechos probados cuando se alega el error de selección en la norma llamada a resolver el supuesto de hecho dado por probado, cuáles son los hechos dados por probados, son cinco hechos dados por probados en el considerando sexto. En primer lugar, en el considerando 6.1 se establece que la conducta de los procesados fue una reacción al ser descubiertos con el transporte de sustancia ilícita, sustancia prohibida, específicamente, marihuana, por un equipo de miembros policiales, de igual forma,



es decir, por compañeros policiales del GOE al mando del capitán René Morales, víctima y hoy occiso, el cual les solicita que abandonen el vehículo y al disponerles que entreguen sus armas para ser detenidos, se baja de manera violenta el cabo Gómez Zambrano y le propina un disparo en la cabeza de manera alevosa y sin previo aviso, la pericia balística determina que del arma de González Zambrano sale el disparo al capitán René Morales Suárez y que la bala encontrada en su humanidad proviene de esta arma, ese es el primer hecho dado por probado. En el 6.2 se da por probado y dice el tribunal *ad quem*, es verdad que los procesados, al ser descubiertos en su actuar ilícito, esto es el transporte de droga, tuvieron la intención de defender su gestión ilícita y se produce el hecho de muerte del capitán Morales. Tercer hecho por probado, numeral 6.3, que existen actos secundarios y con esto fundamentan la complicidad por cuanto Lastra Arroyo, jefe de patrulla en conocimiento de la sustancia que llevaba, no informa a su inmediato superior en el momento que lo detienen con la carga prohibida, ni tampoco reporta este hecho. Cuarto hecho dado por probado, estaban preparados para causar la muerte del capitán Morales y esto lo considera el tribunal porque dice, al estar las armas rastrilladas es evidente que estaban preparados para lo que podía ocurrir y de hecho ocurrió con la muerte por la que se los juzga. Quinto hecho, Montaño sabía que podía causar una muerte porque tenía rastrillada el arma y que podía causar efectos letales y que produjo disparos, que se defendieron del ataque armado de los miembros del GOE, estos son los hechos dados por probados. Cómo se realiza el error de derecho por parte del tribunal de segunda instancia, en primer lugar, esto es una parte muy importante, tener en cuenta que este delito se comete por miembros activos de la Policía Nacional que estaban de servicio, que se encontraban a bordo de un auto de la Policía Nacional y que tenía sus armas de dotación, por lo tanto, se debe aplicar la posición de garantes, conforme el artículo 28, inciso segundo, que dice que se encuentra en posición de garante la persona que con una obligación legal o contractual tiene su cuidado, custodia la vida, la salud, la libertad y demás bienes jurídicos protegidos. La posición de garante se da, cuando el sujeto le corresponde una función específica de protección del bien jurídico protegido y la posición de garantes de los miembros de activos de la Poli-

cía Nacional, por supuesto, deviene en un deber jurídico que establece el artículo 23, inciso segundo, que establece que no impidieron un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo, es decir, la acción por omisión. De los hechos dados por probados, se tiene que los miembros activos de la Policía Nacional no sólo no evitan la muerte, sino que tampoco procuran que se evite la ejecución del disparo que terminó con la vida del capitán Morales y que fue en su región superior, en el maxilar derecho, destruyendo la masa cerebral conforme la autopsia. El cabo Montaño y es hecho dado por probado, detona su arma de fuego contra los miembros del GOE, el sargento Lastra rastrilla su arma, lo cual, también es un hecho dado por probado, hechos dados por probados, es que tuvieron la intención de defender la gestión ilícita, es decir, la carga de marihuana que llevaban en el patrullero y que cuando se ven descubiertos ejecutan una acción armada de emboscada contra los miembros del GOE, y, por lo tanto, el tribunal de segunda instancia considera que al estar rastrilladas las armas es evidente que estaban preparados para lo que podía pasar, eso dice el numeral 6.3 y también dice que el cabo Montaño Cifuentes disparó y al hacerlo sabía que podía ocasionar la muerte y provocar hechos letales. La comisión por omisión, de acuerdo a lo que establece la doctrina, específicamente, Santiago Mir Puig, identifica tres elementos, que haya una situación típica, que haya una ausencia de acción determinada, pero sobre todo, que haya una capacidad para impedir esa acción típica. En este caso, los miembros policiales tenían todas las capacidades para evitar la muerte del capitán Morales y también para en el caso de no evitarla, procurar que esta no se dé, sin embargo, hicieron todo lo contrario, que es atacar a los acompañantes del capitán Morales, se da el error de derecho, y, esto aquí viene la norma indebidamente aplicada, que es del artículo 43, porque en el considerando 6.3 y este es muy importante, justifican que hay hechos secundarios, cómo justifican los hechos secundarios, afirma el tribunal de segunda instancia cuando Lastra Arroyo, jefe de patrulla en conocimiento de lo que llevaban, lo detienen con la carga prohibida y ni lo reportaron por los canales que correspondía aun conociendo de sobra que estaban cometiendo una infracción, ese es el hecho secundario, equivoca el tribunal en

el razonamiento porque establece actos secundarios con respecto a un delito de tráfico de drogas, no con respecto a un delito de asesinato, el fundamento absoluto de la sentencia para defender la complicidad es que no reportaron la carga ilícita, ese es el hecho dado por probado, que justifica la complicidad según el tribunal de segunda instancia. Sin embargo, no estamos hablando de un delito de tráfico ilícito de sustancias, sino de un delito de asesinato, es decir, se debía establecer los datos secundarios con relación a este delito, la norma que debía aplicarse, el artículo 42.1.b, quienes no impiden o procuran impedir que se evite su ejecución, teniendo el deber jurídico de hacerlo, son autores directos, esta es la norma que se debió aplicar conforme los derechos que han sido narrados y dados por probados por el tribunal de segunda instancia. La trascendencia del yerro jurídico, es trascendente porque este error de selección provocó, que al resolver el caso se impone la pena de 13 años y se revoque una pena de 26 años impuesta en primera instancia. Por lo tanto, al haberse demostrado este error de subsunción, este error de selección en la norma que debía aplicarse, la FGE solicita que se case la sentencia y corrigiendo el error de derecho, se aplique el artículo 42.1.b por ser autores del delito de asesinato conforme el artículo 140 del COIP y que se imponga la pena de 26 años.

2.1 Contradicción:

16.El abogado Sinibaldo Segundo Cabargas, en representación de los procesados recurrentes Carlos Montaña Cifuentes y Walter Lastra Arroyo, dijo que:

El recurso de casación, es un recurso no solamente extraordinario, sino completamente formalista, está lleno de requisitos que deben cumplirse para que se obtenga la técnica casacional y para que, con ella, puedan constatar la sentencia que se está impugnando y puedan tener una mejor visión de los argumentos que se esgriman. En cuanto a lo expresado por el doctor Edwin Salazar Álvarez, defensa de la acusación particular, este letrado es poco lo que puede alegar, por cuanto no se ha dado la técnica casacional que se exige dentro de este recurso, esto es que, efectivamente, hubo un error de aplicación de norma y se aplicó una norma indebida, se debió decir por qué se debió aplicar la norma debida o correcta. En estos momentos, no estamos para estudiar hechos, ni para exponer pruebas, estamos para hablar de hechos

probados dentro de la verdad procesal. Me referiré con más detenimiento a lo expresado por la fiscalía, el señor fiscal habla de hechos probados y habla de la ubicación exacta de la sentencia que quiere atacar, la cual, se encuentra en el punto número 6 del mismo, es decir, sobre la responsabilidad de los recurrentes. En cuanto a esto, el tribunal *ad quem*, si es cierto que cometió un error de derecho, pero no es el error de derecho de haber aplicado un artículo en vez del otro, es decir, el error de derecho no es haber aplicado el artículo 43, cuando el debido debió ser el 42, primer inciso, numeral primero, literal b, del COIP, en el 6.1. Aquí nos dan la razón en gran parte a lo que se sostuvo por el colega que me antecedió en la audiencia de apelación, la discusión sobre la situación en la que fueron descubiertos transportando drogas, hay un hecho real y es que estaban transportando drogas, eso es cierto, pero la situación aquí es que fueron descubiertos. Segundo, ellos decidieron defender su accionar ilícito, cuando me corresponda a mi sustentar, estoy seguro que le alegaré y le probaré con hechos probados y que constan en la verdad procesal de que, no es cierto de que ellos decidieron defender su accionar, tanto así que, la fiscalía dice que, para defender su accionar ilícito, ellos tuvieron una acción de emboscada contra los miembros del GOE, el señor fiscal está faltando a la verdad y en esto se incurre en una falta de lealtad procesal, porque dentro del proceso, tanto en primera instancia en el juez *a quo*, como en segunda instancia del juez *adquem*, pudimos escuchar de que el capitán, con tres suboficiales de la policía, estaban esperando en un operativo policial, a que ellos llegaran, como se puede emboscar a una persona que me está esperando a mí. La emboscada es, precisamente caerles de sorpresas a unas personas que supuestamente no están esperando, pero los integrantes del GOE estaban esperando porque supuestamente habían tenido información por parte del ULCO que se transportaban droga en posesión de mis defendidos. El 6.3, es bien claro y tenemos que tener nosotros la entonación correcta para poder leer que el artículo 6.3 del considerando sexto dice, sí lo hicieron de una manera dolosa, no sí lo hicieron de una manera dolosa, no dice sí de manera afirmativa, lo hicieron de una manera dolosa, pues cooperan con actos secundarios, cuáles actos secundarios, por qué no se enuncia cuáles son los actos secundarios en los que incurrieron



mis defendidos para poder dar los presupuestos contenidos en el numeral 7 del artículo 140 del COIP. El segundo de ellos es que, dan por probados es la muerte del capitán, la materialidad del delito de asesinato, no está en discusión en ningún momento acá, y, por último, no podemos decir ni mucho menos sostener que mis defendidos estaban en condición o en posición de evitar la muerte del capitán, lo cual, sustentaré debidamente cuando me corresponda fundamentar mi recurso de casación.

2.2 Réplicas:

17. La defensa técnica del acusador particular, sostuvo que:

El artículo 43, en la parte segunda dice anteriores o simultáneos, al hablar a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que, aun sin esos actos la infracción se habría cometido, si fuera accesoria la conducta, en el día de autos de Montaña y de Lastra, se cometió esa conducta ilícita, de no estar ellos, no se hubiere producido la muerte del capitán René Michelle Morales Suárez, por cuanto los tres estuvieron de acuerdo ilícitamente y estos son hechos probados como dice fiscalía, al salir Edino Gómez Zambrano por la parte posterior del vehículo, tener rastrillado el sargento Lastra, esos no son actos secundarios, Carlos Alfredo Montaña Cifuentes haber disparado porque la pericia se encuentra que fue percutada su arma adecuada. Entonces no son actos secundarios, son actos dirigidos a la muerte del capitán Morales Suárez o dispara Edino o dispara Montaña Cifuentes o dispara Abraham Lastra, no son actos secundarios.

18. FGE afirmó que:

Sobre lo que ha manifestado la defensa técnica de los procesados, nos da la razón, por cuanto dice que hay un error de derecho en la sentencia, dice que no es cierto que tuvieron la intención de defender la gestión ilícita, aludiendo incluso a la falta de lealtad procesal de la FGE. Le invito al señor abogado a que lea el hecho probado en el considerando 6.2 de la sentencia donde dice, tuvieron la intención de defender su gestión ilícita y se produce el hecho de la muerte del capitán Morales, no es dicho de la fiscalía, es dicho del tribunal de segunda instancia en su sentencia. Dice que cómo se puede buscar a una persona que espera, al ser descubiertos de manera sorpresiva, se produce un impacto de bala de Gómez Zambrano en la humanidad del capitán Morales y por supuesto el ataque armado de los otros dos procesados,

así como del rastrillo de las armas que ya venían desde una situación anterior. Dice que no estaban en posición de defender, me pregunto yo, ¿Si un agente policial con su arma de dotación del Estado, en un vehículo del Estado, con armas cargadas y rastrilladas no estaban en posición de defender? Por lo tanto, estos alegatos no tienen asidero y me ratifico en la solicitud inicial de que se case la sentencia.

3. Fundamentación de los acusados impugnantes Carlos Montaña Cifuentes y Walter Lastra Arroyo:

19. La defensa técnica de los procesados expresó que:

Los hechos por los cuales se va a fundamentar este recurso de casación ya ha sido anunciado por la parte que me antecede, la cuál es la sentencia que fue emitida el 11 de mayo de 2016 por la Sala de la Corte Provincial de Esmeraldas, en la cual, se encuentra como procesados mis defendidos Walter Lastra Arroyo y Carlos Montaña Cifuentes. Para cumplir con la técnica casacional, nosotros en este recurso estamos casando el recurso de apelación que reforma parcialmente la sentencia subida en grado emitida por el tribunal antes mencionado, que el tipo penal corresponde al artículo 140, numeral 7 y 10 del COIP. En cuarto a la materialidad del tipo y el artículo 43 del COIP, en relación a la participación de los ciudadanos Walter Abraham Lastra Arroyo y el ciudadano Montaña Cifuentes Carlos Alfredo. Los cargos casacionales que se establece son: la violación de la ley, por errónea interpretación del numeral 7 del artículo 140 del COIP, en la tipificación del delito de asesinato y también la errónea interpretación del artículo 43 del COIP. La parte específica de la sentencia impugnada en la cual se encuentra el error de derecho, está en los considerados sexto, séptimo y parte resolutive de dicha sentencia. Segundo, la confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la interpretación del artículo 43 del COIP y del numeral 7, específicamente, el artículo 140 de la norma *ibidem*, ubicándonos en el considerado sexto sobre la responsabilidad de los recurrentes, el tribunal sostiene textualmente, fue enunciado por fiscalía, sí lo hicieron de una manera dolosa, pues cooperan con actos secundarios cuando el jefe de la patrulla Lastra Arroyo, en conocimiento de lo que llevaba, no informan de inmediato a su superior el momento en que los detienen que transportaban esa carga prohibida

y lo habían reportado por los canales que correspondían. En la atención al análisis expuesto *ut supra*, el tribunal de apelación determina que la forma comisiva del delito es por omisión de la información sobre el transporte de la droga y que la finalidad de los procesados era defender la gestión ilícita y se produce el hecho de la causa de la muerte de capitán Morales. Este análisis que realiza la sala, es el que permite al juez plural enmarcar la conducta entre el artículo 140.7 y establece la responsabilidad como una complicidad, interpretando nuevamente de forma errónea el artículo 43 del COIP, porque en el considerado 6.4 el tribunal de alzada, vuelve a manifestar lo siguiente, partiendo de la premisa que no tiene oposición alguna, la muerte del capitán René Morales es claro que se ha convertido en una infracción dolosa donde se ha demostrado el nexo causal entre el resultado de la complicidad de los procesados, cumpliéndose lo que determina el artículo 455, pues es un hecho real la muerte de la persona antes mencionada, por la acción directa del autor del disparo y la cooperación de los procesados. Como se ha señalado, el artículo 140, que habla del asesinato, en el numeral 7, establece verbos nucleares, los cuales son cuatro, preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción, pero el error de tipificación del numeral 7, del 140, se evidencia en esas dos consideraciones del tribunal de alzada, al determinar que la muerte del capitán se da como una forma de preparar, facilitar, consumir u ocultar otra información, sin determinar de manera precisa en cuál de los verbos se encuadraría las circunstancias materiales de la infracción. Sin embargo, hay que partir que para el *ad quem* el hecho de omitir la información del transporte de la droga constituyó una forma de cooperación secundaria para la muerte al capitán Morales, es decir, que para el tribunal de alzada el alcance del numeral 7, está determinado en que al ocultar el transporte de la droga, los procesados cooperaron con Gómez Edino para la muerte del capitán Morales. Pero, por qué hay un error de interpretación en este numeral, porque la naturaleza legislativa, el espíritu de la ley de este numeral 7, del artículo 140 y que doctrinariamente está recogido en algunas resoluciones en la Corte Nacional, es que cuando la *iter criminis* o proceso de una infracción penal se perfecciona un delito medio, para preparar, facilitar, consumir u ocultar un delito fin, verbigracia, Sinibaldo Cabarcas con-

cierta con dos personas ir a robar el banco x, para poder asaltar el banco x, tenemos que someter bajo cualquier situación al vigilante, entonces, ese sería un delito medio para obtener el delito fin que sí sería robar, el delito fin era aquí transportar droga, nunca el delito fin era el asesinar. Entonces, mal sería decir que el delito medio fue transportar droga para obtener el delito fin que era el asesinato, en este caso concreto, el acto del transporte de sustancias catalogadas de fiscalización es un delito de mera actividad o de mera conducta, se perfecciona o se agota por sí solo y no permite fácticamente su adecuación típica como actos preparatorios en el delito de asesinato. Escúchese bien, no se puede tomar el delito de tráfico de drogas por ser de mera conducta o de mera actividad, como un acto preparatorio en el delito de asesinato, por lo tanto, se ha incurrido en una errónea interpretación aplicada al caso concreto, porque ellos sí habían sido descubiertos, que el capitán René Morales había tomado procedimiento y que la muerte del capitán Morales se producía en minutos después de haber sido interceptado el vehículo de los procesados descubiertos en el acto de transportar la sustancia a fiscalización, hubo una ruptura temporal y espacial entre un acto y el otro, entre el transporte de la droga y la muerte del capitán, este análisis es el que conlleva de la misma forma a una errónea interpretación del artículo 43 del COIP, los cómplices responderán como cómplice las personas que en forma dolosa faciliten o cooperen con datos secundarios anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que, aún sin esos actos la infracción se habría cometido. El policía, el capitán y el cabo Edino, estaban a 8 metros de donde estaban los demás, cómo se obliga a un imposible a mis defendidos hoy, a que a 8 metros pudiesen impedir la reacción intempestiva e impulsiva del cabo Edino, de asesinar o de disparar porque fue un disparo, que fue ocasionado porque Edino Gómez, que esto sí es un hecho probado y así reposa en el expediente, y lo dice la misma parte resolutive de la sentencia por todas las circunstancias procesales existentes demostrativas del nexo causal entre los hechos fácticos y el resultado, actuaron de manera dolosa al ser sorprendidos en la comisión de infracción por la que se ha procesado independientemente, participaron con actos secundarios anteriores a la infracción penal, por lo que están procesados y



juzgados, acepta parcialmente el recurso de apelación presentado, pues los procesados participaron en el delito tipificado y sancionaron al artículo 140 cumpliéndose las circunstancias de los numerales 7 y 10 del COIP. En el caso concreto, la única omisión posible en este escenario era haber observado el movimiento del cabo Edino estaban a 8 metros en la oscuridad de la noche y no haber impedido ese disparo, la Sala de la Corte Provincial de Esmeraldas establece que se encuentra probado por la fiscalía que el autor directo del deceso de René Morales fue el cabo Gómez Zambrano Félix Edino lo que se demostró con la pericia balística, que prueba que el único disparo recibido por el capitán fue disparado del arma glock serie mwec 173, perteneciente a Gómez Zambrano Félix Edino y que fiscalía no demostró participación o autoría directa de los procesados Lastra y Montaña Cifuentes en el delito cometido. El tribunal de alzada viola el numeral 7 del artículo 140 y el artículo 43 del COIP al darles una interpretación normativa que no les corresponde y que es contraria a lo establecido en el artículo 13 del COIP. Existe a su vez, falta de debida motivación, vamos a hablar de la trascendencia del yerro jurídico, existe una falta debida de motivación por cuanto al tribunal de alzada no hace una relación jurídica de los hechos expuestos en el recurso de apelación, tanto así que, en el numeral cuatro, no motiva por qué la conducta se adecua a las circunstancias de numeral 7 del 140, y lo infiere a través del análisis de responsabilidad en el numeral sexto, sin hacer un análisis concreto de los hechos y de sus circunstancias, este error es la interpretación sobre el alcance del numeral 7, es lo que le permite al *ad quem* realizar un juicio de reproche a los procesados Lastra y Montaña como cómplices, de un acto que fue de total dominio y decisión impulsiva propia del cabo González, está probado con una interrupción entre un acto y otro y con un procedimiento colisivo que no fue que cuando estuvieron en el vehículo que se movilizaron, los procesados empezaron disparos como están queriendo hacer creer, el procedimiento colisivo ya había sido iniciado por el capitán Gómez, por ser el agente policial con más jerarquía. Entonces, al erróneamente interpretar el numeral 7 del artículo 140 del COIP se extiende al alcance de la teoría de participación en la complicidad, lo cual es completamente contrario a lo que establece el artículo 13, primer inciso, nu-

merales dos y tres del COIP. Es por eso que, solicito a ustedes que se case en sentencia y que se nos conceda el recurso al cual hemos acudido ante ustedes, que se declare en una sentencia, estado ratificatorio de inocencia de los señores Lastra y Montaña, porque nunca se les ha probado que hayan sido autores directos del mismo, pero tampoco se adecuó el artículo 43 a las condiciones fácticas que contiene la verdad procesal que es la que debemos observar, lo que no existe en el proceso, no existe en el mundo del derecho para este caso.

3.1 Contradicción:

20. FGE dijo que:

En relación a los argumentos de casación de la defensa técnica de los procesados recurrentes, se ha alegado la errónea interpretación del artículo 140, numeral 7 y la errónea interpretación del artículo 43, esto, por cuánto considera que hay un error en la sentencia, por cuánto los actos secundarios más bien se han determinado para un delito de tráfico de drogas y no del delito de asesinato, así como tampoco se ha encasillado el verbo rector del numeral 7, del artículo 140 y que el delito fin era el transporte ilícito de drogas. El recurso que casación, es un recurso técnico que requiere de un alto estándar de tecnicidad, de quien lo propone, del casacionista, del censor. El recurrente plantea la errónea interpretación, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Nacional la errónea interpretación es cuando hay una adecuada selección de la norma, pero se le da un alcance que esta no tiene o que el legislador no la previó, si se alega que existe una errónea interpretación del numeral 7 del artículo 140, quiere decir que el recurrente está de acuerdo con la aplicación de esta norma, sin embargo, no está de acuerdo con la interpretación que se ha dado y para fundamentar esto, establece que, se han establecido actos secundarios de otro delito que es del delito de tráfico de drogas, y, por lo tanto, también pide la errónea interpretación del artículo 43. Si el recurrente alega que hay una errónea interpretación del artículo 43, porque se han establecido actos secundarios de otro delito, al mismo tiempo, fundamenta dos cargos casacionales de dos normas, es decir, no cumple el principio de autonomía y en definitiva, lo que hace más bien es responder a la casación fiscal en lugar de argumentar su recurso, porque dice que no estaban en capacidad de responder al atentado a la vida del capitán Morales y se dedica más

bien el casacionista a tratar de desestimar los argumentos de casación de la fiscalía en lugar de fundamentar su recurso. No ha establecido la trascendencia del supuesto error de derecho en la decisión de la causa, no nos indica en qué parte de la sentencia está este error, ni ha confrontado el razonamiento del juzgador, y, por lo tanto, no ha cumplido el principio de debida fundamentación, en lo que sí nos da la razón, más bien el recurrente, es que se ha establecido actos secundarios con respecto a otro delito, cuando se debió establecer más bien actos directos de la muerte del capitán Morales, por lo tanto, este cargo no se encuentra motivado. En segundo lugar, solicita la falta de motivación, sin embargo, se lo hace de una manera absolutamente genérica, no se cumplen los estándares de la sentencia 1158 de la Corte Constitucional, no nos ha indicado con claridad y precisión en la deficiencia motivacional, cuál es el vicio motivacional, mucho menos la trascendencia. Por lo tanto, la FGE, al no haberse cumplido con el principio de debida fundamentación, solicita que este recurso sea rechazado.

21. Acusación particular dijo que:

Hubo un galimatías jurídico total y absolutamente incomprensible, qué delitos estaba tratando el casacionista, delito de asesinato o de tráfico de drogas, no se le entendió absolutamente nada. Dice que hay falta de motivación de la sentencia, pero es un decir literario, es una composición poética, es decir, literalmente, que no hay motivación, nos ha hablado acaso del nuevo test motivacional, de la inexistencia, de la insuficiencia, de la apariencia, la apariencia que se divide en coherencia, incongruencia, inatención, incomprensible, no, como dijo el fiscalía, solo genérico, no es parte de la motivación. En segundo lugar, acepta la complicidad y luego pide la ratificación del estado de inocencia, además, hay que argumentar de que ya no estamos en el causalismo puro, nuestra teoría del caso se basa en la imputación objetiva, que guarda carta de ciudadanía en las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, qué quiere decir, en base a la teoría del riesgo permitido o del riesgo exacerbado. Aquí Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, traspasaron el riesgo permitido, cayendo en el riesgo prohibido, porque estaban rastrilladas sus armas, ya traspasó, diferente es que como policías cargue

su arma en la cintura, entonces, ahí está el riesgo permitido, al estar en la parte posterior Edino Gómez Zambrano, quién mata a Michelle Morales Suárez, estuvieron ahí, no con actos accesorios y porque podían evitar una muerte, tenían la capacidad de evitar una muerte, se produjo, porque se actuó con omisión dolosa, ya lo dijo magistralmente fiscalía, estaban en la capacidad de preservar la vida de la libertad y quien comete esto, es autor directo, lo que se llama ahora, cuando unimos o conectamos a la acción y a la omisión y en este caso el 28 del COIP nos habla de la autoría de la omisión dolosa en relación al 41.1.b, pero él no nos ha dicho nada. Solicito que no se case la sentencia mediante el recurso de los procesados.

3.2 Réplica:

22. La defensa técnica de los procesados señaló que: La fiscalía está diciendo que yo le doy la razón, porque estoy asegurando que existe un error de derecho en la aplicación del artículo 43, y, no es así, como en el examen de la universidad, que lo que decía el compañero yo lo acomodaba a lo que necesitaba porque no había dado la respuesta correcta, fui puntual, qué parte de la sentencia se estaba atacando. En cuanto a la autonomía, no es cuento de este colega, el hecho de que si existe una, dos o tres normas que hayan sido indebidamente aplicadas o erróneamente aplicadas en derecho se puedan citar, que no he fundamentado su recurso, espero que sea solo fiscalía y la acusación particular que no me hayan prestado atención, nunca se aceptó la complicidad, y, es cierto, porque no se dan los presupuestos ni objetivos ni subjetivos contenidos en el tipo penal del artículo 43 del COIP. El colega de la acusación particular habla del causalismo, a mí me gustaría que dentro de ese rango de motivación, la Sala de Esmeraldas se hubiese identificado como una de las escuelas propias del derecho, el causalismo, el finalismo, el post finalismo o el funcionalismo, cuál aplicó, porque pareciese más bien, que la que aplicó fue el causalismo, retrocediendo 200 años en la historia, a la época de Maquiavelo y a la época en que se escribieron De los delitos y las penas, el Conde de Beccaria, es decir, si ellos no hubiesen transportado la droga, no hubiese muerto el capitán Morales, qué réplica fuera de contexto, imposibilita un obligatio nemo, nadie está obligado a lo imposible y



si bien es cierto que estamos diciendo que se aplicó mal el artículo 140 en su numeral 7, es porque con este es que se determina la participación dentro del asesinato y su grado de participación es con el 43 del COIP, en calidad de cómplices y no existe ni lo uno, pero tampoco existe lo otro. Yo le solicito a usted que se case en sentencia el recurso interpuesto por este letrado y nuevamente le digo que se declare y se aplique lo que corresponde en derecho y es la ratificatoria de inocencia, por cuanto no se probó la participación directa en juicio de mis defendidos y por cuanto no aplica la complicidad como su grado de participación, ustedes están facultados para hacer casación de oficio en el caso de que alguna de las técnicas casacionales hayan sido indebidamente planteadas.

V. PROBLEMA JURÍDICO:

23. A partir de los tres recursos de casación interpuestos en el sub lite, han surgido al menos cuatro problemas jurídicos, materia de verificación en el fallo de alzada, a saber: a) contravención expresa y errónea interpretación del artículo 421.b del COIP; b) indebida aplicación del artículo 43 del COIP, cuando se debieron aplicar los artículos 42.1.b, 23 y 28 ibídem; c) errónea interpretación de los artículos 140.7 y 43 del COIP; y, d) vulneración a la garantía de motivación, contemplada en el artículo 76.7.1 de la CRE.

VI. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

6.1 Sobre el recurso de casación:

24. La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se construye 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.
25. 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.

26. 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.
27. 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 Constitución de la República, 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.
28. 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 invocado artículo 656 del COIP.
29. 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, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.

Sobre el caso en concreto:

30. En orden a dilucidar las hipótesis casacionales que impusieron los tres impugnantes, esta Corporación de mayoría resolverá las mismas, teniendo como basamento el principio de prioridad. De esta manera, en primer término, se abordará el recurso planteado por la defensa técnica de los encausados, toda vez que, uno de sus alegatos se contrae a la vulneración de la

garantía constitucional de la motivación, posteriormente, se estudiarán las pretensiones trazadas por la acusación particular, y, finalmente, las traídas a colación por FGE, pues tales tesis tienen efectos que se contraponen unas de otras, cuya procedencia generaría que se volviese inocuo pronunciarse acerca de las otras.

31. Bajo el esquema delineado *ut supra*, los procesados impugnantes Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alberto Montaña Cifuentes, a través de su defensa técnica, al fundamentar su recurso, bosquejaron dos tesis, a saber:

i. Vulneración de la garantía de la motivación, prevista en el artículo 76.7.1 de la CRE, al no haber el *ad quem* realizado una “relación jurídica de los hechos”, lo cual, habría incidido para que no se analice la adecuación típica de sus conductas al ilícito de asesinato.

ii. Errónea interpretación de los artículos 43 del COIP grado de participación de cómplice y 140.7 *ibidem*-tipo penal de asesinato, con la circunstancia relativa a preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción, dado que, para el juzgador de alzada el hecho de ocultar información del transporte ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, habría constituido una forma de cooperación secundaria para el asesinato cometido en contra del ahora occiso, sin considerar que el delito fin era transportar la sustancia ilícita y no asesinar.

32. Así las cosas, en torno a la primera pretensión, cuya finalidad está dirigida a que se declare la nulidad del fallo de apelación, al estar supeditada a la conculcación de una garantía constitucional, la jurisprudencia indicativa de esta Sala Especializada de lo Penal de esta Alta Corte ha anotado que, no es necesario que el recurrente adecue tal demanda a una de las causales de casación previstas en el artículo 656 del COIP, esto es contravención expresa, errónea interpretación o indebida aplicación.

33. Empero, la censura de inmotivación debe estar provista del principio de debida fundamentación establecido en el artículo 657.3 del COIP, en relación con los parámetros que exige la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), cuando aborda la garantía de la motivación, en la sentencia No. 115817EP21, de 20 de octubre de 2021, cuyo párrafo 100 dice lo siguiente:

100. Esta Corte considera importante acla-

rar que, cuando una parte procesal acusa la vulneración de la garantía de la motivación en una determinada decisión judicial (...) se requiere es que la parte procesal formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación.

Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo: “La sentencia no motiva adecuadamente la decisión” o “La motivación de la sentencia no reúne los requisitos del artículo 76.7.1 de la Constitución”, sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume,

como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público (...).

(sic) (Las negrillas pertenecen a este Tribunal de cierre)

34. Del texto jurisprudencial que precede, se evidencia que la CCE demanda que la parte procesal que reprocha inmotivación, exprese de forma notoria y puntual los motivos por los cuales se habría generado la transgresión de tal garantía, pues la “suficiencia de la motivación se presume.”

35. En la especie, este máximo Órgano de justicia ordinaria en materia penal del país, en voto de mayoría, encuentra que, la defensa de los procesados casacionistas, no aportó con razones claras y precisas que justifiquen inmotivación en la sentencia de segunda instancia, en la medida en que, su único argumento: supuesta falta de explicación en torno a la adecuación típica de las conductas de los procesados, al delito de asesinato, al ser vago, genérico e indeterminado, devino en un enunciado sin sustento jurídico.

36. En tales circunstancias, el objetivo encaminado a que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de segundo nivel, no prospera, pues además, la prolija revisión de la misma, devela que esta se ajusta a los parámetros mínimos de motivación establecidos en el artículo 76.7.1 de la CRE, que constituye la matriz del fallo No. 115817EP21 dictada por la CCE, esto es que, alcanza a enunciar los principios y normas en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación en relación con los antecedentes de hecho del caso en concreto.



37. Respecto del segundo reproche mencionado por los procesados recurrentes, esto es el de errónea interpretación de los artículos 43 y 140.7 del COIP, se tiene que, en principio, se ajusta a una de las causales de casación previstas en la ley, también conocida como error de interpretación, la cual acaece cuando el juzgador selecciona correctamente la norma y la adecua al caso concreto, sin embargo, yerra cuando al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene, o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido. De esta manera, para que tenga cabida esta causal, como cargo casacional, el impugnante debe justificar que el juzgador ha confundido el sentido y alcance de la norma aplicada.

38. En el *sub iudice*, este Juzgador pluripersonal de esta Alta Corte en voto de mayoría, advierte que los encartados recurrentes inobservaron parámetros básicos para que la casación de carácter técnico y extraordinario, de control de la legalidad y del error judicial, conforme lo prescribe el artículo 10 del COFJ, sea declarada procedente, por varios aspectos sustanciales, que a continuación se detallan:

- a) La identificación del razonamiento errado sobre las normas correctamente aplicadas por el juzgador de apelación como exige la modalidad de errónea interpretación en el *sub iudice* devino en estéril y anodina, pues cuestionar la derivación de actos secundarios por la participación de un delito medio (tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización), para alcanzar un delito fin (asesinato), se aleja del principio de verdad procesal, puesto que, el juicio de participación construido por el *ad quem* no se cimentó en un concurso medial de delitos, sino a partir de la necesidad de ocultar un ilícito previo, lo cual, a criterio de este Tribunal de casación contiene un yerro jurídico, pero con premisas disímiles a las sugeridas por los encartados;
- b) Asimismo, los encausados también inobservaron el principio de autonomía ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, toda vez que, bajo un mismo argumento: derivación de actos secundarios a partir de una supuesta participación de un delito medio, para alcanzar un delito fin, pretendieron cobijar al unísono la conculcación de dos normas

distintas, la una que tiene que ver con el grado de participación de cómplice (artículo 43 del COIP) y la otra que hace relación al tipo penal de asesinato (140.7 *ibidem*), cuando su obligación era exponer de forma independiente las razones por las cuales el juzgador de alzada erró en determinar el sentido y alcance de cada uno de dichos preceptos jurídicos; y,

- c) Como consecuencia de lo anotado en los acápites inmediatos anteriores, los acusados no lograron definir la forma en que el juzgador de alzada habría confundido el sentido y alcance de las normas supuestamente vulneradas (artículos 43 y 140.7 del COIP), ni especificaron la manera correcta de interpretarlas, en consecuencia, resulta inobjetable que incumplieron palmariamente con el principio debida fundamentación, que se encuentra taxativamente previsto en el artículo 657.3 del COIP.

39. Por consiguiente, la segunda y última censura casacional formulada por los encausados, tampoco tiene viabilidad jurídica, y en tal virtud, su recurso debe ser rechazado.

40. Por otro lado, la defensa técnica del acusador particular Jorge Morales Peñafiel, trazó los siguientes cargos casacionales:

I. Contravención expresa e indebida aplicación del artículo 42.1.b del COIP, bajo el supuesto relativo a que los procesados Walter Lastra Arroyo y Carlos Montaña Cifuentes, tenían la obligación de impedir la muerte del ahora occiso, capitán René Morales Suárez, y, no lo hicieron, tanto más, por la jerarquía del ahora occiso dentro de la Policía Nacional.

II. Indebida aplicación del artículo 43 *ibidem*, en virtud de que, los justiciables al estar listos para el ataque, rastillaron sus armas cuando se produjo el tiroteo, y, en este contexto, no hicieron nada para impedir la muerte del capitán René Morales Suárez.

41. Al respecto, en primer término, es necesario precisar que, si bien el recuso de la acusación privada persigue agravar la situación jurídica de los procesados, aquella postura jurídica no contraviene los límites impuestos por la sentencia No. 76815EP/20, de 02 de diciembre de 2020 expedida por la CCE, cuando discurre sobre el principio de la *non refortmatio in peius*, puesto que, en el caso in examine, también FGE, como

titular de la acción penal pública, planteó recurso de casación con pretensión punitiva, conforme se develará en párrafos posteriores.

42. No obstante lo manifestado, los dos reproches casacionales argüidos por el acusador particular, padecen de similares deficiencias técnicas a las expuestas anteriormente, las mismas que serán desplegadas a continuación por este Tribunal de cierre:

- a) La primera blandura avistada, consiste en que el acusador particular pasó por alto el principio de autonomía no solo porque no confrontó el contenido de los artículos 42.1.b y 43 del COIP, con el razonamiento del juzgador al momento de aplicarlas o interpretarlas, sino además, debido a que mentó a una norma jurídica considerada como transgredida (artículo 42.1.b del COIP), bajo dos causales de casación: contravención expresa e indebida aplicación, lo cual, no es jurídicamente viable, dado que, cada una de las modalidades tiene sus propias especificidades, y, por ende, son excluyentes unas de otras;
- b) De esta manera, también la acusación privada inobservó los principios de trascendencia y debida fundamentación pues además, no individualizó la parte del fallo recurrido en donde se encontrarían los errores de derecho argüidos, y, menos aún, analizó la incidencia que estos yerros habrían tenido en la decisión de la causa; y,
- c) En esta línea de inconsistencias, el censor acusador particular, en sus alegatos, se limitó a traer a colación el cuadro fáctico, dejando entrever que su pretensión ulterior estuvo dirigida a que este Tribunal de cierre estudie una vez más el acervo probatorio actuado en la audiencia de juicio, que ha sido valorado por los juzgadores de instancia, en uso de sus facultades, lo cual, se encuentra prohibido en sede de casación, por expresa disposición legal contenida en el último inciso del artículo 656 del COIP, que dice: “No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”.

43. En virtud del análisis precedente, esta Corporación encuentra que los cargos casacionales

alegados por el acusador particular Jorge Morales Peñafiel, no superan los requisitos técnicos y jurídicos legalmente previstos, y, en tal virtud, su recurso también debe ser desestimado.

44. Finalmente FGE, a través de su delegado, planteó una sola demanda casacional en contra de la sentencia de apelación, a saber: indebida aplicación del artículo 43 del COIP (complicidad), cuando en su lugar se debió aplicar el artículo 42.1.b *ibídem* (autoría directa, por no impedir la ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo), en relación con los artículos 23 (posición de garante) y 28 (omisión dolosa) *ejusdem*, bajo el criterio relativo a que el juzgador de segunda instancia habría errado al momento de edificar su juicio de participación, toda vez que, estableció complicidad, como grado participación de los procesados, en función de que estos habrían ejecutado actos secundarios emanados del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cuando habrían actuado en calidad de autores, por omisión, del injusto de asesinato en contra del ahora occiso capitán René Morales Suárez.

45. Así fijado el núcleo central de la censura de la acusación pública, se tiene que la misma está apegada a la técnica casacional que rige para este medio extraordinario de impugnación, en la medida en que, cumple con todos los principios que rigen al recurso, como son los de taxatividad, trascendencia y autonomía. Además, luego de la revisión del fallo impugnado, se advierte que, de los hechos que se dan por probados, en efecto, existe yerro en el juicio de participación que ha sido elaborado por el *ad quem*, conforme se ahondará posteriormente.

46. En esta línea de aciertos, FGE formula una proposición jurídica completa, al especificar la norma que considera incorrectamente aplicada por el *ad quem*, (artículo 43 del COIP), así como los artículos que se debió aplicar en su lugar (42.1.b, 23 y 28 *ibídem*), y, también, determina la parte del fallo de segundo nivel, que contendría el error de derecho, esto es, el considerando sexto: “SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS RECURRENTES”, específicamente, en los numerales 6.1.a 6.5..

47. Ahora bien, en torno a la justificación de la causal alegada, conforme se expuso en numerales anteriores, esta tiene lugar cuando el juzgador de alzada yerra al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la



narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en la sentencia de alzada, lo cual, ha podido ser acreditado por parte de la acusación pública, dado que, la subsunción efectuada por el juzgador de apelación no corresponde al contenido fáctico en relación con la prueba; y, por ende, existe equívoco en la determinación del grado de participación de los procesados, considerando que, el juzgador de segunda instancia omitió analizar la actuación de los procesados Walter Arroyo y Carlos Montaña a la luz de las modalidades de conducta del artículo 23 del COIP (acción y omisión), en relación con el artículo 28 *ibidem* (omisión dolosa).

48. Efectivamente, el yerro evidenciado consta en el numeral sexto: “SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS RECURRENTES”, del fallo objetado, en la parte que se lee, lo siguiente:

SEXTO: SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS RECURRENTES. Por todo lo procesalmente actuado, es evidente la muerte de un ciudadano, servidor público policial el Capitán René Morales Suárez, y de otro, el también servidor público policial Cabo Gómez Zambrano Félix Edino. 6.1. La discusión sobre la situación en la que fueron descubiertos transportando droga, en este caso marihuana, deviene en una violenta reacción del Cabo Gómez Zambrano Félix Edino que, (como dicen indubitablemente todos los testigos del hecho al rendir testimonio en la audiencia de juicio), con su arma de dotación dispara a la cara de su superior y le ocasiona la muerte, siendo este el directo responsable de dicho deceso. La pericia balística determina que del arma de Gómez Zambrano sale el disparo contra René Morales Suárez, y la bala encontrada, extraída del cuerpo de esta persona, el mismo informe dice que salió de dicha arma, pistola marca Glock, serie MWS173 perteneciente a Gómez Zambrano Félix Edino. 6.2. El Tribunal que conoce la presente causa, con la más absoluta imparcialidad llega a la conclusión que la Fiscalía no ha demostrado la autoría directa de los procesados Lastra Arroyo y Montaña Cifuentes en el delito cometido. Si bien es cierto el Art. 42 del COIP establece varias modalidades de la autoría, directa, mediata y coautoría, no encontramos que se haya podido demostrar la participación de los procesados como autores directos. Es verdad que los procesados

en conocimiento de que habían sido descubiertos tuvieron la intención de defender su gestión ilícita y se produce el hecho de la muerte del Capitán Morales, pero ellos no obran ejecutando la acción directa que terminó con la vida de dicha persona. 6.3. Si lo hicieron de una manera dolosa, pues cooperan con actos secundarios cuando el jefe de la patrulla Lastra Arroyo en conocimiento de lo que llevaban no informa de inmediato a su superior el momento que los detienen que transportaban esa carga prohibida, ni lo habían reportado por los canales que correspondía conociendo de sobra que estaban cometiendo una infracción, pues su pretendida exculpación diciendo que encontraron la droga en el camino, no fue demostrada y más bien se dio al traste con la estratagema al existir la pericia que demuestra que en el trayecto de Rio Verde hasta donde los detiene el Capitán Morales el vehículo no se detuvo en ninguna parte. Eso significa que mintieron en relación a sus dichos ya analizados. Al estar las armas rastrilladas, es evidente que estaban preparados para lo que podía ocurrir, y de hecho ocurrió con la muerte por la que se los juzga. Consecuentemente, no se encuentra justificada la participación de los procesados en condición de autores en la modalidad de autoría directa señalada en el numeral 1, literales a) y b) del Art. 42 del COIP, perseguidas por Fiscalía y la acusación particular, ni en las demás modalidades previstas en dicha disposición legal; pero si como cómplices al tenor de lo establecido en el Art. 43 del COIP. Quien disparó y ocasionó la muerte de manera directa del Capitán Morales fue Gómez Zambrano Félix Edino, y los procesados es evidente que colaboraron con actos anteriores secundarios en esa muerte, más aún si consta la prueba de microscopia electrónica de barrido, que del arma MWS266 asignada al cabo Montaña Cifuentes se disparó, y al hacerlo sabía que podía causar efectos letales, el hecho de haber resultado herido esta persona en el evento obedece a la reacción de los policías acompañantes del Capitán, que en una situación de esta naturaleza debía también protegerse y neutralizar el ataque. No debemos dejar de considerar que han pretendido estos inculpar al fallecido Gómez Zambrano como la persona que encontró la droga, cuando de

los análisis a los hechos se encuentra probado que resultó una estrategia planeada para pretender justificar un hecho reprochable desde todo punto de vista. 6.4. Partiendo de la premisa que no tiene oposición alguna, la muerte del Capitán René Morales, es claro que se ha cometido una infracción dolosa, donde se ha demostrado el nexo causal entre el resultado y la complicidad de los procesados, cumpliéndose lo que determina el Art. 455 del COIP, pues es un hecho real la muerte de la persona antes mencionada por la acción directa del autor del disparo y la cooperación de los procesados como se ha señalado. 6.5. Respecto a la argumentada falta de objetividad de la Fiscalía señalada por la defensa de los procesados, consta de autos en el expediente de la causa y en el expediente fiscal que abarca diecisiete cuerpos, la petición de diligencias y solicitud de información para el esclarecimiento de los hechos, constando incorporadas al proceso las más relevantes, considerando que dicha información esclarece lo acontecido y determina la participación de los procesados en el grado de responsabilidad atribuida por la comisión de un ilícito de muerte violenta derivado de la comisión de otra infracción que se pretendía ocultar, como se analizó. En cuanto a la falta de motivación argumentada por los recurrentes, es evidente que no tiene sustento aquella afirmación, cuando la sentencia del Tribunal del juicio analiza toda la prueba aportada en la investigación y fundamentalmente fue incorporada en la audiencia del juicio. En ella, con razonamientos adecuados y entendibles se explica y analiza la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad del hecho cometido, sustentando el porqué de la decisión tomada sobre los hechos, sus antecedentes y consecuencias por la violación legal encontrada, por el Tribunal de Garantías Penales interviniente que, al amparo de la sana crítica, tomo una decisión con la que no coincidimos en cuanto al grado de responsabilidad de los recurrentes, sin que ello signifique que son inocentes del hecho penal sometido a juzgamiento. 6.6. De lo actuado procesalmente llegamos al convencimiento de que la participación de los procesados se encuentra en el grado de complicidad previsto en el Art. 43 del COIP, y como tal deben ser san-

cionados conforme prevé el primer inciso de la norma penal mencionada.

49. Precisamente, del extracto jurisprudencial que antecede, se desprenden al menos cuatro hechos dados como probados por el juzgador de apelación:

- a) Las acciones omisivas dolosas de los procesados Walter Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña, miembros activos de la Policía Nacional, acaecieron en circunstancias en que fueron descubiertos transportando sustancia catalogada sujeta a fiscalización en un auto de la policía, por un equipo de miembros policiales del Grupo de Operaciones Especiales “GOE”, al mando del capitán René Morales Suárez, hoy occiso;
- b) Los dos encartados tenían conocimiento que estaban transportando sustancia ilícita;
- c) Ambos encausados no reportaron a su inmediato superior en el momento que fueron detenidos con la sustancia prohibida; y,
- d) Los dos acusados tenían sus armas rastreadas, a sabiendas que podían causar efectos letales, empero, omitieron proteger la seguridad del capitán René Morales Suárez y de los otros miembros del GOE, lo cual, era su obligación, por sus posiciones de garantes al ser servidores policiales en servicio activo, y, en este escenario, se produjo disparos en contra de los miembros del operativo del GOE, que terminó con la vida del capitán René Morales Suárez, así como del cabo Félix Gómez Zambrano, quien disparó en contra de su humanidad.

50. Con base en los hechos dados por ciertos que constan en el fallo de segundo nivel, se tiene que el yerro del *ad quem*, se torna plausible al no verificar las acciones omisivas dolosas de los procesados Walter Arroyo Lastra y Carlos Montaña Prado, en relación con la modalidad de la conducta relativa a no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de evitarlo, equivale a ocasionarlo, prevista en el artículo 23 del COIP, pues en el caso en ciernes, los referidos encartados, al ser miembros activos de la Policía Nacional, que de acuerdo al artículo 158 de la CRE, es la institución encargada de proteger los “derechos, libertades y garantías de los ciudadanos”, tenían la obligación jurídica de impedir o procurar impedir el cometimiento del ilícito de asesinato, por su posición de garantes de la vida y la seguridad ciudadana, y, no lo impidieron.



51. Justamente, sobre la figura jurídica de la posición de garante, los profesores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, subrayan lo que a continuación se expone:

b) El deber de evitar el resultado (la posición de garante): fuentes de este deber

A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión, para imputar un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo. Es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión. Esto es lo que el art. 11 llama «especial deber jurídico del autor». Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: posición de garante. Así que, en los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo (los delitos de comisión por omisión son, pues, delitos especiales (...))

52. Asimismo, la conducta de comisión por omisión, se encuentra contemplada en nuestra legislación en el segundo inciso del artículo 28 del COIP, que dice lo siguiente:

Art. 28. Omisión dolosa. La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

53. Entonces, los dos procesados omitiendo dolosamente sus obligaciones jurídicas, por sus posiciones de garantes no impidieron, ni intentaron impedir que se produzca el delito de asesinato en contra del capitán René Morales Suárez, más allá o no de su ubicación a 8 metros en relación con el cabo Félix

Gómez Zambrano como enfatizó su defensa, sin aval, por irrelevante e inócuo, desde el punto de vista jurídico penal, a partir de lo cual, se configura sus grados de participaciones como autores directos, al no haber impedido o procurado impedir la ejecución del asesinato, por haberse verificado su obligación de precautelar la seguridad y la vida tanto de los otros miembros de la Policía Nacional, como de la ciudadanía en general, y, por consiguiente, se ha configurado un delito de omisión impropia de acuerdo al artículo 23 del COIP, sobre el cual, discurre el tratadista Claus Roxin, en los siguientes términos:

Se distingue entre delitos de omisión impropios y propios. Los delitos impropios de omisión se penan a partir del correspondiente tipo de comisión cuando el omitente tiene una llamada posición de garante, esto es, cuando recae en él una responsabilidad especial de preservar el bien jurídico tutelado (...)

54. Bajo los parámetros anotados, se tiene que de los hechos que se dan ciertos en el fallo recurrido, recaían en los procesados al ser miembros activos de la Policía Nacional responsabilidades especiales para preservar el bien jurídico tutelado, esto es la vida del capitán René Morales Suárez, pero al omitir dolosamente aquello, este Tribunal de cierre concluye que se ha justificado el cargo de indebida aplicación del artículo 43 del COIP, cuando debió aplicarse el artículo 42.1.b. *ibidem*, en concordancia con los artículos 23 y 28 *ejusdem*.

VI. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al tenor de lo previsto por el artículo 657.7 del COIP, este Tribunal de casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado 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**, en fallo de mayoría, resuelve lo siguiente:

1. Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos tanto por los procesados Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, así como por el acusador particular Jorge Morales Peñafiel, por faltos de fundamentos jurídicos;
2. Aceptar el recurso presentado por FGE;
3. Casar la sentencia de mayoría emitida el 11 de mayo de 2016, la 11:47, por la Sala

Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, al haberse comprobado que en esta, se ha vulnerado, por indebida aplicación, del artículo 43 (complicidad) del COIP, cuando debe aplicarse el artículo 42.1.b *ibidem* (autoría directa por omisión), en relación con los artículos 23 y 28 *ejusdem*;

4. Declarar la culpabilidad de los procesados Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes, en el grado de autores directos por no impedir o procurar impedir su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 140.7 y 10 del COIP, en armonía con los artículos 42.1.b *ibidem*, en tal virtud, se les impone la pena privativa de libertad de veintiséis años, sin circunstancias

agravantes no constitutivas del tipo penal, por no haber sido probadas, multa de 800 salarios básicos unificados del trabajador en general (SBUTG), a cada uno de ellos, y, el pago de USD. \$ 300.000 a favor del acusador particular Jorge Morales Peñafiel, por concepto de reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, que será cancelado a razón de USD. \$ 150.000, por cada procesado.

Una vez ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen, para los fines legales pertinentes. Notifíquese y cúmplase.
f) DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ JUEZ NACIONAL (PONENTE) AB. MERCEDES JOHANNA CAICEDO ALDAZ JUEZA NACIONAL (E) DR. BYRON GUILLÉN ZAMBRANO JUEZ NACIONAL.
Certifico

VOTO SALVADO

Juicio No. 17721-2016-0834

Juez Ponente: Dr. Byron Guillén Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 24 de noviembre del 2023, las 09h19. Estimado doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, y abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional encargada, en la presente causa disiento de la decisión de mayoría constante en la sentencia que antecede, por lo que de conformidad con lo determinado en el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, emito el presente VOTO SALVADO, de acuerdo con lo siguiente:

1. Antecedentes procesales

1.1. En el proceso penal signado con el número 0828220150020, identificado en casación con el número 1772120160834, el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Esmeraldas en sentencia de 16 de junio de 2015, a las 11h12, declaró la culpabilidad de los procesados WALTER ABRAHAM LASTRA ARROYO y CARLOS ALFREDO MONTAÑO CIFUENTES, en calidad de AUTORES DIRECTOS, conforme lo previsto en el literal b) del numeral 1 del artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, del delito de asesinato, tipificado en los numerales 7 y 10 del artículo 140 *ibidem*; en tal razón, se les impuso la pena privativa de libertad

de VEINTISÉIS AÑOS, multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, y, como medida de reparación integral a la víctima, la indemnización en la suma de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América (300.000,00 USD).

1.2. Contra la sentencia de primera instancia los procesados *Walter Abraham Lastra Arroyo y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes* interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas; Tribunal que, en sentencia de 11 de mayo de 2016, a las 11h47, aceptó parcialmente los recursos de apelación y conforme el artículo 43 del COIP, declaró a los procesados CÓMPLICES del delito de asesinato, tipificado en los numerales 7 y 10 del artículo 140 del COIP, y con la concurrencia de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 5, 12 y 19 del artículo 47 del COIP, por lo que les impuso la pena privativa de libertad de TRECE AÑOS, multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador y ratificó la indemnización dispuesta en la sentencia de primera instancia.

1.3. Respecto de la sentencia del Tribunal de apelación (en adelante Tribunal Ad quem), los procesados, Fiscalía y acusación particular interpusieron recursos de casación, los cuales fueron



concedidos para ante la Corte Nacional de Justicia en auto de 30 de mayo de 2016. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en auto de 24 de octubre de 2016 inadmitió a trámite los recursos de los procesados y admitió los recursos de Fiscalía y acusación particular.

1.4. En atención a los recursos admitidos, en sentencia de 23 de febrero de 2017, a las 14h37, el mencionado Tribunal de casación declaró procedentes los recursos de Fiscalía y acusación particular y casó la sentencia impugnada, declarando que los procesados Walter Abraham Arroyo Lastra y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes son autores del delito de asesinato, tipificado en los numerales 5 y 7 del artículo 140 del COIP, en concurrencia de las circunstancias agravantes de los numerales 5, 12 y 19 del artículo 47 del COIP, por lo que les impuso pena privativa de libertad de TREINTA Y CUATRO AÑOS SEIS MESES.

1.5. Contra el mencionado auto en que se inadmitió los recursos de los procesados, dichos sujetos procesales plantearon acción extraordinaria de protección, que fue concedida para ante la Corte Constitucional en auto de 31 de marzo de 2017. En respuesta a esta acción constitucional, en sentencia No. 77817EP/22, la Corte Constitucional resolvió aceptar parcialmente la acción y declaró que el auto de inadmisión de los recursos de casación vulneró la garantía de recurrir, prevista en el literal m) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; en consecuencia, se dispuso como medida de reparación que se deje sin efecto la inadmisión de los recursos y retrotraer el proceso para que se atiendan los recursos de casación de todos los sujetos procesales.

1.6. Por sorteo de fecha 16 de septiembre de 2022 el conocimiento de los recursos de casación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los jueces nacionales Marco Rodríguez Ruiz (Ponente), Byron Guillén Zambrano, e, Iván Saquicela Rodas, quien por presidir la Corte es remplazado por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, que actúa en calidad de Jueza Nacional encargada.

2. Comentarios sobre la decisión de mayoría

2.1. En atención a los recursos de casación interpuestos por los sujetos procesales, en auto de 26 de septiembre de 2023, se convocó a audiencia de fundamentación de los recursos para el 05 de octubre de 2023, fecha en la cual se instaló la audiencia,

se escuchó la intervención de los sujetos procesales y el Tribunal pasó a deliberar, decidiendo suspender la audiencia. El día 06 de noviembre de 2023, a las 17h00, se reinstaló la audiencia y el Tribunal comunicó su decisión de mayoría de aceptar el recurso interpuesto por Fiscalía y el voto salvado que el suscrito Juez Nacional motiva en este documento.

2.2. En la sentencia que antecede se refiere los antecedentes procesales, competencia, validez procesal, fundamentación de los recursos, problemas jurídicos planteados y reflexiones sobre el recurso de casación, siendo aspectos con los cuales el suscrito Juez Nacional coincide, por lo que sobre estas cuestiones no se hace pronunciamiento en este voto.

2.3. Luego, se analizan los recursos interpuestos por los procesados y acusación particular, los cuales son rechazados por indebida fundamentación, conforme la motivación que realizó en audiencia el Juez Nacional ponente y que consta fundamentada en la sentencia que antecede, decisión con la que concuerda el suscrito Juez Nacional, por lo que tampoco se hace en este voto análisis adicionales al respecto. Por otra parte, disiento de la decisión de aceptar el recurso de casación interpuesto por Fiscalía, por lo que conforme lo determina el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, pronuncié mi voto salvado, que se motiva en extenso en las siguientes líneas.

3. Voto salvado

Sobre la fundamentación del recurso por parte de Fiscalía

3.1. En su fundamentación el representante de Fiscalía inició identificando que la sentencia impugnada es la dictada el 11 de mayo de 2016 por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, en la que se aceptó parcialmente los recursos interpuestos por los procesados *Walter Abraham Arroyo Lastra y Carlos Alfredo Montaña Cifuentes* y se modificó la calificación de su participación de autores a cómplices del delito de asesinato, modificando también la pena impuesta.

3.2. Luego, como único cargo de casación Fiscalía alegó indebida aplicación del artículo 43 del COIP, señalando que en su lugar se debió aplicar el literal b) del numeral 1 del artículo 42 ibídem, es decir, que el Tribunal de apelación habría errado al calificar a los procesados como cómplices, cuando en realidad serían autores directos por omisión, esto en concordancia con los artículos 23 y 28 del COIP.

3.3. Explicado su cargo, Fiscalía identificó que la parte específica de la sentencia en la que se

encontraría el yerro jurídico es el considerando sexto, en donde se analiza responsabilidad y grado de participación de los procesados; luego argumentó las razones por las que cuestiona el razonamiento del Tribunal *Ad quem* y la indebida aplicación del artículo 43 del COIP; y, finalizó señalando la trascendencia que tendría el yerro jurídico en la decisión de la causa. En este sentido, Fiscalía fundamentó su cargo casacional conforme las exigencias normativas y jurisprudenciales, por lo que procede el análisis de este cargo.

3.4. En argumentación del cargo, Fiscalía señaló que los hechos dados por probados por el Tribunal *Ad quem* dan cuenta de que la conducta de los procesados responde a una reacción al ser descubiertos transportando sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, específicamente marihuana; que miembros del GOE los interceptaron y solicitaron que entreguen sus armas y que ante dicha situación de manera violenta el cabo Gómez Zambrano disparó contra el capitán Morales, causándole la muerte; en tanto que, los procesados al intentar defender su actos ilícitos, mediante actos secundarios, no informaron a su superior sobre la sustancia que transportaban y estaban dispuestos a causar la muerte del capitán Morales porque tenían las armas rastreadas y preparados para lo que pueda ocurrir, por lo que sacaron sus armas y realizaron algunas detonaciones.

3.5. Con base en los hechos señalados, Fiscalía manifestó que primero se debe considerar que los procesados tenían posición de garantes al ser miembros activos de la Policía Nacional, estar en cumplimiento de servicios, en una patrulla y portando las armas de dotación; por lo que considera que conforme lo determina el artículo 28 del COIP, los procesados se encontraban en posición de garantes por obligación legal; y, explicó que la posición de garante se da cuando al sujeto le corresponde por su función específica la protección de un bien jurídico. Este argumento fue ampliado señalando que el artículo 23 del COIP establece que la omisión es una modalidad de conducta consistente en no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo.

3.6. En conclusión, para Fiscalía el hecho de que los procesados siendo miembros activos de la Policía Nacional, no evitaran la muerte del capitán Morales y además hayan rastreado su arma y realizado disparos contra los miembros del GOE, prueba que tuvieron la intención de defender su gestión ilícita, es decir el transporte de marihuana, y que para ello ejecutaron una emboscada al personal del GOE.

3.7. Con esta conclusión fáctica, luego Fiscalía argumentó que en la omisión deben existir tres elementos: (i) una situación típica, (ii) ausencia de una acción determinada y (iii) capacidad de impedir la acción; y que en el presente caso los procesados tenían la capacidad de evitar y/o procurar que no se provoque la muerte del capitán Morales, pero que hicieron todo lo contrario pues atacaron a los acompañantes del capitán.

3.8. Finalmente, el recurrente señala que el Tribunal de apelación erró al calificar como actos secundarios las acciones de los procesados respecto de un delito de tráfico de drogas y no del delito de asesinato, pero que en este proceso se ha juzgado el asesinato, debiendo calificarse las actuaciones de los procesados sobre este delito; por lo que se señaló que es claro que los procesados son autores del delito de asesinato por omisión, conforme el literal b) del numeral 1 del artículo 42 del COIP, solicitando que se declare la responsabilidad en este sentido y se case la sentencia, modificando la pena impuesta.

Análisis del cargo propuesto

3.9. Revisado el cargo planteado por Fiscalía, se evidencia que el cuestionamiento radica en que los procesados no son cómplices del delito de asesinato como lo determinó el Tribunal *Ad quem*, sino que son autores del delito de asesinato por omisión, al no haber evitado la muerte del capitán Morales. En este sentido, debemos primero (i) identificar los hechos fijados como probados por el Tribunal *Ad quem*, (ii) las acciones u omisiones de los procesados y (iii) la calificación jurídica de su conducta.

3.10. En relación con los hechos fijados como probados, como bien identificó Fiscalía, en el considerando sexto de la sentencia impugnada se analiza la responsabilidad de los procesados y se determina lo siguiente:

"6.1.- La discusión sobre la situación en la que fueron descubiertos transportando droga, en este caso marihuana, deviene en una violenta reacción del Cabo Gómez Zambrano Félix Edino que, (como dicen indubitadamente todos los testigos del hecho al rendir testimonio en la audiencia de juicio), con su arma de dotación dispara a la cara de su superior y le ocasiona la muerte, siendo este el directo responsable de dicho deceso. La pericia balística determina que del arma de Gómez Zambrano sale el disparo contra René Morales Suárez, y la bala encontrada, extraída del cuerpo de esta persona, el mismo informe dice que salió de dicha arma,



pistola marca Glock, serie MWS173 perteneciente a Gómez Zambrano Félix Edino".

3.11. Conforme lo transcrito, se tiene como hechos probados: (i) que el día de los hechos el cabo Gómez Zambrano al disparar su arma de dotación contra el rostro del capitán Morales causó su muerte, siendo el responsable directo del asesinato; (ii) que la muerte se produjo por cuanto el capitán Morales y el equipo del GOE descubrieron a los procesados transportando ilícitamente marihuana; (iii) que los procesados al ser descubiertos tuvieron la intención de defender sus actos ilícitos y que en esa acción defensiva se produjo la muerte del capitán Morales, sin que los procesados directamente hayan causado la muerte; (iv) que el procesado Lastra en conocimiento de que llevaban la sustancia ilícita no informó inmediatamente a su superior el capitán Morales, ni lo habían reportado por los canales respectivos, a sabiendas de que cometían un delito; y, (v) que al mantener los procesados las armas rastrelladas estaban preparados para lo que podía ocurrir, en este caso la muerte del capitán Morales.

3.12. Conforme los señalados hechos, el Tribunal de apelación en su análisis concluyó que el cabo Gómez Zambrano fue quien causó directamente la muerte del capitán Morales, y que los procesados de manera dolosa cooperaron con actos secundarios por lo que los declara cómplices del delito conforme el artículo 43 del COIP, esto en razón de que las acciones de los procesados no fueron contra la vida de la víctima, pero que también tomaron sus armas y las rastrellaron pretendiendo usarlas contra los miembros del GOE, que incluso el procesado Montaña disparó su arma, sabiendo que sus acciones podían causar efectos letales. Es decir, la calificación de los procesados como cómplices radica en que con sus acciones colaboraron para que el cabo Gómez Zambrano dispare su arma contra la víctima y cause su muerte, esta conclusión el Tribunal *Ad quem* la expresa como sigue:

"6.2.- El Tribunal que conoce la presente causa, con la más absoluta imparcialidad llega a la conclusión que la Fiscalía no ha demostrado la autoría directa de los procesados Lastra Arroyo y Montaña Cifuentes en el delito cometido. Si bien es cierto el Art. 42 del COIP establece varias modalidades de la autoría, directa, mediata y coautoría, no encontramos que se haya podido demostrar la participación de los procesados como autores directos. Es verdad que los procesados en conocimiento de que habían sido descubiertos tuvieron la intención de defen-

der su gestión ilícita y se produce el hecho de la muerte del Capitán Morales, pero ellos no obran ejecutando la acción directa que terminó con la vida de dicha persona.

6.3.- Sí lo hicieron de una manera dolosa, pues cooperan con actos secundarios cuando el jefe de la patrulla Lastra Arroyo en conocimiento de lo que llevaban no informa de inmediato a su superior el momento que los detienen que transportaban esa carga prohibida, ni lo habían reportado por los canales que correspondía conociendo de sobra que estaban cometiendo una infracción, pues su pretendida exculpación diciendo que encontraron la droga en el camino, no fue demostrada y más bien se dio al traste con la estratagema al existir la pericia que demuestra que en el trayecto de Río Verde hasta donde los detiene el Capitán Morales el vehículo no se detuvo en ninguna parte. Eso significa que mintieron en relación a sus dichos ya analizados. Al estar las armas rastrelladas, es evidente que estaban preparados para lo que podía ocurrir, y de hecho ocurrió con la muerte por la que se los juzga".

3.13. De acuerdo con lo señalado, luego de explicar su razonamiento el Tribunal *Ad quem* resolvió aceptar parcialmente el recurso de apelación y declarar que los procesados actuaron de manera dolosa al ser sorprendidos en la comisión de una infracción, y que al haber participado con actos secundarios, actuaron como cómplices del delito de asesinato previsto y sancionado en el artículo 140 del COIP, con las circunstancias constitutivas de la infracción previstas en los numerales 7 y 10 y las agravantes de los numerales 5, 12 y 19 del artículo 47 del COIP, imponiéndoles la pena privativa de libertad de 13 años, multa e indemnización.

3.14. Conforme lo expuesto, es claro que contrario a la teoría de Fiscalía respecto de la omisión, el Tribunal *Ad quem* determinó que tanto el cabo Gómez Zambrano, como los procesados Lastra y Montaña realizaron acciones tendientes a causar la muerte del capitán Morales, por lo que los procesados no responderían por omisión, sino por acción, siendo discutible además el grado de participación, ya que los califican como cómplices.

3.15. Al respecto de la divergencia sobre la consideración de la conducta de los procesados, en relación a la acción es necesario de forma breve mencionar que el COIP al definir a la conducta penalmente relevante en su artículo 22 establece que son acciones u omisiones que ponen

en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables; y, al determinar las modalidades de conducta el artículo 23 del COIP señala que son: acción y omisión, estableciendo de forma expresa que: “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”

3.16. Ahora bien, respecto de la omisión dolosa el artículo 28 del COIP señala que es: “el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante”; y aclara que está en posición de garante quien tiene una obligación legal o contractual de custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico.

3.17. Considerando las determinaciones normativas sobre la omisión, es necesario revisar también su sentido semántico, identificando que omitir es: “Dejar de hacer algo voluntaria o involuntariamente.” Entonces, podemos concluir que la omisión es la ausencia de acción, que es relevante penalmente cuando la persona que omite hacer algo estaba obligada legal o contractualmente a actuar de una determinada manera; en tanto que, la omisión dolosa se verifica cuando el agente no actúa aun a sabiendas de su posición de garante y de la acción que está obligado a realizar para evitar un delito.

3.18. Los criterios normativos sobre la conducta son también explicados por la doctrina, en este sentido Mir Puig señala que tanto la acción como la omisión pueden originar la presencia de un delito, y explica que los tipos de omisión:

[...] se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista – en absoluto es necesaria la pasividad – [...] son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable [...] el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva.¹

3.19. Asimismo, en la doctrina alemana los autores Jescheck y Weigend señalan que el delito omisivo es una forma especial de aparición de la acción punible, que integran el concepto superior

del “comportamiento humano de considerable alcance social” pero que, “se diferencian esencialmente de los delitos cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión”². En definitiva, para los señalados autores el delito omisivo implica la no evitación de un resultado típico cuando existe la obligación de actuar, conforme una norma preceptiva y la posición de garante que tiene la persona.

3.20. En el presente caso, conforme los hechos fijados por el Tribunal *Ad quem*, se tiene que efectivamente los procesados a la fecha de los hechos eran miembros activos de la Policía y que estaban en cumplimiento de sus funciones, usando el uniforme respectivo, movilizándose en una patrulla y portando las armas de dotación; cuestiones que *prima facie* y de forma genérica les determina una posición de garantes, pues el artículo 158 de la Constitución de la República señala que la Policía Nacional es una institución de protección de derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.

3.21. Sin perjuicio de que como miembros de la Policía Nacional los procesados tenían posición de garantes de la vida, integridad y demás derechos de las personas, es necesario advertir que en este caso se fijó como probado que los procesados estaban cometiendo un presunto delito de transporte de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, *cuestión que de forma lógica les aparta de su posición de garantes*, pues no se puede esperar que un miembro de la policía nacional que voluntariamente ha decidido cometer un delito, informe a sus superiores que está cometiendo un delito.

3.22. En relación con la posición de garantes de los procesados, es necesario advertir y considerar lo explicado por los autores Jescheck y Weigend, para quienes:

[E]n los delitos de omisión impropia no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para poder hacer responsable que supone la lesión del bien jurídico a cualquiera que posea la capacidad de acción puesto que no existe un deber amenazado con pena de ayudar en todo momento que sea necesario. [...] En consecuencia, la equivalencia de la omisión

¹ Santiago, Mir Puig, Derecho Penal Parte General (Buenos Aires: Editorial B de F, 2015), 315.

² Hans Jescheck y Thomas Weigend, Tratado de Derecho Penal Parte General, Vol. II (Lima: instituto Pacífico, 2014), 897.

con el hacer positivo presupone que el autor de la omisión responda como “garante” de la evitación del resultado.³

3.23. En el caso, es evidente que los procesados abandonaron su posición de garantes pues se ha determinado como probado que transportaban de forma ilícita una sustancia sujeta a fiscalización y que al ser detenida la marcha de la patrulla en la que se movilizaban y ser informados de que serían detenidos, realizaron actos tendientes a evitar la detención, atacando a los miembros del GOE, ataque que implicó que el cabo Gómez Zambrano dispare su arma contra el capitán Morales, que el procesado Lastra rastrille su arma y que el procesado Montaña rastrille su arma y dispare.

3.24. En el sentido mencionado, si los procesados actuaron en forma conjunta y violenta contra los miembros del GOE, no se puede exigir de los procesados el cumplimiento de su posición de garantes, el cual de forma voluntaria abandonaron para cometer un delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización y atentar contra miembros del GOE para evitar su detención y lograr su propósito ilícito; por tanto, no se puede predicar de los procesados que hayan actuado por omisión en el delito de asesinato que se juzga, sino por el contrario, se debe señalar que sus acciones determinaron el cometimiento del delito de asesinato.

3.25. Respecto de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, debemos señalar que la doctrina en forma amplia considera que existen 3 elementos necesarios para que se pueda realizar una imputación objetiva en estos casos, que son: (i) posición de garante, (ii) producción de un resultado y (iii) posibilidad de evitarlo⁴. Bajo estos presupuestos, la posición de garante se da cuando el sujeto tiene una específica función de protección del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro.

3.26. En tal sentido, si bien la posición de garante en el caso de los policías está determinada por su función legalmente asignada, se debe considerar la *relación funcional materialmente existente*;⁵ en tal razón, si bien inicialmente existe una posición de garante, las acciones de los procesados hicieron que se aparten de su posición de garantes respecto de la vida de los miembros del GOE, pues al contrario

al atacarlos no se puede exigir de ellos mismo que protejan la vida de quien atacan.

3.27. Respecto de la función materialmente existente, cuestión que fundamenta la *teoría de las funciones* para el análisis de la posición de garante, Jescheck y Wigend siguiendo los planteamientos de Armin Kaufmann, señalan que: “*El punto de vista material muestra una salida para solucionar la problemática relativa a la posición de garante de acuerdo con el sentido social inherente a los distintos deberes, pero tampoco pueden perderse de vista las causas que los originan pues de lo contrario existe el peligro de que los deberes de garante sean extendidos ilimitadamente*”⁶.

3.28. Por lo señalado, al verificarse que en el presente caso los procesados no se encontraban en posición de garantes, como lo exige el artículo 28 del COIP y que no omitieron realizar las acciones a ellos exigidas, sino que actuaron en contra de la vida de los miembros del GOE y se provocó la muerte de uno de ellos; corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por Fiscalía, toda vez que en el presente caso no es aplicable el literal b) del numeral 1 del artículo 42 del COIP, es decir, no corresponde declarar a los procesados autores directos del delito por omisión.

Casación de oficio

3.29. Sin perjuicio de que el recurso de Fiscalía es rechazado, conforme lo determina el numeral 6 del artículo 657 del COIP, si se observa que la sentencia ha violado la ley, aun cuando la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se admitirá el recurso; facultad de casación oficiosa que corresponde aplicar en el presente caso al identificarse indebida aplicación del artículo 43 del COIP.

3.30. Como se ha señalado, el Tribunal *Ad quem* determinó que los procesados “*actuaron de manera dolosa al ser sorprendidos en la comisión de una infracción por la que se los ha procesado independientemente*” y que participaron con actos secundarios y anteriores en el asesinato del capitán Morales, que se juzga en este proceso, por lo que los declaró cómplices del delito de asesinato, imponiéndoles la pena privativa de libertad de 13 años.

3.31. Al respecto de la calificación jurídica de los procesados, es necesario considerar que el artículo 43 del COIP establece expresamente que son cómplices: “*las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios,*

³ *Ibidem*, 930.

⁴ Mir Puig, Derecho Penal parte general, 324.

⁵ *Ibidem*, 324.

⁶ Jescheck y Wigend, Tratado de Derecho Penal, 931-2.

anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.”

3.32. En el caso *in examine*, el Tribunal *Ad quem* determinó como probado que: (i) los procesados transportaban de forma ilícita una sustancia sujeta a fiscalización (ii) que al ser sorprendidos actuaron en contra de los miembros del GOE y que (iii) esa actuación reactiva ante el descubrimiento del ilícito, provocó la muerte de uno de los miembros del GOE; por lo que sobre estos hechos se debe verificar si en efecto los actos desplegados por los procesados han sido secundarios, anteriores o simultáneos al asesinato; y, si eliminando estos actos la infracción se habría cometido.

3.33. En primer lugar, conforme los hechos fijados como probados por el Tribunal *Ad quem*, se verifica que tanto los procesados Lastra y Montaña, como el cabo Gómez Zambrano de forma voluntaria y conjunta decidieron transportar de forma ilícita una sustancia sujeta a fiscalización; y que, al ser sorprendidos en este ilícito, reaccionaron a la detención sacando sus armas de dotación, rastillándolas y disparando, siendo que el primero de los disparos causó la muerte del capitán Morales.

3.34. Conforme lo dicho, se evidencia que las actuaciones de los procesados fueron planificadas y ejecutadas de forma conjunta y simultánea, y que no han sido actos secundarios sino principales para causar la muerte del capitán Morales, esto en razón de que el ataque a los miembros del GOE fue perpetrado por los dos procesados y por el cabo Gómez Zambrano, quien murió en el lugar de los hechos, siendo claro que la muerte de la víctima fue causada de forma directa por Gómez Zambrano, pero con la participación de los procesados *Walter Abrham Lastra Arroyo* y *Carlos Alfredo Montaña Cifuentes*.

3.35. En segundo lugar, corresponde identificar si excluidos los actos de los procesados el asesinato se pudo realizar. Al respecto, es claro que quien de manera personal accionó el arma que causó la muerte de la víctima fue el cabo Gómez Zambrano, pero esto fue posible por la acción conjunta de los procesados contra los miembros del GOE, ya que sus acciones estuvieron orientadas a evitar la detención y lograr su propósito ilícito.

3.36. Determinados los criterios sobre las acciones como primarias, es necesario señalar que la con-

ducta dolosa de los procesados se adecúa a lo que la doctrina denomina *dolo eventual*, pues si bien su actuación inicial estaba relacionada con un delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, dichas acciones realizadas en grupo, armados, usando bienes públicos, determinan que el delito de asesinato en las circunstancias concretas haya sido tenido por los procesados como un *resultado posible*, más aun considerando que actuaron en contra de los miembros del GOE en defensa de su actuar ilícito; y, consentían en la posibilidad de resultado del asesinato pues actuaron con las armas de dotación rastillándolas y en el caso de uno de los procesados disparándola.

3.37. En relación con el dolo eventual, la doctrina de forma común ha determinado su concepto y alcance. En este aspecto, a criterio de Mir Puig, en el dolo eventual, también llamado dolo condicionado, el delito aparece como un resultado posible (eventual)⁷; esto en contraposición al criterio del dolo de segundo grado, en el que el delito se advierte como algo seguro. Mientras que, Jescheck y Weigend señalan que:

El dolo eventual significa que el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella. *El contenido de injusto* del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo porque aquí se persigue el resultado ni tampoco es visto como algo seguro, sino que es abandonado al curso de los acontecimientos aún a conciencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido; no obstante, por lo general la Ley trata del mismo modo al dolo directo y al eventual [...]. Al dolo eventual pertenece, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de otro, que el autor se toma en serio dicho peligro. Esto último significa que el autor estima que el riesgo de realización del tipo es relativamente alto. El sujeto debe, por tanto, haber reconocido la entidad y cercanía del peligro (elemento *cognitivo o intelectual* del dolo). A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse el hecho de que el autor se conforma con la realización del tipo (a menudo caracterizado como elemento *“volitivo”* del dolo). Con ello quiere decirse que el autor se decide a añadir al alcance del objetivo de la acción por él perseguido, la realización (incierto) del tipo.⁸

⁷ Mir Puig, Derecho Penal parte general, p. 272.

⁸ Jescheck y Weigend, Tratado de Derecho Penal, 441.

3.38. Conforme lo señalado, y considerando la determinación normativa de la autoría y participación que contempla el COIP, debemos señalar que el legislador se ha decantado por adaptar nuestra norma penal a la denominada teoría del dominio del hecho⁹, en razón de la cual no es autor solamente quien ejecuta de forma directa la infracción, sino *“quien tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del acto típico”*. Al respecto, se considera como autor al denominado COAUTOR, que según la doctrina es quien *“realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva”*.¹⁰

3.39. Observando los desarrollos doctrinarios, es claro que el artículo 42 del COIP al prever en su numeral 3 que son COAUTORES *“Quienes coadyuvan a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”*, se orienta por la aplicación de la teoría del dominio del hecho, que permite ampliar la consideración de autor del delito.

3.40. En el caso en concreto, como se ha fijado, los procesados con acciones dolosas que se enmarcan en el mencionado dolo eventual, realizaron acciones que en forma global estaban encaminadas a impedir su detención y procurar continuar con su actuar ilícito, acciones que incluyeron el asesinato de uno de los miembros del GOE que se aprestaba a la detención de los procesados, por lo que, asumiendo el resultado posible de la muerte, atacaron en conjunto a los miembros del GOE, de manera que se concluye que no son cómplices del delito, sino coautores.

3.41. En consecuencia, del análisis realizado se determina que el Tribunal *Ad quem* de forma errada calificó como cómplices a los procesados, por lo que aplicó indebidamente el artículo 43 del COIP, cuando conforme los hechos fijados como probados le correspondía aplicar el numeral 3 del artículo 42 del COIP y declarar a los procesados como COAUTORES del delito, toda vez que coadyuvaban de modo principal a la ejecución del delito, con actos deliberados, intencionales y principales.

3.42. Por lo dicho, al calificarse a los procesados

como COAUTORES del delito, les corresponde la pena prevista para los autores, es decir la pena de 22 a 26 años de privación de libertad; pero, considerando que se ha calificado las circunstancias agravantes no constitutivas de la infracción previstas en los numerales 5, 12 y 19 del artículo 47 del COIP, corresponde de acuerdo con el artículo 44 del COIP, imponer la pena máxima prevista para el delito, incrementada en un tercio, siendo la pena privativa de libertad imponible la de TREINTA Y CUATRO AÑOS OCHO MESES.

3.43. Fijada la participación de los procesados, es necesario señalar que no se advierte error en la determinación de las circunstancias constitutivas de la infracción, esto es, en los numerales 7 y 10 del artículo 140 del COIP, así como tampoco hay error en cuanto a la calificación de las circunstancias agravantes no constitutivas de la infracción previstas en los numerales 5 y 19 del artículo 47 del COIP; pero si es errado que el Tribunal *Ad quem* haya calificado la circunstancia agravante del numeral 12 del señalado artículo.

3.44. La disposición normativa en referencia establece como agravante el *“12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.”*, cuestión que se descarta directamente por la naturaleza del delito de asesinato, el cual es también denominado y tratado como homicidio calificado, pues implica la muerte de una persona con ejercicio de fuerza y/o violencia, como sucede en el caso a través del uso de un arma de fuego. En tal sentido, no corresponde determinar la existencia de dicha circunstancia agravante.

3.45. Finalmente, establecida la participación de los procesados como COAUTORES del delito de asesinato y determinada la pena imponible de TREINTA Y CUATRO AÑOS OCHO MESES, es necesario señalar que la Corte Constitucional en sentencias No. 76815EP/20, 52915EP/22 y 42518EP/23 ha determinado los alcances del principio del *non reformatio in peius*, fijando con claridad que en la casación oficiosa no se puede empeorar la situación del procesado.

3.46. En este contexto, la Corte Constitucional en la sentencia No. 52915EP/22, al analizar si la casación oficiosa puede modificar la pena agravando la

⁹ Ibidem, 1008.

¹⁰ Mir Puig, Derecho Penal parte general, p. 381.

impuesta al procesado, señala: “Si bien la casación de oficio es una figura reconocida por el ordenamiento jurídico, por su intermedio no se puede empeorar la situación de las personas a quienes se les impuso una sanción penal”; y, en este mismo ámbito la sentencia No. 42518EP/23 expone:

29. Esto se justifica en la medida que la casación de oficio implica que el recurso interpuesto fue desechado y que la Sala Especializada de la Corte Nacional realiza un análisis alejado de este. Consecuentemente, el resultado del análisis de oficio es una decisión que no puede tener un efecto práctico en el aumento de la pena, pues, no solo que no fue alegado por Fiscalía, como ocurre en el caso concreto, sino que el recurso en sí mismo ha sido desestimado, por lo que el titular de la pretensión punitiva ya no forma parte del recurso. De igual forma, la casación de oficio, al alejarse del recurso interpuesto por Fiscalía, que además no pretendió el aumento de la pena, genera un gravamen al derecho a la defensa del procesado, pues no le permitió “controversir la respectiva sanción”. Es decir, la Sala Especializada, al aumentar de oficio y de forma peyorativa la pena, no permitió al procesado contradecir y participar activamente en un proceso que finalmente devino en un perjuicio punitivo en su contra.

3.47. Por tanto, en el presente caso al desecharse el recurso de casación planteado por Fiscalía, aun cuando el Tribunal de casación ha identificado la indebida aplicación del artículo 43 del COIP, y por ello una indebida imposición de la pena, no puede modificar la pena que ha sido impuesta por el Tribunal *Ad quem*, toda vez que esto vulneraría el principio del *non reformatio in peius* y además contravendría el principio acusatorio.

4. Decisión

Por todo lo expuesto, el suscrito Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN**

NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad con lo determinado en los artículos 656 y 657 del COIP, en VOTO SALVADO resuelve:

1. DECLARAR improcedentes por indebida fundamentación los recursos interpuestos por los procesados CARLOS ALFREDO MONTAÑO CIFUENTES Y WALTER ABRAHAM LASTA ARROYO, así como el recurso interpuesto por el acusador particular JORGE MORALES PEÑAFIEL.

2. DECLARAR improcedente por indebida fundamentación el recurso interpuesto por FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

3. CASAR de oficio la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* y declarar a los procesados CARLOS ALFREDO MONTAÑO CIFUENTES Y WALTER ABRAHAM LASTA ARROYO como COAUTORES del delito de asesinato, previsto en el artículo 140 del COIP, en relación con las circunstancias de los numerales 7 y 10 de dicho artículo, con las agravantes previstas en los numerales 5 y 19 del artículo 47 del COIP, por lo que corresponde imponerles la pena privativa de libertad de TREINTA Y CUATRO AÑOS OCHO MESES y multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general; sin embargo, por aplicación del principio *non reformatio in peius*, al no poder agravar la sanción impuesta por el Tribunal *Ad quem* se ratifica la pena impuesta en la sentencia impugnada. En cuanto a reparación integral se ratifica las medidas impuestas por el Tribunal *Ad quem*.

Notifíquese y cúmplase.

f) DR. BYRON GUILLÉN ZAMBRANO JUEZ NACIONAL VOTO SALVADO.- DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ JUEZ NACIONAL. AB. MERCEDES JOHANNA CAICEDO ALDAZ JUEZA NACIONAL.

Certifico.-

VIII

Juicio Nro. 10281-2017-01559
Fecha: 2 de enero del 2024, las 15h43

TEMA: Delito de peculado. Características de la declaratoria de nulidad procesal. La reparación integral no es una pena.

SÍNTESIS

En la presente resolución, el infrascrito Tribunal rechaza los recursos de casación interpuestos por los procesados, y, para llegar a tal determinación, estudia la tipicidad del delito de peculado y determina que los hechos del caso concreto se adecúan a la norma, además, estudia el carácter excepcional de la declaratoria de nulidad procesal, prevista en el Art. 650.10 del COIP; así mismo, destaca la importancia de la especificidad y la necesidad de que los argumentos esgrimidos por los recurrentes se concreten al cargo planteado; finalmente el suscrito Tribunal establece que la reparación integral no debe ser entendida como una pena.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 10281-2017-01559

Juez Ponente: Dr. Felipe Córdova Ochoa.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, 2 de enero del 2024, las 15h43

VISTOS.- En audiencia de (SIC) 07 de julio de 2023, el suscrito Tribunal declaró la improcedencia de los recursos de casación interpuestos por los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, procesados; por ese motivo, conforme lo dispuesto en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República (en adelante, CRE); 5.18, 560.4 y 621 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), se reduce a escrito la mentada decisión, al tenor de las siguientes consideraciones:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

1.1 El Consejo de la Judicatura, en ejercicio de las potestades conferidas en los artículos 181.3 de la CRE y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, con la finalidad de renovar la Corte Nacional de Justicia, por tal razón, una vez concluido este proceso, emitió la Resolución No. 08-2021, designando a las nuevas Juezas y Jueces que se integraron al máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país; por su parte, la Corte

Nacional de Justicia, mediante resolución No. 02-2021, de 05 de febrero de 2021, integró sus distintas salas especializadas.

1.2 El 23 de junio de 2023, las 10h46, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 160.1 del COFJ, y el artículo 1.b) de la Resolución No. 04-2021, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, conformó el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, mediante resorteo, designando a los doctores Marco Rodríguez Ruiz, Walter Macías Fernández y Felipe Córdova Ochoa, Jueces Nacionales.

1.3 El doctor Felipe Córdova Ochoa interviene en la presente causa en calidad de Juez Nacional ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del COFJ.

1.4 La Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de casación, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7. k) de la CRE; 184 y 186.1 del COFJ; y, 656 y 657 del COIP.

1.5 La infracción imputada a los recurrentes, los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, se materializó en el

territorio ecuatoriano, por tal razón, el prenombrado ciudadano se encuentra sometido a la jurisdicción penal ecuatoriana, de conformidad con lo prescrito en el artículo 398 del COIP.

1.6 En razón de los antecedentes expuestos, se colige que el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación planteados por los procesados.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA IN EXAMINE Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1 En audiencia de 25 de octubre de 2017, celebrada ante el juez de la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, Fiscalía formuló cargos en contra del señor **GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, por considerar que cuenta con los indicios suficientes, para imputar al prenombrado ciudadano la comisión del delito de peculado, tipificado en el artículo 278 del COIP. Es decir, el proceso *sub judice* inició con vigencia del COIP¹; por consiguiente, el medio de impugnación interpuesto por la encausada debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en este cuerpo normativo.

2.2 El proceso penal signado con el número **10281-2017-01559** ha sido tramitado conforme las reglas adjetivas previstas en el COIP; por tal razón, al no haber sido alegada por los sujetos procesales, o detectada por este Tribunal, se descarta la existencia de una omisión sustancial, que determine la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 652.10 del COIP; por lo que, se declara la validez de todo lo actuado en esta causa.

TERCERO: ANTECEDENTES.

3.1 Hechos.

La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, por unanimidad, emitió la sentencia de 30 de noviembre de 2018, en la cual, fijó la siguiente secuencia fáctica:

“...En el caso que se analiza y se juzga tenemos que los procesados Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja, que desempeñaba las funciones de Digitador-Bodeguero de la Unidad Nacional de Almacenamiento y a su cargo estaba la

entrega de la urea que el Estado ecuatoriano, a través del MAGAP entregaba con subsidio a los pequeños agricultores, previa aprobación del ahora coprocesado Segundo Ricardo Guachalá Benítez, que formulaba los pedidos y los autorizaba para que finalmente concurra el agricultor a solicitar el despacho de la Urea previo un depósito de 10 USD por quintal; mas, por la demanda de urea, los procesados en este juicio vendían a 13 USD, de los cuales 10 USD se depositaba en el Banco Nacional del Fomento y los 3 USD se repartían entre Segundo Ricardo Guachalá Benítez, Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja y Aida Lucia Molina, cada dos días, en la misma oficina o de acuerdo a la cantidad de urea que se despechaba cada semana. Además, mediante documentación falsa organizaban carpetas de solicitud de urea que las aprobaba Segundo Ricardo Guachalá Benítez; Aida Lucia Molina ingresaba al Sistema esos pedidos que constaban en esas carpetas; finalmente Segundo Ricardo Guachalá Benítez aprobaba esas carpetas inconsistentes, que contenían información y documentación falsa, habiéndose dispuesto en su provecho los procesados la cantidad de 5.256 USD que era la diferencia que les quedaba a ellos en razón de que el valor que debería cobrarse a los agricultores por cada saco de urea era el de 10 USD y ellos lo vendía a 13 USD. A más de esto los procesados vendieron 617 sacos de urea al valor de 34. 50 USD que les dio un valor total de 21.286,50 que lo utilizaron en su exclusivo y propio beneficio, contando para ello con documentación falsa que supuestamente era presentada por los agricultores beneficiarios de la urea, conforme se dejó expuesto en los considerandos precedentes de esta sentencia, vale decir jamás se entregó esta cantidad de urea a los beneficiarios...”.

3.2 Antecedentes procesales.

3.2.1 En audiencia de 25 de octubre de 2017, celebrada ante el juez de la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, Fiscalía formuló cargos en contra del señor **GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, por

¹ Cuerpo de leyes publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 180, de 10 de febrero de 2014, y vigente en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014.

considerar que cuenta con indicios suficientes para imputar a este ciudadano la comisión del delito de peculado, tipificado en el artículo 278 del COIP, por ese motivo, en esta diligencia, se dio inicio a la etapa de instrucción fiscal, por un tiempo de noventa (90) días. Posteriormente, en audiencia de 25 de enero de 2018, Fiscalía vinculó a la instrucción fiscal al señor **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ**, por ese motivo, el tiempo de la instrucción fiscal aumentó en treinta (30) días.

3.2.2 Luego, mediante providencia de 17 de mayo de 2018, la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, en relación al delito tipificado en el artículo 178 del COIP.

3.2.3 El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, en sentencia de primera instancia, dictada el 04 de octubre de 2018, las 14h20, declaró la responsabilidad penal de los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, por considerar que adecuaron su conducta a la hipótesis fáctica del delito de peculado, tipificado en el primer inciso del artículo 257 del Código Penal; sin embargo, por considerar acreditadas las atenuantes previstas en el artículo 29, numerales 5, 6 y 7 ibidem, y, por someterse a la cooperación eficaz, el mentado órgano jurisdiccional impuso a **GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO** la pena de un año con seis meses de reclusión mayor ordinaria, mientras que, a **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ**, le impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, en razón de la de la verificación de las atenuantes antes referidas.

3.2.4 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, procesados, interpusieron recurso de apelación, por ese motivo, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, mediante sentencia de 30 de noviembre de 2018, las 15h39, resolvió rechazar este medio de impugnación, y confirmar en todas sus partes el fallo de primer nivel.

3.1.5 En el ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, procesados, plantearon

recurso extraordinario de casación, en contra del fallo dictado por el Tribunal de segunda instancia, por lo que, mediante providencia de 10 de diciembre de 2018, las 14h35, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia Imbabura, concedió el recurso de casación a los encartados, y remitió el proceso a la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

3.1.6 Mediante providencia de 27 de junio de 2023, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación de sus medios de impugnación.

CUARTO: DEBATE SUSCITADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS POR LOS SEÑORES SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO, PROCESADOS.

4.1.-Fundamentación de los recursos de casación.

4.1.1 Segundo Ricardo Guachala Benítez, procesado.- Conforme se desprende del audio y del acta de la audiencia desarrollada ante el infrascripto Tribunal, el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez, por intermedio de su defensa técnica, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que impugna la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre del 2019.
- Que los hechos se dieron cuando el abogado Franklin Patricio Chávez presentó una denuncia, por presuntas irregularidades en la autorización, comercialización y entrega de urea, dentro de un programa del Gobierno para agricultores de escasos recursos económicos, en la Unidad Nacional de Almacenamiento del Ministerio de Agricultura y Ganadería, donde laboraba su patrocinado, desde el año 1986 hasta el año 2015.
- Que Fiscalía solicitó una auditoría especial, en la cual, se establecieron presuntas responsabilidades penales, tanto de su patrocinado, como del otro procesado.
- Que las nulidades totales o parciales no se presentan en sede de casación, sin embargo, en el artículo 652.10 literal a) y b) del COIP, se determina que se puede declarar la nulidad por falta de competencia del juez, y porque

la sentencia no reúna los requisitos exigidos por la ley, esto es, el artículo 622.11.

- Que, en la sentencia impugnada, no consta la firma del doctor Olavo Hernández Hidrobo, y, respecto a ello, a fojas 36 del expediente consta una razón actuarial, donde se indica que el mentado juez habría solicitado licencia de vacaciones, desde 26 al 28 de noviembre de 2019; sin embargo, la sentencia impugnada es del 30 de noviembre.
- Que el remedio para suplir la falta de firma del juez es la declaratoria de nulidad, desde la audiencia de fundamentación del recurso de apelación.
- Que el fundamento para solicitar la nulidad es el artículo 76.3 de la CRE, y el artículo 129.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el artículo 76.7.a) de la CRE, es decir, ser juzgado por un juzgador competente, independiente e imparcial, al tenor también del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- Que sin la firma del señor juez, doctor Olavo Hernández Hidrobo, el Tribunal de la Sala Multicompetente de Ibarra no se integró debidamente, lo que impide que la sentencia surta efectos.
- Que lo expuesto contraviene el artículo 1 de la CRE, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el sistema procesal penal como medio de realización de la justicia, del artículo 169.
- Que plantea además la indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal, cuando debió aplicarse el artículo 5.3 del COIP, y, por supuesto, el artículo 304.a) del Código de Procedimiento Penal anterior, en relación al artículo 619.5.
- Que el yerro se encuentra en la parte resolutive de la sentencia y en el considerando décimo primero, donde se determinó que su patrocinado cometió el delito de peculado, adecuando su conducta al tipo penal del artículo 257, hoy artículo 278 del COIP.
- Que, en el fallo impugnado, se indicó que su patrocinado autorizó, cuando eso no es verdad, pues, quien autorizaba era el director del Ministerio de Agricultura y Ganadería en Imbabura, también el director zonal de la Unidad Nacional de Almacenamiento.
- Que, en el considerando décimo primero de la sentencia recurrida, se determinó que su patrocinado tiene la presunción de participación, ello no se traduce en una valoración conforme al artículo 457 del COIP, de aplicar las leyes más

favorables, ya que el proceso inició en torno a unos hechos, que se habrían verificado desde el primero de enero del año 2010, hasta el 31 de agosto del año 2013.

- Que, en este sentido, se hizo una indebida aplicación de este artículo, sin considerar que no existió el dolo.
- Que, en el acápite octavo del fallo impugnado, se menciona al perito contable, señor Perito Darwin Enríquez, quien manifiesta en forma concreta que no se pudo establecer perjuicio alguno, y tampoco se pudo establecer ningún tipo de beneficio en relación a su patrocinado, y entiendo también al otro recurrente.
- Que por ello, no se puede adecuar la conducta de su defendido al tipo penal, pues, no se hizo una apropiación para él, para su familia, o para terceras personas.
- Que no se analizaron los verbos rectores del tipo penal.
- Que, además, se contravino expresamente lo dispuesto en el artículo 457 del COIP. Que este yerro está en el acápite décimo primero de la sentencia recurrida.
- Que el remedio para este yerro está en dictar una sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 304.a) del Código Penal anterior, y el artículo 619.5 del COIP.
- Que, en el fallo impugnado se determinó que su patrocinado intervino en el hecho como autor directo, de acuerdo al artículo 42.1, es decir, se efectuó una interpretación extensiva, prohibida en el artículo 4 del Código Penal, y prohibida en el artículo 13 del COIP.
- Que, en ese tiempo, no existía la autoría directa, existía el autor, el cómplice y el encubridor.
- Que se contravino expresamente esta disposición, porque no se analizó la legalidad y la autenticidad de las pruebas.
- Que el fallo recurrido descontextualizó los hechos y las pruebas, dictando una sentencia ad hominem, en contra del principio *pro personae*, en contra del sistema garantista y del derecho penal mínimo.
- Que, en el considerando décimo primero se realizó un recuento del desfile probatorio del Tribunal A-quo, sin considerar si existe o no, lo dispuesto en el artículo 455 del COIP.
- Que no existe un silogismo jurídico para llegar a la conclusión.
- Que, en el acápite octavo de la sentencia, no se consideró lo dispuesto en la garantía



del artículo actual 507.1, anterior artículo 140.3, es decir, la declaración del procesado como medio de prueba, como medio de defensa a su favor.

- Que, en el caso de que no se dicte la nulidad, se case la sentencia en base a los argumentos esgrimidos.

4.1.2 Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, procesado.- Conforme se desprende del audio y del acta de la audiencia desarrollada ante el infrascrito Tribunal, el señor Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, por intermedio de su defensa técnica, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que impugna la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, el 30 de noviembre del 2018.
- Que plantea la contravención expresa al texto de los artículos 77.14 de la CRE; 5.7 y 652.7 del COIP, que regentan el principio constitucional y procesal del *non reformatio in peius*.
- Que el yerro se encuentra en la parte resolutive de la sentencia impugnada, en el numeral quinto, donde se determina que los sentenciados, por concepto de reparación integral, deben restituir por partes iguales el valor de 26.542,50 dólares, en dinero efectivo, a la Unidad Nacional de Almacenamiento, en el plazo de 30 días, una vez que se ejecutorie la sentencia.
- Que el valor detallado resulta del análisis que consta en el considerando décimo primero de la sentencia, que modificó el valor señalado en el fallo de primera instancia, que determinó que los procesados deben restituir la suma de 5.256 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, que es producto de la venta irregular de los 1572 sacos de urea subsidiada por el Estado, pues los mismos se vendían a 13 dólares a los agricultores, siendo el valor real subsidiado de 10 dólares.
- Que, en mérito de una colaboración eficaz de su patrocinado, se estableció la verdad de los hechos y el modus operandi, a través del cual, se perpetró el ilícito, determinándose que los procesados vendían la urea, que tenía un valor de 10 dólares, a 13 dólares, los 10 dólares se hacían consignar en la cuenta de la entidad pública, y los 3 dólares eran repartidos entre los partícipes.
- Que los 1.572 quintales de urea, por 3 dólares, nos da un aproximado de 5.000 dólares, que estableció el juzgador de primer nivel.
- Sin embargo, siendo los únicos recurrentes, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de

Imbabura hace una corrección de cálculo, incrementando el monto de reparación integral a 26.000 dólares, sin hacer un análisis específico del por qué se llegó a esa conclusión.

- Que se ha incurrido en la prohibición establecida en las normas antes referidas, violando su texto por contravención expresa, por lo que, se ha cumplido con los principios de taxatividad, especificidad, trascendencia, del recurso de casación.

4.2 Contradicción.

4.2.1 Fiscalía General del Estado.- La delegada de la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de contradecir los planteamientos esgrimidos por el procesado, explicó en lo principal lo siguiente:

- Que, en virtud del principio de acierto y legalidad, se presume la estricta legalidad de los elementos fácticos y probatorios, que ya fueron analizados por la Corte de apelaciones.
- Que, en cuanto pedido de nulidad de la defensa técnica del señor Guachala, se debe destacar que el recurso de casación tiene pro finalidad verificar la correcta aplicación de las normas jurídicas en la sentencia impugnada.
- Que tenemos jurisprudencia de la Corte, que determina que, cuando se haya dictado la sentencia, y uno de los jueces, en el momento de notificar la sentencia por escrito, no se encuentra presente, la sentencia no carece de ninguna nulidad.
- Que no existe falta de competencia, ni existe infracción de los artículos 76.3 y 76.7.a) de la CRE.
- Que no se ha violado el derecho de la defensa en ninguna de las etapas.
- Que el señor Guachala autorizaba la venta de la urea que costaba 10 dólares, en 13 dólares, para que los 3 dólares sea beneficio de los procesados y otra persona; de esa forma, perjudicaron al Estado, y cumplieron con los verbos rectores del artículo 257 del fenecido Código Penal.
- Que los procesados abusaron de su cargo, para arbitrariamente disponerse de 3 dólares por cada funda de urea, por ende, actuaron con dolo, conciencia y voluntad.
- Que la defensa técnica del señor Guachala pretende que se vuelva a valorar la prueba, lo cual, por disposición legal está vedado al Tribunal de Casación.
- Que la defensa del señor Guachala también se ha referido a un peritaje, el cual, según aseveró en su fundamentación, habría concluido que no existe perjuicio para el Estado, sin embargo, en la sentencia existe claramente la disposición de reparación integral, por el valor del cual se

han dispuesto los procesados recurrentes en este caso, por ende, no habría una indebida aplicación del artículo 457 del COIP.

- Que en la sentencia no existe una pizca de duda, respecto a la conducta de los procesados.
- Que los jueces de instancia adecuaron correctamente los hechos al derecho.
- Que la defensa técnica del señor Guachala no cumplió el principio de trascendencia, por esa razón, solicita que se declare improcedente su recurso.
- En cuanto al recurso del señor Gustavo Abelardo Idrobo Albuja, que ha indicado que existe una contravención expresa del artículo 77.14 de la CRE, el artículo 5.7 del COIP y el artículo 652 de la misma norma jurídica, porque su pena ha sido agravada: eso no es correcto.
- Que la defensa técnica arguyó que existiría una contravención expresa, empero, la contravención expresa se verifica cuando, a los hechos, se aplica una norma que no tiene relación, lo cual, no ha sucedido.
- Que los hechos se adecuan correctamente al derecho.
- Que, igualmente, el recurso de casación del señor Gustavo Idrobo no cumplió con el principio de trascendencia, por lo que, solicita que se declare improcedente este recurso de casación.

4.3 Réplica.

4.3.1 Segundo Ricardo Guachala Benítez, procesado, procesado.

En el ejercicio del derecho a la réplica, la defensa técnica de la señor Segundo Ricardo Guachala Benítez, expresó en lo principal lo siguiente:

- Que existe falta de competencia, y ratifica su pedido de nulidad, por violación del artículo 32 del COFJ, debido proceso, garantías judiciales, e incluso, del plazo razonable.
- Que debe hacer mención al principio de legalidad del artículo 76.3 de la CRE, asimismo, a la tutela judicial efectiva.
- Que se vino abajo el artículo 66, de derechos, libertades y garantías de la institución. Que debe

manifestar que esto afecta al artículo 82, es decir, a la legalidad, fundamentalmente, a lo que dispone las normas sobre la legalidad.

- Que la potestad de administrar justicia emana del pueblo, y esta se la ejerce a través de los señores jueces, en este caso, no se cumplió por parte de los señores jueces, por el tiempo.
- Que a Fiscalía debe indicarle que nunca se debe entender a la casación de forma subjetiva, es decir, autística.
- Que, una vez más, solicita que se declare la nulidad y se case la sentencia.

4.4 Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, procesado.

En el ejercicio del derecho a la réplica, la defensa técnica del señor Segundo Ricardo Guachala Benítez, expresó en lo principal lo siguiente:

- Que la señora fiscal ha definido la indebida aplicación, y no la contravención expresa.
- Que los jueces de la Sala Multicompetente de Imbabura han omitido la aplicación de los preceptos legales y constitucionales previstos en el artículo 76.14 de la CRE, el artículo 5.7 del COIP y el artículo 652.7 del COIP, que regentan la prohibición del principio *non reformatio in peius*.
- Que solicita que el recurso de casación sea aceptado.

QUINTO:

CONSIDERACIONES EN TORNO AL RECURSO DE CASACIÓN.

5.1 Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República², el principio dispositivo rige “...la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias...”; este principio impone a los jueces el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los argumentos esgrimidos por las partes procesales, por tal razón, en sede de casación, los jueces no pueden pronunciarse fuera del límite fijado por los planteamientos que los recurrentes han desarrollado en la correspondiente audiencia, excepto, cuando del debate desarrollado entre las partes procesales, se desprende la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 657.6³

² Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

³ Art. 657.- Trámite.- El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.

del COIP, o, cuando se precise el ejercicio de tal potestad, por adolecer el fallo impugnado de un error trascendente, y a todas luces, evidente. Dicho esto, consideramos pertinente realizar las siguientes consideraciones, en torno a la naturaleza del recurso de casación:

5.2 El recurso de casación es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segundo nivel, por tal razón, en el caso concreto, la labor intelectual del infrascripto Tribunal debe circunscribirse en el contenido **de la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre de 2018, las 15h39.**

5.3 El control de legalidad efectuado en sede de casación, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables la correcta aplicación de la ley en la resolución del asunto litigioso (artículos 76.1 y 172 de la Constitución de la República⁴), y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este examen no supone el inicio de una nueva instancia, ya que, no otorga a los Jueces la facultad de modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales (artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, segundo inciso⁵); estas facultades le corresponden privativamente a los Jueces de instancia (artículo 10 del COFJ⁶); por ese motivo, Roxin señala que: "...[l]a casación es un recurso limitado, dado que, solo permite 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..."⁷.

5.4 Sin embargo, no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, dado

que, el carácter limitado de este medio de impugnación, impone al recurrente la obligación de justificar que la lesión al ordenamiento jurídico deviene de un vicio in iudicando, es decir, un vicio originado en el raciocinio del juzgador, al momento de aplicar o interpretar el derecho sustantivo en la resolución de la causa, ya sea, por no considerar la norma jurídica pertinente, por emplear una norma jurídica distinta a la que correspondía, o, por deformar el alcance de la norma jurídica aplicada en el fallo objetado (artículo 3490 del Código de Procedimiento Penal, primer inciso). De manera coincidente con los postulados fijados en nuestro ordenamiento jurídico, Humberto Murcia Ballén, citado por Germán Pabón Gómez, señala que, *"...por cuanto el error, desde el punto de vista jurídico, es la falsa declaración de la voluntad de la ley, relativa a la cuestión controvertida, los vicios in iudicando, también llamados vicios de juzgamiento, son los yerros en que incurre el juez al dirimir el conflicto, ya sea porque elige mal la norma sustancial, lo que conduce a aplicar un texto impertinente, dejando de aplicar el que corresponde, o a aplicar éste, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene..."*⁸. Además, para que un recurso de casación prospere, el yerro in iudicando debe ser trascendente, es decir, debe tener tal incidencia, que, de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido sustancialmente distinta.

5.5 Para finalizar esta digresión, resulta necesario señalar que, si bien no constituyen materia de casación, los vicios de procedimiento, o errores in procedendo, pueden ser analizados por el Tribunal de casación, en razón de la regla prevista en el artículo 652.10 del COIP, que establece lo siguiente: *"...si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar,*

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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...).

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (...).

⁵ Art. 349.- Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

⁶ Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad.- (...) 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.

⁷ ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*, Editores El Puerto: Buenos Aires-Argentina. P. 466.

⁸ PABÓN GÓMEZ, Germán; (2022). *De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio*, Ibañez: Bogotá-Colombia. P. 43-44.

de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso...”. Insistimos, los yerros in procedendo no constituyen propiamente cargos de casación, sin embargo, pueden ser estudiados, siempre que representen la violación al derecho sustantivo⁹, y que el yerro se ajuste a las exigencias legales y jurisprudenciales¹⁰.

5.6 En razón de las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, se determina que el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación coloca al recurrente en la obligación de observar las siguientes exigencias, al momento de fundamentar su recurso:

- Los errores susceptibles de casación, por regla general, son los denominados errores *in iudicando* (excepcionalmente los errores *in procedendo*), por tal razón, la hipótesis planteada en esta sede, debe ser construida mediante la confluencia de la violación a una norma jurídica sustantiva, y la adecuación de dicha transgresión a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP (principios de especificidad¹¹ y taxatividad¹²).
- El yerro *in iudicando* planteado en sede de casación debe sustentarse a la luz de los principios de autonomía¹³, trascendencia¹⁴ y no debate de instancia¹⁵.

SEXTO: PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LOS CASACIONISTAS.

6.1 Partiendo de los presupuestos desarrollados en el apartado que antecede, al infrascrito Tribunal le corresponde realizar un estudio, que se circunscriba en los argumentos esgrimidos por los impugnantes en la audiencia de fundamentación de sus recursos

de casación, con la finalidad de extraer de dichos argumentos, los problemas jurídicos que deben ocupar el análisis del infrascrito Tribunal. En tal virtud, corresponde señalar que, del estudio de los planteamientos esgrimidos por la defensa técnica de la casacionista, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

- i. ¿La sentencia impugnada, incurrió en una causa de nulidad procesal?
- ii. ¿La sentencia impugnada, incurrió en la indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal?
- iii. ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP?
- iv. ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 77.14 de la CRE, y los artículos 5.7 y 652.7 del COIP?

SÉPTIMO: RESPUESTA RAZONADA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR LOS CASACIONISTAS.

7.1 ¿La sentencia impugnada, incurrió en una causa de nulidad procesal? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez.

7.1.1 Sobre el alcance de la nulidad procesal.- El artículo 1 de la Constitución de la República establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en el cual, la vigencia, respeto y garantía de los derechos fundamentales constituyen el fundamento de la actividad estatal. Entre los derechos consagrados en la carta magna, están aquellos que cobran

⁹ Violación a la garantía de juez competente (art. 652.120.a) del COIP). Violación a la garantía de motivación de la sentencia (art. 652.10.b) del COIP). Violación del derecho a la defensa (art. 652.10.c) del COIP).

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017, que establece una regla de precedente, para la aplicación del artículo 652.10.c) del COIP, determinando que: “para declarar la nulidad de un proceso en materia penal, en razón de la causal c) del número 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, será necesario que la judicatura enuncie de forma explícita la norma o normas procesales penales cuya inobservancia habría ocasionado la violación de trámite; así como, la pertinencia de su aplicación a dicho trámite, como análisis previo a determinar si dicha violación de trámite acarreo o no una violación del derecho a la defensa; y, como análisis posterior, las razones por las cuales la violación de trámite tuvo influencia en la decisión de la causa”.

¹¹ Esto es, la necesidad de que el recurrente identifique la norma jurídica transgredida.

¹² [Esto es, la necesidad de que el recurrente adecúe la violación de la norma jurídica identificada, a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP.

¹³ Es necesario que cada cargo de casación posea una argumentación independiente.

¹⁴ Se requiere que el yerro alegado haya tenido incidencia en la decisión de la causa.

¹⁵ El recurrente no puede incurrir en pedidos que involucren la valoración de la prueba, o la modificación de los hechos fijados en el fallo impugnado.

importancia dentro de los procesos judiciales, como son, la tutela judicial efectiva, el debido proceso¹⁶, y la seguridad jurídica¹⁷; estos derechos se encuentran consagrados en los artículos 75, 76 y 82 del texto constitucional. Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal, aplicable desde la esfera procesal al caso in examine, contiene un sinnúmero de garantías normativas, encaminadas a materializar la tutela judicial, la seguridad jurídica y el debido proceso; así, en el ámbito de la impugnación procesal, el artículo 652 del delimitado cuerpo de leyes, desarrolla la siguiente regla:

Art. 652.- Reglas generales.- La impugnación se regirá por las siguientes reglas:

(...) 10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, **estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso** desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. **Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.**

Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento:

a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición.

b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código.

c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. (Énfasis añadido).

7.1.2 Este precepto jurídico otorga a los jueces la facultad de declarar la nulidad de la causa, cuando uno de los sujetos procesales haya ocasionado un vicio *in procedendo* en su sustanciación, es decir, cuando haya violado una norma que regula la tramitación del proceso. Pero ¿Qué debemos entender por nulidad? La nulidad es “...una sanción que resta eficacia o priva de sus efectos al acto o a los actos procesales irregulares...”¹⁸; por tal razón, el efecto que produce la nulidad, se manifiesta en la regresión del proceso, hasta el momento de la violación a la ley.

7.1.3 La nulidad se relaciona con los siguientes aspectos: “...con un defecto de forma en el ejercicio o desarrollo del acto procesal; con una sanción al acto irregular; con el incumplimiento de algún requisito que la ley prescribe para la validez del acto; con la sanción civil o penal que la ley establece como reacción a la violación del procedimiento establecido; con una consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos; con un estado de anormalidad del acto; con una privación de efectos imputada a los actos del proceso, una sanción de ineffectividad con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad...”¹⁹.

7.1.4 El ejercicio de esta potestad, es decir, la declaración de nulidad procesal, se caracteriza por su excepcionalidad, pues, de conformidad con el principio de formalidad condicionada, consagrado en el artículo 169 de la Constitución de la República, el “...sistema procesal es un medio para la realización de la justicia...”²⁰; por consiguiente, la mera inobservancia de formalidades procesales, no puede afectar a la

¹⁶ Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la Corte Constitucional ha expuesto:“(...) En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales)(...) Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma *in pejus*, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc.” (Caso 002-08-CN, Registro Oficial Suplemento 602, de 1 de junio de 2009).

¹⁷ Sobre la seguridad jurídica, la Corte Constitucional, en sentencia No. 021-10-SEP-CC de fecha 11 de mayo del 2010 indica lo siguiente: “Es la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho, sin embargo, la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico. Esta Corte estima que la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de la normatividad jurídica en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas normas sean justas y provoquen desenlaces justos, y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta” (Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0585-09-EP).

¹⁸ VAZQUEZ ROSSI, Jorge (1997). Derecho Procesal Penal, Tomo II. Rubinzal Culzoni: Buenos Aires-Argentina. p. 483.

¹⁹ CARRASCO POBLETE, Jaime (2011). La Nulidad Procesal Como Técnica Protectora de los Derechos y Garantías de las Partes en el Derecho Procesal Chileno. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 18 - N° 1, 2011. pp. 49-84.

recta administración de justicia. Incluso, para salvaguardar este interés, nuestro ordenamiento jurídico otorga a los jueces la facultad de convalidar los vicios *in procedendo*, cuando éstos involucren la inobservancia de meras formalidades; circunstancia que se desprende del contenido del artículo 130.8 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión (...)”.

7.1.5 La doctrina también ha destacado el carácter excepcional de la nulidad, por ese motivo, se considera pertinente acudir a los postulados esgrimidos por los estudiosos del Derecho, en torno a este instituto procesal. En este orden de ideas, vale destacar el criterio de Enrique Véscovi, quien sostiene que la regla general es la validez del proceso, y la excepción, la nulidad²⁰. Asimismo, Jesús Hernández Galilea refiere que la nulidad constituye una “...*técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos —o cuya producción se pretende— por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección...*”²¹. Para Wilmer Quispe Umasi, la nulidad procesal “...*es la consecuencia jurídica, de carácter excepcional, producida por un vicio o defecto trascendente en la estructura de un acto procesal, que afecta su validez y genera la deconstitución de sus efectos...*”²². Claus Roxin, en su obra sobre Derecho Procesal Penal, explica que la nulidad prospera solo “...*en casos excepcionales e infrecuentes en los que la subsistencia de una sentencia fuera directamente intolerable por violar el espíritu de la StPO*²³ y principios elementales del orden jurídico...”²⁴.

7.1.6 En el ámbito nacional, Jorge Zavala Baquerizo ha referido que: “...*la nulidad es ante todo una declaración de voluntad proveniente del órgano jurisdiccional penal, provocada de oficio, o a petición de parte, por la cual, deja sin efecto jurídico, total o parcialmente, un proceso penal sustanciado sin respetar las solemnidades esenciales, (...) para la iniciación, trámite y conclusión del proceso penal...*”²⁵. Igualmente, al referirse a la nulidad, el tratadista Ricardo Vaca Andrade explica que: “...*la causa de nulidad [debe influir] en la decisión de la causa (...) es decir, [debe ser] esencial o determinante como para afectar la recta administración de justicia, o para perjudicar, sobre todo, los derechos del procesado acusado, principalmente, aquellos que tienen que ver con el debido proceso...*”²⁶. En idénticos términos, Armando Cruz Bahamonde ha referido que: “...*la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad...*”²⁷.

7.1.7 Estas referencias doctrinarias resultan pertinentes, pues, la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido expresa y categóricamente el carácter excepcional de la nulidad, al declarar que “...*si bien la nulidad es una institución que persigue un fin constitucionalmente válido, y lo hace de manera idónea, no siempre será una medida necesaria y proporcional, en relación al efecto de retardo en la administración de justicia que indefectiblemente causa...*”²⁸.

²⁰ VÉSCOVI, Enrique (2006). Teoría General del Proceso. Editorial Temis: Bogotá-Colombia. p. 264.

²¹ HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús (1995). La Nueva Regulación de la Nulidad Procesal. Editorial Forum: Barcelona-España. p. 66.

²² QUISPE UMASI, Wilmer (2016). La Nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal: Alcances de la Capacidad Nulificante del Tribunal Superior. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. 6(1), 2016 (ISSN 2072-7976), pp. 125.

²³ Código de Procedimiento Penal.

²⁴ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal (2000). Editores del Puerto: Buenos Aires-Argentina. p. 442.

²⁵ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2007). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX. Editorial Edino: Guayaquil-Ecuador. p. 321.

²⁶ VACA ANDRADE, Ricardo (2020). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo I. Ediciones Legales: Quito-Ecuador. P. 745.

²⁷ CRUZ BAHAMONDE, Armando (2001). Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil. pág. 274.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017.

7.1.8 En definitiva, la violación a una norma jurídica de carácter procedimental da lugar a la declaratoria de nulidad; sin embargo, el ejercicio de esta potestad jurisdiccional es excepcional, por tal razón, en el artículo 652.10 del COIP, el legislador ha incorporado las siguientes causales taxativas:

a) Falta de competencia de la o el juzgador.

b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en el COIP.

c) Cuando exista violación de trámite.

7.1.9 En el caso concreto, la defensa técnica del procesado ha solicitado que se declare la nulidad procesal, por cuanto, la sentencia de segunda instancia habría inobservado el requisito establecido en el COIP, específicamente, en el artículo 622.11, y ello, en razón de que uno de los integrantes del Tribunal de apelación, no firmó físicamente el fallo impugnado; por ese motivo, el recurrente ha planteado además la falta de competencia del Tribunal ad-quem.

7.1.10 Ahora bien, de la revisión del expediente judicial²⁹ se tiene que, por debida diligencia³⁰, el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, mediante providencia de 03 de junio de 2019, dispuso que, por intermedio de secretaría, se oficie a “...la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, a fin de que certifique por qué no consta la firma del señor doctor Hernández Hidrobo Olavo Marcial, Juez Provincial, en la sentencia de fecha viernes 30 de octubre de 2018, las 15h39”. Por ese motivo, el doctor Galo Morán Jiménez, secretario relator de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, informó lo siguiente:

“...En cumplimiento a lo ordenado en providencia de 03 de junio de 2019, me permito certificar que: Conforme a la razón que consta del proceso, el Dr. Olavo Hernández Hidrobo, hizo uso de permiso con cargo a vacaciones lo días: LUNES 26 AL MIÉRCOLES 28 DE NOVIEMBRE DEL 2018 y la sentencia se dicta el 30 DE NOVIEMBRE DE 2018, una vez que se encontraba reintegrado a sus funciones el Dr. Olavo Hernández Hidrobo, la misma que fue notificada a las partes procesales, en sus casilleros

electrónicos y judiciales, el VIERNES 30 DE NOVIEMBRE DE 2018, LAS 15H39, luego de haber firmado electrónicamente tanto los señores Jueces Provinciales, Dr. José Eladio Coral, Juez Ponente, Dr. Olavo Hernández Hidrobo y Dr. Farid Manosalvas Granja, Jueces Provinciales, conforme a la impresión del documento que me permito acompañar, y por un lapsus calami no se le ha hecho firmar manualmente en la sentencia, al Dr. Olavo Hernández Hidrobo, por ser involuntario este error nos permitimos expresar nuestras disculpas”.

7.1.11 De la cita que antecede, y de las constancias procesales, concretamente, de las fojas 14 y 15 del cuadernillo de la Corte Nacional de Justicia, se desprende que el doctor Olavo Hernández Hidrobo suscribió electrónicamente la sentencia impugnada, además, el secretario de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura certificó que la firma física del prenombrado juzgador, no fue plasmada en el documento, en razón de un lapsus calami, por tal motivo, este órgano jurisdiccional no encuentra que sea necesario ejercer una facultad eminentemente excepcional, como es la declaratoria de nulidad, toda vez que, incluso, de conformidad al artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Mensajes de Datos, “...La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio...”. Por las razones expuestas, se considera innecesario declarar la nulidad procesal de la causa, en desmedro de la recta y celeridad administración de justicia, por lo que, se descarta los alegatos del recurrente en este punto, por no demostrarse falta de competencia de los juzgadores, ni omisión de uno de los requisitos de la sentencia. En tal virtud, dando respuesta al problema jurídico, se determina que el fallo dictado por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, el 30 de octubre de 2018, no incurrió en una causa de nulidad procesal.

7.2 ¿La sentencia impugnada, incurrió en la indebida aplicación del artículo 257 del Código

²⁹ Fojas 14 del expediente de la Corte Nacional de Justicia.

³⁰ 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.

Penal? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez.

7.2.1 Para solventar este problema jurídico, resulta preciso delimitar el ámbito conceptual de la causal de indebida aplicación de la ley, por tal razón, consideramos menester manifestar que esta modalidad de violación a la ley se verifica cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, llegan al convencimiento del acaecimiento de ciertos hechos, sin embargo, yerran al momento de subsumirlos a la norma jurídica, pues, los adecuan al supuesto descrito en un precepto que no guarda identidad con los hechos fijados; es decir, aplican la norma jurídica que resulta impertinente para la resolución de la causa.

7.2.2 En virtud de los antecedentes expuestos, es posible colegir que el cargo casacional planteado por el impugnante (indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal), representa un reproche en la labor de adecuación típica de los juzgadores de segundo nivel, es decir, en el ejercicio de subsumición de los hechos al derecho. A continuación, desarrollamos los parámetros mínimos, que permiten al impugnante acreditar la violación de una norma jurídica, bajo la modalidad de indebida aplicación de la ley:

1.- En primer lugar, el recurrente está obligado a identificar los hechos del caso concreto, es decir, debe extraer de la sentencia impugnada, la secuencia fáctica que se consideró probada por los juzgadores de instancia.

2.- En segundo lugar, y por tratarse de un tipo penal, el recurrente debe analizar los elementos que configuran la estructura del tipo que propone como indebidamente aplicada.

3.- Una vez descritos los hechos, y destacados los elementos del tipo penal que se considera indebidamente aplicado, el casacionista debe identificar en qué elemento de la norma jurídica no se ajustan los hechos fijados en la sentencia.

4.- Finalmente, el recurrente debe señalar la norma jurídica que resultaba pertinente.

7.2.3 Explicado el alcance del cargo casacional propuesto por el recurrente, y explicada la forma en que debía sustentarse este reproche, corresponde a este Tribunal analizar los argumentos esgrimidos por el impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso. Para tal efecto, resulta perti-

nente iniciar este estudio indicando que, si bien el recurrente planteó un cargo casacional acorde a las exigencias de especificidad y taxatividad, su disertación contravino la exigencia de debida fundamentación, pues, supuso un debate propio de instancia, que no guardó armonía con la verdad procesal, es decir, con aquello que se declaró probado en la sentencia de segundo nivel; por esa razón, efectuamos las siguientes consideraciones:

7.2.4 En primer lugar, resulta imperioso destacar que, en la presente causa, los jueces dieron por acreditado un acontecer fáctico, en virtud del cual, se determinó que los señores Segundo Ricardo Guachala Benítez y Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, en el ejercicio de sus cargos públicos, y en beneficio propio, abusaron de los bienes públicos que se encontraban en su poder, específicamente, los sacos de urea que debían entregarse dentro de un programa estatal, a los pequeños agricultores, a quienes los procesados les cobraron un monto mayor al que debían cobrar; este relato se encuentra consignado en el considerando décimo primero de la sentencia impugnada, bajo las siguientes reflexiones:

“...En el caso que se analiza y se juzga tenemos que los procesados Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja, que desempeñaba las funciones de Digitador-Bodeguero de la Unidad Nacional de Almacenamiento y a su cargo estaba la entrega de la urea que el Estado ecuatoriano, a través del MAGAP entregaba con subsidio a los pequeños agricultores, previa aprobación del ahora coprocesado Segundo Ricardo Guachalá Benítez, que formulaba los pedidos y los autorizaba para que finalmente concurra el agricultor a solicitar el despacho de la Urea previo un depósito de 10 USD por quintal; mas, por la demanda de urea, los procesados en este juicio vendían a 13 USD, de los cuales 10 USD se depositaba en el Banco Nacional del Fomento y los 3 USD se repartían entre Segundo Ricardo Guachalá Benítez, Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja y Aida Lucia Molina, cada dos días, en la misma oficina o de acuerdo a la cantidad de urea que se despechaba cada semana. Además, mediante documentación falsa organizaban carpetas de solicitud de urea que las aprobaba Segundo Ricardo Guachalá Benítez; Aida Lucia Molina ingresaba al Sistema esos pedidos que constaban en esas carpetas; finalmente Segundo Ricardo Guachalá Benítez aprobaba esas carpetas inconsistentes, que contenían información y documentación falsa, habiéndose dispuesto en su provecho los procesados la cantidad de



5.256 USD que era la diferencia que les quedaba a ellos en razón de que el valor que debería cobrarse a los agricultores por cada saco de urea era el de 10 USD y ellos lo vendía a 13 USD. A más de esto los procesados vendieron 617 sacos de urea al valor de 34. 50 USD que les dio un valor total de 21.286.50 que lo utilizaron en su

exclusivo y propio beneficio, contando para ello con documentación falsa que supuestamente era presentada por los agricultores beneficiarios de la urea, conforme se dejó expuesto en los considerandos precedentes de esta sentencia, vale decir jamás se entregó esta cantidad de urea a los beneficiarios.

Elementos Típicos del Delito de Peculado Art. 257 del Código Penal				
Tipo de Delito: Delito mera actividad.- no se requiere un resultado separado espacial y temporalmente de la acción típica.				
ELEMENTOS OBJETIVOS	Sujeto activo	1. Funcionario público 2. Persona encargada de un servicio público		
	Sujeto pasivo	Sociedad		
	Verbo rector	Abusar	Elementos descriptivos	1. En beneficio propio 2. En beneficio de terceras personas
	Objeto	Objeto jurídico (bien jurídico) Es un delito pluriofensivo, transgrede valores de la administración pública y de los funcionarios públicos	Administración pública: Correcto funcionamiento de la administración pública, regularidad funcional, corrección y buena marcha de las instituciones públicas.	
			Funcionarios públicos: probidad, fidelidad, transparencia e imparcialidad.	
		Objeto material	Bienes jurídicos transgredidos	
	Elementos normativos	Dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles	Elemento descriptivo	Que estuvieren en su poder en razón de su cargo
ELEMENTO SUBJETIVO	Dolo: conocimiento y voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo			

7.2.5 De la cita que antecede, se desprende que los hechos probados se adecúan al tipo penal peculado, y para justificar aquello, a continuación, identificaremos los elementos que configuran la tipicidad del peculado.

7.2.6 En necesario indicar que en la fundamentación de este cargo casacional, el recurrente, ni identificó los hechos probados, ni los confrontó con la tipicidad del delito de peculado, siendo necesario que desarrolle este ejercicio, pues, la impertinencia del tipo penal está supeditada a la incorrecta subsunción de los hechos al derecho; los argumentos planteados por el impugnante fueron genéricos, pues, se limitaron a mencionar que no se ha demostrado el dolo, pero no se construyó dicha alegación, sobre la base del contenido de la sentencia impugnada.

7.2.7 Dicho esto, es necesario indicar que los elementos típicos del delito de peculado, singularizados en la tabla que antecede, fueron descritos en el considerando décimo primero de la sentencia de segundo nivel, ya que, el relato fijado en este segmento de la sentencia objetada, se adecuaba al sujeto activo, ya que, se ha justificado que los procesados fueron funcionarios públicos, además, se justificó el núcleo de la conducta, o verbo rector, pues, está probado que los bienes muebles, es decir, los costales de urea, se encontraban en poder de los procesados en razón de su cargo, y fueron abusados por ellos, pues, a pesar que debían ser vendidos a los pequeños agricultores en la suma de diez dólares, los procesados cobraron la trece dólares a los agricultores, para beneficiarse del exceso en el pago cobrado por cada costal entregado; es decir,

se describe tanto el verbo rector, como los elementos descriptivos y el elemento normativo del delito de peculado. Asimismo, existe dolo, pues, los hechos probados describen de manera categórica que, luego de los cobros excesivos, los procesados procedían a repartirse el dinero, es decir, sabían que abusaban de los bienes que estaban en su poder, al punto de materializar un beneficio personal, como consecuencia de dicho abuso.

7.2.7 Por otro lado, ha manifestado el recurrente que no se ha probado el perjuicio económico al Estado, sin embargo, conforme se advierte del estudio del tipo penal imputado al recurrente, no existe un elemento típico, que precise de la justificación de un perjuicio económico. Es importante mencionar que el delito de peculado no es un delito de resultado, pues, se verifica con la sola realización de la conducta, esto es, el abuso de los bienes que se encuentren en poder del sujeto activo, en beneficio propio o de un tercero; conforme se advierte en la tabla previamente desarrollada, el peculado es un delito plurifensivo, que no se concreta en la mera protección de los recursos económicos del Estado, sino en los valores que la sociedad ha considerado relevantes en el ejercicio de la administración pública, y en las labores de los servidores públicos, por ese motivo, la doctrina ha coincidido al manifestar que los bienes jurídicos que protege el peculado son la regularidad funcional, la eficiencia de la administración pública, la correcta marcha de las entidades públicas, y paralelamente, la probidad, imparcialidad, transparencia y fidelidad de los funcionarios públicos en el desarrollo de sus cargos. Los procesados no fueron condenados por generar un perjuicio para el fisco, fueron condenados por defraudar la confianza que la sociedad depositó en ellos, al abusar, en beneficio propio, los recursos públicos que deben ser administrados con probidad.

7.2.8 En conclusión, dando solución al problema jurídico previamente singularizado, se determina que la sentencia de segundo nivel no incurrió en el vicio de indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal.

7.3 ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez.

7.3.1 Previo a solventar este problema jurídico, el infrascrito Tribunal estima pertinente delimitar el ámbito conceptual de la causal invocada por el recurrente, por esa razón, consideramos pertinente señalar que la contravención expresa al texto de la

ley se verifica cuando los jueces de segundo nivel yerran en el proceso intelectual de construcción de su fallo, por no aplicar la norma jurídica que estaban conminados a emplear. Doctrinariamente, esta causal es conocida como “error de omisión”, pues, está caracterizada por la falta de aplicación de la norma jurídica aludida por el objetante.

7.3.2 Sin embargo, para justificar la incursión de los jueces en este yerro de derecho, no basta la mera identificación de la norma jurídica que se considera ignorada, ya que, existen normas que no tienen razón de ser empleadas en una sentencia; esta causal requiere que el casacionista explique con solvencia: por qué resultaba pertinente aplicar dicha norma en el fallo objetado. Lo dicho nos coloca en la necesidad de establecer los parámetros argumentativos mínimos, que permiten al casacionista acreditar la pertinencia de aplicación de una norma jurídica en el caso concreto; por tal razón, en las líneas subsiguientes, efectuamos las siguientes consideraciones:

7.3.3 Cuando el precepto jurídico supuestamente ignorado, está construido bajo la confluencia de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, como ocurre con los tipos penales, el recurrente debe iniciar su exposición identificando los hechos del caso concreto, pues, solo de esa forma, podrá justificar la identidad entre tales hechos, y el supuesto fáctico consignado en la norma jurídica supuestamente soslayada. Vale señalar que, en estos casos, la contravención expresa al texto de la ley se verifica cuando el impugnante ha logrado acreditar la identidad entre la norma y los hechos probados. Sin embargo, existen normas que no siguen la lógica descrita en el acápite que antecede, pues, consagran derechos, principios, reglas, mandatos o proscripciones, que deben observarse irrestrictamente en la sustanciación de las causas penales. En estos casos, como primer elemento argumentativo, el recurrente debe justificar la necesidad de que dichas normas sean observadas por los jueces de segunda instancia, para tal efecto, es importante que el recurrente circunscriba su fundamentación al acto procesal objetado, esto es, la sentencia de segundo nivel, ya que, existen ciertos principios, reglas o mandatos, que si bien son de inexorable obediencia para los operadores de justicia, deben emplearse ante el advenimiento de determinadas circunstancias, o en ciertos momentos procesales; pensemos por ejemplo en el principio de objetividad, o el principio de favorabilidad: no se puede exigir al juez actuar con objetividad, ya que, este principio debe ser observado por el fiscal; tampoco puede exigirse la aplicación del principio de



favorabilidad en todos los casos, puesto que, este principio resulta aplicable solo cuando exista “conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho”. Solo cuando el recurrente ha justificado la necesidad de que la norma jurídica invocada sea aplicada en la sentencia de segundo nivel, y ha evidenciado su falta de aplicación, habrá justificado la incursión del Tribunal ad-quem en el vicio de contravención expresa al texto de la ley.

7.3.4 En el caso concreto, el casacionista ha propuesto el cargo de contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP. Esta norma jurídica consagra una serie de criterios que los jueces deben observar en el ejercicio de la valoración de la prueba. Dicho esto, debemos advertir que en el fallo de segundo nivel, los jueces valoraron la prueba, ergo, este precepto resultaba aplicable. Queda así justificada la pertinencia de aplicación de esta norma jurídica en el fallo impugnado, sin embargo, para verificar si existe falta de aplicación de esta norma jurídica, en la sentencia materia de este recurso, debemos estudiar los planteamientos del recurrente.

7.3.5 Sin embargo, antes de estudiar los argumentos del casacionista, debemos hacer hincapié en lo siguiente: el artículo 457 del COIP se refiere a cuatro criterios para la valoración de la prueba, esto es: legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica; por consiguiente, Si el recurrente pretendía justificar la inobservancia de esta norma, debía observar la exigencia de especificidad, es decir, debía identificar el criterio concreto, que fue inobservado por los jueces de instancia. Sin embargo, al momento de justificar este cargo casacional, el recurrente quebrantó este deber, pues, se limitó a desarrollar una serie de reproches, que no tienen relación con el cargo casacional planteado, como son:

- Que se interpretó extensivamente la ley, porque en el Código Penal existía la autoría, y en el COIP la autoría directa, que no es lo mismo.
- Que el fallo recurrido descontextualizó los hechos y las pruebas.
- Que se dictó una sentencia ad hominem, en contra del principio *pro personae*.
- Que se dictó una sentencia en contra del sistema penal garantista y del derecho penal mínimo.
- Que en el considerando décimo primero se realizó un recuento del desfile probatorio del Tribunal A-quo, sin considerar el artículo 455 del COIP, esto es, el nexo causal.
- Que no existe un silogismo jurídico para llegar a la conclusión.

- Que, en el acápite octavo de la sentencia, no se consideró lo dispuesto en la garantía del artículo 507.1 COIP, anterior artículo 140.3, es decir, la declaración del procesado.

7.3.6 De lo expuesto, se colige que el recurrente planteó enunciativamente su cargo casacional, pues, en ningún momento concretó su argumentación en el contenido del artículo 457 del COIP, que insistimos, se refiere a los cuatro criterios que el legislador ha previsto para la valoración de la prueba. Incluso, hay que decir que los argumentos, que de manera impertinente ha planteado el impugnante, devienen en imprecisos, por las siguientes razones:

- No es cierto que en el Código Penal no existía la modalidad de autoría directa, pues, dentro de las expresiones que el Código Penal utilizaba para abordar el concepto de autor, está incluida la definición que el COIP usa para referirse al autor directo, es decir, aquel que domina el hecho, y decide materializarlo de manera directa. Por ende, sostener que, antes de la vigencia del COIP, no existía la modalidad de autoría directa, resulta por demás impreciso.
- Además, el recurrente ha incurrido en la prohibición consignada en el segundo inciso del artículo 656 del COIP, ya que, de manera insistente, ha pretendido que los integrantes de este Tribunal valoremos la prueba, indicando que no se tomó en cuenta su declaración, que los hechos y las pruebas fueron alterados, que no se tomó en cuenta el nexo causal. No obstante, como ya advertimos en líneas anteriores, los hechos probados en el caso concreto, se ajustan armónicamente a los elementos típicos del delito imputado al recurrente, por lo que, insistir en estos planteamientos, además de violentar la exigencia de no debate de instancia, evidencia la mera inconformidad del impugnante.
- Por otro lado, el recurrente manifestó que no se construyó un razonamiento silogístico, que permita extraer razonadamente una conclusión; sin embargo, esta aseveración es enunciativa, dado que, no tiene relación con el cargo planteado.
- Asimismo, no tienen relación con el cargo propuesto, y devienen en meros enunciados, los alegatos del recurrente que indican que se violentó el sistema procesal garantista, el principio de legalidad, el derecho penal mínimo, el principio *pro personae*

7.3.7 Por las razones expuestas, concluimos que la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30

de noviembre de 2018, no incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP.

7.4 ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 77.14 de la CRE, y los artículos 5.7 y 652.7 del COIP?

Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Gustavo Abelardo Albuja Idrobo.

7.4.1 Conforme expresamos en líneas precedentes, la causal de contravención expresa al texto de la ley involucra la falta de aplicación de la norma jurídica pertinente en la resolución de la causa. Dicho esto, vale mencionar que las normas jurídicas aludidas por el impugnante hacen alusión al principio *non reformatio in pejus*, y tienen el siguiente contenido:

CRE

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: (...) 14. Al resolver la impugnación de una sanción, **no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.**

COIP

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...) 7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, **no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.**

Art. 652.- Reglas generales.- La impugnación se regirá por las siguientes reglas: (...) 7. El tribunal de alzada, al conocer la impugnación de una sanción, **no empeorará la situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente. (El énfasis nos corresponde).**

7.4.2 Las normas jurídicas trascritas en el acápite que antecede, como ya advertimos supra, se refieren al principio *non reformatio in pejus*, que en definitiva, le impone una prohibición al juez de alzada, en virtud de la cual, no puede empeorar la situación del procesado, siempre que éste haya sido el único en recurrir la sentencia cuestionada. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado la siguiente línea:

17. La prohibición de reforma en perjuicio del recurrente, denominada *non reformatio in peius*, rige para todos los recursos y está compuesta esencialmente por dos elementos: (i) *la interposición del recurso únicamente por parte del procesado*; y, (ii) *la prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente*.

i) *Interposición del recurso únicamente por parte del procesado*

18. El primero de los componentes debe entenderse a la luz del principio acusatorio, consagrado constitucionalmente, por el que se divide la actividad investigativa, a cargo de la Fiscalía, y la jurisdiccional, a cargo de jueces y juezas. Por este principio no es posible condenar en primera instancia sin acusación fiscal. Sin acusación no puede haber juicio y sin juicio no puede haber condena. De este principio se deriva que, si la Fiscalía no plantea un recurso y el procesado sí lo hace, **no se puede agravar la pena** en otra instancia judicial. En consecuencia, los tribunales de alzada, por el principio acusatorio, tienen prohibición de cambiar las sentencias penales perjudicando al procesado en el plano sancionatorio, cuando el recurso fue planteado únicamente por la defensa (...).

ii) *La prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente*

32. **La prohibición de la reformatio in peius guarda relación con la agravación de la pena.** La pena debe entenderse en el sentido más amplio posible. El sistema penal puede contemplar distintos tipos de penas; tales como privativas de libertad, no privativas de libertad, restrictivas de los derechos de propiedad, multas. A fin de evitar incurrir en la transgresión que supone la *reformatio in peius*, debe analizarse el empeoramiento de la situación jurídica con relación a la utilización de cualquiera de las penas o medidas previstas en el ordenamiento jurídico penal y a la situación del procesado o condenado³¹.

7.4.3 Del análisis de la cita que antecede, es posible dilucidar una respuesta al problema jurídico planteado por el recurrente, pues, conforme la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, el principio *non reformatio in pejus* se configura cuando confluyen los siguientes elementos: a) cuando el procesado es el único recurrente, y b) cuando se ha empeorado la situación jurídica inicial del procesado. Ahora bien, ¿Qué

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017.

implica el empeoramiento de la situación jurídica del procesado? La Corte Constitucional es enfática al manifestar que el empeoramiento de la situación jurídica del procesado recurrente tiene relación con la pena. Ahora bien, de conformidad con el artículo 58 del COIP, las penas son privativas de la libertad, no privativas de la libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. El artículo 59³² del COIP se refiere a las penas privativas de la libertad, que deben cumplirse en los Centros de Rehabilitación Social, mientras que los artículos 60³³ y 69³⁴ del COIP, determinan cuales son las penas no privativas de la libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. Dentro de los tipos de penas no se encuentra la reparación integral, pues, esta figura no es una pena, por ende, el incremento en la suma

de reparación integral que advierte el recurrente no refleja un empeoramiento en su situación inicial; insistimos, habrá empeoramiento, en la medida en que se agrave la pena impuesta al procesado. La reparación integral es un derecho de la víctima, que ha sido abordado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“...Con relación a la reparación integral, la LOG-JCC establece algunas formas y medidas de reparación.¹¹ La reparación tiene relación directa entre el daño recibido por la víctima y las formas de reparar ese daño. La sanción penal no está contemplada en la Constitución ni en la ley como una forma de reparación. La razón es que la sanción penal tiene directa relación con la persona

³² Art. 59.- Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años. La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión. En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.

³³ Art. 60.- Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. (Sustituido por el Art. 15 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019; y por el Art. 1 de la Ley s/n R.O. 525-5S, 27-VIII-2021).- Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo, arte, cargo público, oficio, industria o comercio; así como para ejercer la gerencia, dirección, administración o gestión de una sociedad o compañía, entidad sin fines de lucro o cualquier tipo de actividad económica, nacional o extranjera, bien sea de forma directa o indirecta.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación.
14. (Agregado por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 del Referéndum, efectuada el 4 de febrero de 2018, R.O. 181-S, 15-II-2018; y Sustituido por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- Inhabilitación para contratar con el Estado que se aplicará en sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos de: peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, ofertas de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada; pena no privativa de la libertad que será comunicada al organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública.

³⁴ Art. 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad.- Son penas restrictivas de los derechos de propiedad:

1. Multa, cuyo valor se determina en salarios básicos unificados del trabajador en general. La multa debe pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia se ejecutorie. No obstante, cuando la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para cancelarla en las condiciones antes previstas, la o el juzgador podrá autorizar que su cumplimiento se realice de la siguiente manera:
 - a) Pago a plazos o por cuotas durante el mismo tiempo de la condena.
 - b) Condonación de una parte de la multa si, además, se demuestra extrema pobreza.
 - c) Servicio comunitario equivalente, únicamente en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses.
2. Comiso penal (...).
3. Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción. Toda pena lleva consigo, según sea el caso, destrucción de los efectos que de la infracción provengan y de los instrumentos con que se ejecutó a menos que pertenezcan a una tercera persona no responsable de la infracción. La o el juzgador podrá declarar de beneficio social o interés público los instrumentos o efectos de la infracción y autorizar su uso.

que ha cometido una infracción y no con el daño recibido por la víctima. De hecho la sanción penal tiene como finalidad la rehabilitación de la persona que ha cometido la infracción penal. Por esta razón, no podría considerarse la sanción penal como una forma de reparación de la víctima, como tampoco podría considerarse que se repara a las víctimas menoscabando las garantías penales de las personas procesadas³⁵.

7.4.4 En conclusión, la reparación integral no es sinónimo de pena, es un derecho de la víctima, contemplado en el artículo 11 del COIP, por tal razón, el cálculo que efectuó el Tribunal de apelación, en virtud del cual, se aumentó el monto de la reparación integral, no comporta una violación al principio *non reformatio in pejus*, pues, el empeoramiento en la situación del procesado, que contempla este principio, tiene relación con la pena, y no con los derechos de las víctimas; por consiguiente, este Tribunal concluye que la sentencia impugnada no incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 77.14 de la CRE, y los artículos 5.7 y 652.7 del COIP, más aún, si tenemos en cuenta que el recurso de apelación es un recurso amplio, por lo tanto, el aspecto de la reparación integral, al ser un derecho de las víctimas, puede ser sometido a un nuevo examen en esta sede.

OCTAVO: DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, y al amparo de los numerales tercero y quinto del artículo 657 del COIP, resuelve declarar improcedente los recursos de casación interpuestos por los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, procesados, por cuanto no han justificado la violación a la ley en la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre de 2018. **NOTÍFIQUESE**

f) DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA JUEZ NACIONAL (PONENTE). DR. MARCO RODRÍGUEZ RUIZ JUEZ NACIONAL. DR. WALTER MACÍAS FERNÁNDEZ JUEZ NACIONAL Certifico.-

Resolución de fácil comprensión

En la presente resolución, el infrascrito Tribunal rechaza los recursos de casación interpuestos por los procesados, y, para llegar a tal determinación, estudia la tipicidad del delito de peculado, y determina que los hechos del caso concreto se adecúan a la norma, además, estudia el carácter excepcional de la declaratoria de nulidad procesal, prevista en el artículo 650.10 del COIP; asimismo, destaca la importancia de la especificidad y la necesidad de que los argumentos esgrimidos por los recurrentes se concreten al cargo planteado; finalmente, el suscrito Tribunal establece que la reparación integral no debe ser entendida como una pena.

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017.

Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA
DE LO LABORAL
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 09359-2020-02065
Fecha: lunes 10 de julio del 2023, las 15h36

TEMA: Demanda el despido intempestivo en periodo de lactancia o embarazo.

SÍNTESIS

La pretensión propuesta por la parte actora, de requerir la indemnización de doce remuneraciones por haber sido despedida intempestivamente en periodo de maternidad, debe ser tramitada a través de un procedimiento judicial especial, en este caso, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 05 2021 estableció, en su art. 1, que, tratándose de la acción de ineficacia del despido intempestivo, deberá tramitarse una única pretensión que es: la solicitud de declaratoria de ineficacia del despido, excluyéndose a todas las demás pretensiones. Esto en virtud de que, la naturaleza de ésta judicial tipo por afán garantizar la permanencia de los grupos mencionados en su puesto de trabajo. La naturaleza de esta acción judicial es diferente a la del despido intempestivo propiamente. La primera parte de la idea primigenia de que la relación laboral no ha terminado, por tratarse de una garantía de estabilidad laboral absoluta, y se requiere al juzgador declare la ineficacia del despido intempestivo. En este orden, una vez declarada la ineficacia del despido, el juzgador consultará a la parte actora si su deseo es de reintegrarse o terminar la relación laboral. Solo en el caso de que, la parte actora solicite la terminación de la relación laboral, procederá el pago de las doce remuneraciones de oficio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2020-02065

Jueza Ponente: Dra. Enma Teresita Tapia Rivera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 10 de julio del 2023, las 15h36. **VISTOS.** – El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por el juez y las juezas nacionales: Dra. Enma Tapia Rivera (jueza ponente), Dra. Katherine Muñoz Subia y Dr. Alejandro Arteaga García, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09359-2020-02065.

I. Antecedentes.

1. La señora **Liseth Katherine Hidalgo Vivanco** inició juicio laboral en contra de la compañía **FLETIMPEX ECUADOR S.A.** (también “**FLETIMPEX**” o “**recurrente**”), en la persona de James Albert Barret Valdivieso, gerente general, por sus propios derechos y los que representa de su mandataria.
2. En la demanda interpuesta, la parte actora impugna la resolución del visto bueno No. 283475-2019, que negó su petición de termi-

nar la relación laboral, por la causal de disminución de la remuneración prevista en al Art. 173.2 del Código del Trabajo, por consiguiente, solicitó: (1) indemnización de despido intempestivo y (2) bonificación de desahucio, amparadas en los Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo; además, también la (3) indemnización por doce remuneraciones por haber sido despedida en periodo de lactancia; y, otras pretensiones, como: (4) décima tercera y cuarta remuneración, (5) vacaciones, (6) intereses, costas y honorarios profesionales. Por su parte, la empresa demandada, en su contestación, rechazó todas las pretensiones del actor, por lo que, solicitó se declare sin lugar la demanda por improcedente.

3. Conocida la causa por la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, en sentencia escrita, con fecha 04 de mayo de 2021, aceptó parcialmente con lugar la demanda, ordenando el pago de la décima tercera y cuarta remuneración y vacaciones;

alcanzando un total de **USD 878,80**; más honorarios; también declarando sin lugar la impugnación de visto bueno y, consecuentemente, niega el pago del Art. 185 y 188 del Código del Trabajo. Inconforme con esta decisión, la parte actora presentó recurso de apelación y, por su parte, la empresa demandada se adhirió a éste.

4. Subida la causa en grado, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas (también “**Corte Provincial**”) en sentencia escrita, con fecha 26 de octubre de 2021, reformó la sentencia venida en grado y ordenó el pago (1) de la indemnización por despido intempestivo (USD 6.000,00), (2) bonificación de desahucio (USD 1.312,00) y (3) indemnización por despido durante el periodo de lactancia (USD 9.000,00); más los rubros ordenados en primera instancia; alcanzando un total de **USD 17.190,08**.
5. Inconforme con esta decisión, la empresa demandada interpuso recurso extraordinario de casación por los casos dos, cuatro y cinco del Art. 268 del COGEP, siendo el proceso enviado a la Corte Nacional de Justicia para su conocimiento y calificación.
6. Conocida la causa por la Dra. María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de fecha 24 de marzo de 2022, solicitó se aclare y complete el recurso de casación por todas las causales interpuestas.
7. Una vez que la parte recurrente cumplió con lo requerido, la Conjueza nacional aceptó a trámite el recurso de casación **únicamente por los casos dos y cinco** del Art. 268 del COGEP, según obra de fs. 08 a 11 del cuaderno de casación. La parte actora no contestó el recurso de casación.
8. De conformidad con el auto de admisión del recurso de casación, al recurrente le fue aceptado: (1) por el caso dos, por la alegada infracción de motivación, con fundamento en el Art. 76 de la Constitución, el Art. 130 del COFJ y los Arts. 89, 90, 95 y 101 del COGEP; y, (2) por el caso cinco, por la alegada indebida aplicación del Art. 155 inciso tercero del Código del Trabajo.
9. Sorteadada la causa a los jueces nacionales, cumpliendo con lo dispuesto en los Arts. 79 y 272 del COGEP, se convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación para el día

26 de junio de 2023, a las 11h00; y, una vez finalizado el debate, se dio cumplimiento al Art. 273 del COGEP; emitiéndose la resolución de manera oral en audiencia.

II. Competencia.

10. El presente recurso de casación se fundamenta en lo previsto en el Art. 184.1 de la Constitución de la República (también “**Constitución**”); en concordancia con los Arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (también “**COFJ**”); así como lo previsto en el Art. 269 del Código Orgánico General de Procesos (también “**COGEP**”); y, particularmente, en mérito del sorteo realizado el día 08 de junio de 2023, lo que radicó la competencia para el conocimiento y resolución de esta causa laboral en este tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

III. Validez Procesal.

11. Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades legales y constitucionales, por lo que la causa se considera válida procesalmente.

IV. Fundamentación del recurso de casación.

A. Por el caso dos.

12. La sentencia de segundo nivel acusa el recurrente “*adopta la decisión sobre el pago de la indemnización por despido en periodo de lactancia, que no cumple con el requisito de motivación.*” Continúa e indica que el tribunal de apelación no menciona cuales fueron los fundamentos de hecho y de derecho que respaldan los motivos para haber ordenado el pago de USD 9.000,00, por despido en periodo de lactancia.

B. Por el caso cinco.

13. La sentencia de segundo nivel acusa el recurrente ha aplicado equivocadamente la norma sustantiva contenida en el Art. 155 inciso tercero del Código del Trabajo. Menciona que la norma citada, solo hace alusión al permiso de maternidad posterior al parto; por lo que, no corresponde a la actora la indemnización por USD 9.000,00; por despido en periodo de lactancia.
14. En tal sentido, solicita se case la sentencia y, en su lugar, se dicte la resolución que corresponda de conformidad a la Constitución.

V. Problemas jurídicos planteados.

15. De acuerdo con la fundamentación del recurrente, este tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos:



15.1. Por el caso dos: ¿La sentencia de segundo nivel contiene una motivación inexistente respecto de la decisión que ordenó el pago de la indemnización por despido intempestivo en periodo de lactancia en contra de la empresa demandada?

15.2. Por el caso cinco: ¿El tribunal de apelación aplicó erróneamente el Art. 155 inciso tercero del Código del Trabajo, al haber ordenado la indemnización por despido intempestivo en periodo de lactancia en contra de la empresa demandada?

V.I. Análisis del tribunal de casación.

a. Por el caso dos.

A.1. Consideraciones sobre el caso dos del Art. 268 del COGEP.

- a. La motivación obliga al órgano jurisdiccional a señalar las disposiciones normativas o principios jurídicos que sustentan su fallo y la pertinencia de su aplicación al caso en concreto. El caso segundo del Art. 268 del COGEP consagra el derecho a la motivación, como una garantía propiamente del derecho a la defensa. La estructura normativa de ésta causal denota la existencia de dos sub causales. La primera está relacionada con la estructura formal que debe contener la sentencia escrita, como: la identificación de las partes, enunciación de las pretensiones, la motivación en sí misma de los fundamentos de hecho y derecho, la parte resolutoria y demás requisitos. La segunda está relacionada con la parte dispositiva de la sentencia, debiendo evitar que se adopten enunciados que sean incompatibles entre sí o contradictorios con la resolución¹.
- b. En esta línea, la actual Corte Constitucional del Ecuador emitió un precedente jurisprudencial obligatorio, contenido en la sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, denominado “*Caso Garantía de la Motivación*”, en el cual el órgano constitucional explícitamente se aleja del test de motivación que

encasillaba únicamente los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, para dar lugar y aclarar las pautas de cómo debe entenderse realmente la motivación de una resolución judicial, misma que debe incluir un criterio rector y toda la argumentación jurídica que debe tener una estructura mínimamente completa. De igual forma, ha desarrollado tipos de deficiencias motivacionales, que derivan del incumplimiento de dicho criterio rector, entre las que constan: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia, emergiendo de esta última, vicios, como: la incoherencia, la inatención, la incongruencia y la incomprensibilidad.

- c. En el caso en concreto, el recurrente acusa una motivación inexistente, debido a que, según su acusación, el tribunal de apelación no explica los fundamentos fácticos y normativos que motivaron el pago de la indemnización por despido intempestivo en periodo de lactancia.
- d. En este escenario, la Corte Constitucional del Ecuador ha dicho que una motivación inexistente ocurren cuando hay total ausencia de una fundamentación fáctica y de una fundamentación normativa en la motivación, es decir, la sentencia no expone ningún argumento encaminado a explicar los motivos que condujeron al juzgador a tomar cierta decisión².

A.2. Análisis y resolución del problema jurídico por el caso dos.

- e. Revisada la sentencia recurrida, ésta comienza por: mencionar que el juez de instancia aceptó parcialmente la demanda; luego, fija la competencia del tribunal y declara la validez del proceso; expone los antecedentes del caso, junto con las pretensiones de ambas partes procesales; hace referencia a los principios que integran el derecho laboral, los fundamentos del recurso de apelación y la valoración de la prueba,

¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 1408-14-EP/20”, en Caso No. 1408-14-EP, 29 de julio de 2020, párr. 38.

² *Ibidem*, párr. 65-68.

citando doctrina, disposiciones normativas y jurisprudencia; luego, fija los puntos de controversia, entre estos: “la forma como finalizó la relación laboral entre los justiciables y si a la demandante le asiste el derecho a recibir el pago de los rubros indemnizatorios reclamados (...)”; posteriormente, en el acápite décimo primero, el tribunal expone los motivos de su decisión.

- f. Con respecto a éste último punto, es preciso revisar la fundamentación empleada por el tribunal en la sentencia recurrida, para determinar si existe la infracción que acusa el recurrente.
- g. Antes de iniciar con el análisis planteado, téngase en cuenta que la fundamentación del recurrente, únicamente, acusa la motivación inexistente respecto de la indemnización por despido intempestivo en periodo de lactancia que se le ordenó pagar. Encontrándose de acuerdo con la forma en que terminó la relación laboral, la indemnización de despido intempestivo, la bonificación por desahucio, los beneficios de la décima tercera y cuarta remuneración y vacaciones; no siendo éstos objeto de impugnación a lo largo de su acusación. Por consiguiente, este tribunal centrará su análisis, exclusivamente, en revisar y analizar la motivación de la indemnización de despido intempestivo en periodo de lactancia.
- h. Así, en virtud del análisis fijado, la sentencia recurrida en el acápite décimo primero dice lo siguiente:

En el caso subjúdice el despido alegado se encuentra debidamente acreditado con la resolución expedida el 15 de agosto del 2019 por el Inspector Provincial del Trabajo del Guayas, Ab. Stalin Silva Estrada dentro del trámite de la solicitud de visto bueno propuesta por Liseth Hidalgo Vivanco para dar por terminada la relación laboral con su empleadora, la Compañía Fletimpex Ecuador S. A. (SIC) en razón de que ésta a través de sus funcionarios incurrió (SIC) en la causal 2 del Art. 173 del Código del Trabajo, motivo por el que a la demandante le asiste el derecho a recibir la

indemnización y la bonificación establecidas en los Arts. 188 y 185, en su orden, del precitado cuerpo de Leyes.

16. Del extracto citado, se tiene que, el tribunal comienza por analizar el trámite de visto bueno, y concluye que éste debió haberse resuelto en favor de la actora, por haberse configurado la causal segunda del Art. 173 del Código del Trabajo, por lo tanto, declara que la relación laboral entre las partes ha terminado por trámite de visto bueno a favor de la trabajadora. En consecuencia, el tribunal indica que, en virtud de la forma en que terminó la relación laboral, a la parte actora le corresponde recibir la indemnización por despido intempestivo y la bonificación por desahucio.
17. Téngase en cuenta que, el tribunal pareciera tratar como iguales al visto bueno y al despido intempestivo, pero en realidad, pretende indicar que, cuando la petición de visto bueno le sea aceptada a la parte trabajadora, el Código del Trabajo por remisión expresa, prevista en el Art. 191, ordena el pago de la indemnización de despido intempestivo y la bonificación de desahucio, consagradas en los Arts. 185 y 188 del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, debe precisarse que éstas son dos formas diferentes de terminar la relación laboral, cada una con sus particularidades.
18. Entonces, retomando el análisis planteado, se observa que el tribunal, sin exponer alguna otra fundamentación, pasa a resolver la causa, indicando, en sentencia escrita, que:

Por unanimidad rechaza el recurso de apelación propuesto por la accionante y desecha la adhesión de la parte demandada y por consiguiente se reforma la sentencia recurrida, disponiendo que además de los valores liquidados por el Juez de Primer Nivel, esto es, \$878.80, la parte accionada pague a la demandante: por la indemnización por despido prevista en el Art. 188 del Código del Trabajo, \$6.000.00 por la bonificación señalada en el Art. 185 del precitado cuerpo de Leyes, \$1.312.00 y por la indemnización por despido a la trabajadora durante el periodo de lactancia, \$9.000.00. (El énfasis le pertenece a este tribunal).

19. Así las cosas, el tribunal de apelación resuelve, por una parte, aceptar la indemnización por despido intempestivo y la bonificación por desahucio, mencionando que las mismas son procedentes por haberse terminado la relación laboral por visto bueno a favor de la trabajadora, tal como se indica en el párrafo 24 y 25. Y, por otra parte, también decide aceptar la indemnización por despido en periodo de lactancia, sin exponer ningún fundamento fáctico y jurídico que justifique esta pretensión.

20. Tal como se mencionó en el párrafo 18 y 19, una sentencia que carece totalmente de una justificación, tanto jurídica como fáctica, deviene en una infracción a la garantía de motivación, ya que no existe ni una mínima explicación de las razones o causas que motivaron a los juzgadores a adoptar una decisión en cierto sentido. En el caso en concreto, el tribunal apelación sí fundamenta, así sean mínimamente, la procedencia de la indemnización de despido intempestivo y la bonificación de desahucio, no así en el caso de la indemnización por despido en periodo de lactancia.

21. Por consiguiente, la sentencia recurrida adolece de una deficiencia motivacional por inexistencia, ya que el tribunal no expuso ningún fundamento sobre esta última indemnización que ordenó pagar a la empresa demandada. Además, este tribunal también advierte un vicio motivacional por incoherencia decisional, ya que, en la parte resolutive, el tribunal comienza por rechazar el recurso de apelación y la adhesión, y, luego decide reformar la sentencia.

22. En consecuencia, se acepta el cargo acusado por el caso dos del Art. 268 del COGEP. Por consiguiente, al amparo de lo previsto en el Art. 273.3 del COGEP, corresponde dictar sentencia de mérito para reemplazar la falta de motivación, por la que estime correcta este tribunal.

A.3. Sentencia de mérito.

23. Tal como se mencionó en el párrafo 22, el recurrente impugna, exclusivamente, la falta de motivación de la indemnización por despido intempestivo en periodo de lactancia en su contra, en tal sentido, este tribunal de casación, observando dicha pretensión y, a su vez, contrastándola con la disposición jurídica que la

sustenta, expone los motivos suficientes para determinar la procedencia, o no, de ésta.

24. Así las cosas, y habiendo el tribunal de apelación declarado que la relación laboral concluyó el 15 de agosto de 2019, por el trámite de visto bueno a favor de la trabajadora, correspondía, en efecto, remitirse a la norma prevista en el Art. 191 del Código del Trabajo. Esta norma otorga el derecho a la trabajadora de recibir la indemnización de despido intempestivo y la bonificación de desahucio, establecidas en los Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo, por haberse otorgado favorablemente el visto bueno solicitado.

25. También, la parte actora, entre las pretensiones demandadas, solicita la indemnización de doce remuneraciones por haber sido despedida intempestivamente mientras se encontraba en periodo de lactancia. Si bien dicha pretensión tiene como fundamento el Art. 155 del Código del Trabajo, cabe precisar que, en realidad, las normas que respaldan esta pretensión son las previstas en los Arts. 195.1 y 195.3 párrafo tercero del mismo código, que regulan la acción judicial de declaratoria de ineficacia del despido intempestivo en contra de una mujer embarazada, en periodo de lactancia o de maternidad o dirigentes sindicales.

26. Entonces, para determinar si dicha pretensión es procedente, en primer lugar, corresponde analizar si la misma es compatible con la naturaleza de la acción judicial que se ha propuesto.

27. Téngase en cuenta que la actora ha presentado una demanda por impugnación de visto bueno. El visto bueno es una forma unilateral de terminar la relación laboral de forma legal, consagrada en el Art. 169 del Código del Trabajo. Cuenta con causales debidamente previstas en los Arts. 172 y 173, unas para el empleador y otras para el trabajador, respectivamente. Requiere de un trámite administrativo, que dota de validez la terminación de la relación laboral, siendo el Inspector de Trabajo, como autoridad competente, quien autoriza la terminación de la relación laboral.

28. Por su parte, el despido intempestivo no es una forma legal de terminar la relación laboral, tal es así que, no se encuentra prevista en los casos del Art. 169 del Código del Trabajo. A diferencia del visto bueno, no requiere de justificación

ni motivo alguno para su procedencia, es decir, se trata de una decisión arbitraria y unilateral del empleador de quebrantar el principio de estabilidad laboral de forma ilegal. En consecuencia, al tratarse de una forma ilegal de terminar la relación laboral, el Código del Trabajo ha previsto sanciones de tipo indemnizatorio en contra del empleador, por haber quebrantado el principio de estabilidad sin acoplarse a las causas legalmente previstas en el Art. 169.

29. Ahora, la Código del Trabajo ha previsto la acción judicial de ineficacia del despido intempestivo, reservada para ciertos grupos, como lo son: mujer embarazada, en periodo de lactancia o maternidad y dirigentes sindicales; garantizándoles una estabilidad laboral absoluta, o como también se les ha denominado: trabajadores inamovibles. Es decir, por su condición de vulnerabilidad, siendo grupos que históricamente han sido marginados en el campo laboral, y con el afán de reivindicar sus derechos, se le ha impedido al empleador despedirlos intempestivamente. Por consiguiente, cualquier acto que atente en contra del principio de estabilidad laboral, será considerado ineficaz, es decir, no surtirá los efectos correspondientes.
30. Para esto, el Código del Trabajo, ha regulado la acción judicial de ineficacia del despido intempestivo, prevista en las siguientes disposiciones normativas:

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.

Art. 195.2. Acción de despido ineficaz. – Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días.

Art. 195.3. Efectos. – 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.

31. Entonces, entiéndase que, la pretensión propuesta por la parte actora, de requerir la indemnización de doce remuneraciones por haber sido despedida intempestivamente en periodo de maternidad, debe ser tramitada a través de un procedimiento judicial especial y, además, cumplir ciertos requisitos propios que la norma citada exige.
32. En este escenario, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 05 2021, con fecha 05 de marzo de 2021, ha establecido, en su Art. 1, que, tratándose de la acción de ineficacia del despido intempestivo, deberá tramitarse una única pretensión que es: la solicitud de declaratoria de ineficacia del despido, excluyéndose a todas las demás pretensiones. Esto en virtud de que, la naturaleza de ésta judicial tipo por afán garantizar la permanencia de los grupos mencionados en su puesto de trabajo.
33. En tal sentido, entiéndase que la naturaleza de esta acción judicial es diferente a la del despido intempestivo propiamente. La primera parte de la idea primigenia de que la relación laboral no ha terminado, por tratarse de una garantía de estabilidad laboral absoluta, y se requiere al juzgador declare la ineficacia del despido intempestivo. En este orden, una vez declarada la ineficacia del despido, el juzgador consultará a la parte actora si su deseo es de reintegrarse o terminar la relación laboral. Solo en el caso de que, la parte actora solicite la terminación de la relación laboral, procederá el pago de las doce remuneraciones de oficio.
34. Mientras que, por su parte, con la acción de despido intempestivo se concibe que la relación laboral ha concluido y solamente se exige que el juzgador ordene el pago de las indemnizaciones previstas en la ley. Lo mismo sucede con la acción judicial de impugnación del trámite de visto bueno, declarada la terminación de la relación laboral, se solicita, por amparo del Art. 191 del Código del Trabajo, se cancela los rubros previstos en la norma. Es decir, la acción de ineficacia del despido intempestivo, contraria a la de

despido intempestivo e impugnación del visto bueno, no es de carácter indemnizatorio, ya que busca reparar, no pecuniariamente, el derecho constitucional al trabajo, a través de la declaratoria de ineficacia y la orden de reintegro al puesto de trabajo.

35. Por lo tanto, en el presente caso, al haber terminado la relación por trámite de visto bueno a favor de la trabajadora fue procedente, por remisión expresa, la indemnización de despido intempestivo y la bonificación de desahucio, previstas en los Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo, por ser compatibles con la presente acción judicial, así lo dispone el Art. 191 del Código del Trabajo.
36. Ahora, con respecto a la pretensión de cancelar la indemnización de doce remuneraciones por despido intempestivo en periodo de lactancia, es improcedente su pago, por ser incompatible con la naturaleza del presente trámite. Como se mencionó en los párrafos 39, 40 y 41, dicha indemnización pretendida por la actora procede, únicamente, cuando ésta decida terminar la relación laboral luego de que el juzgador declare la ineficacia del despido intempestivo. Inclusive, esta acción judicial tiene un periodo de 30 días de caducidad.
37. Por lo tanto, no corresponde el pago de la pretensión de doce remuneraciones como indemnización por despido intempestivo en periodo de lactancia, por improcedente e incompatible con la naturaleza de la acción judicial de la presente causa, sin necesidad de revisar si se cumplen los demás presupuestos normativos.
38. Por último, es preciso recordarle a la parte actora que, la indemnización para mujeres embarazadas despedidas prevista en el antiguo artículo 154 incisos tercero y cuarto del Código del Trabajo, fue derogado con la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 483 en fecha 20 de abril de 2015. Con aquella norma, por la simple ocurrencia del despido intempestivo o

desahucio del empleador al trabajador, se podía ordenar el pago de doce remuneraciones, sin la necesidad de un trámite especial. Sin embargo, con la reforma de 2015, las cosas cambiaron y, ahora, la trabajadora debe activar la acción judicial de ineficacia del despido intempestivo, y también rechazar el reintegro a su puesto de trabajo, para ser acreedora de la indemnización que se le ha rechazado; y, no como lo ha considerado el tribunal de apelación en la presente causa.

B. Por el caso cinco.

39. En virtud de que se ha emitido sentencia de mérito por el caso dos del Art. 268 del COGEP, este tribunal se abstiene de analizar la infracción denunciada por el caso cinco, por centrarse la fundamentación sobre el mismo punto de derecho que en el caso dos, lo cual resultaría innecesario.

VI. Decisión.

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**", resuelve **CASAR** el fallo dictado por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, con fecha 26 de octubre de 2021, no siendo procedente el pago de USD 9.000,00; a favor de la parte actora con fundamento en la indemnización de doce remuneraciones por despido intempestivo en periodo de lactancia; en los demás rubros estese a lo dispuesto en la sentencia recurrida. Entréguese el total de la caución a la parte recurrente, de conformidad con el Art. 275 del COGEP. Envíese el proceso al tribunal de apelación para los fines pertinentes. **Cumplase y Notifíquese.** –

f) DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA JUEZA NACIONAL (PONENTE). DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA JUEZ NACIONAL. DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA JUEZA NACIONAL. Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

Las mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o maternidad, están protegidas por la garantía de estabilidad absoluta. En caso de ser despedidas intempestivamente podrán solicitar al juez laboral que le regrese a su puesto de trabajo, dentro de los 30 días siguientes.

//

Juicio Nro. 09359-2020-02237
Fecha: 28 de julio del 2023, las 15h50

TEMA: Nulidad procesal por falta de convocatoria a la audiencia, lo que devino en la indefensión de la accionada.

SÍNTESIS

La Sala niega el recurso de casación interpuesto por considerar que el proceso no se encuentra viciado de nulidad porque la parte demandada si fue notificada con la convocatoria a la audiencia única y que la relación laboral no terminó por acuerdo entre las partes; sino, por despido intempestivo, al establecerse que la renuncia suscrita por la trabajadora, adolece de vicios en el consentimiento, al haber sido coaccionada a firmarla. Se rechazó el recurso incoado

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2020-02237

Jueza Ponente: Dra. Katherine Muñoz Subia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 28 de julio del 2023, las 15h50. **VISTOS:** El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales, doctores: Katherine Muñoz Subía (ponente), Alejandro Arteaga García y Enma Tapia Rivera, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09359-2020-02237.

I. Antecedentes procesales:

1. Relación circunstanciada de la causa:

Marie García Ortiz inició juicio de trabajo en contra de la empresa IMPORTADORA DISVASARI S.A. en la persona de su Gerente General, el señor José Miguel Palacios Moncayo, a quien demanda por los derechos que representa y por sus propios derechos.

2. Objeto de la controversia fijado en audiencia única:

El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, el día 03 de marzo del 2021, a las 14h30 (fs. 79 y 80), llevó a efecto la audiencia única dentro de la presente causa, en la que estableció como objeto de controversia lo siguiente:

... Determinar la existencia de la relación laboral entre las partes, su tiempo de servicio, última remuneración, de existir un vínculo

laboral entre los sujetos procesal, establecer la forma como termino, y si la trabajadora demandante tiene o no tiene el derecho al pago de la indemnización de despido intempestivo, desahucio que establecen los artículos 188, y 185 del Código de Trabajo, determinar, si es procedente o no es procedente ordenar el pago de remuneraciones de 14 días del mes de marzo del 2020, más el recargo que señala el Art 94, determinar si es procedente o no es procedente el pago del proporcional de la décimo tercera remuneración de marzo del 2020, determinar si es procedente o no es procedente el pago de la décimo cuarta remuneración de diciembre del 2017 a junio del 2018, determinar si es procedente o no es procedente el pago de fondos de reserva del mes de marzo del año 2020, determinar si es procedente o no es procedente el pago de uniformes del año 2017, a 2020, determinar si es procedente o no es procedente el pago de horas suplementarias y recargo nocturno...

3. Referencia a la parte dispositiva de las sentencias de primera y segunda instancias:

3.1 El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, dictó sentencia escrita el 01 de abril de 2021, a las 10h13 (fs. 82 a 87), en la que resolvió declarar parcialmente con lugar la demanda, ordenando a la empresa demandada el pago de los siguientes rubros:



... *Despido intempestivo* Art. 188 Código de Trabajo. \$6.566,10; Art. 185 Código de Trabajo. *Bonificación por desahucio* \$1.367,94; *Décimo Tercera remuneración proporcional de marzo del 2020*, \$ 42,55, *Décimo cuarta remuneración de diciembre del 2017, a 15 de junio del 2018* \$ 225,86; *fondos de reserva más el recargo* \$42,55; *remuneración de 14 días de marzo del 2020*, \$510,69, *por Art 94 del Código de Trabajo*, \$ 1.532,07, *dan un total DE \$.*10.287,76; *SON: DIEZ MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE DÓLARES CON 76CTVS; Con honorarios que se regulan en el 10%. para la defensa técnica de la actora, sin costas que regular. la indemnización establecida en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, consistente en la suma de USD\$ 176.025,42 \$ 29.950,39 (que ya fueron cancelados), dando un total de USD\$ 146.075,03 dólares de los Estados Unidos de América...*

3.2 El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia de mayoría, el 10 de noviembre de 2021, las 10h03, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmó el fallo subido en grado.

4. Recurso de casación y actos de sustanciación: De la última decisión mencionada, ambas partes procesales interpusieron recurso de casación.

4.1 Previo a la admisión de los recursos extraordinarios de casación interpuestos, mediante auto de 16 de mayo de 2022, las 11h08, la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, doctora Liz Barrera Espín, ordenó se aclare y complete en puntos específicos el recurso de la accionada; luego de ello, el recurso interpuesto por la actora fue inadmitido a trámite, mientras que, el recurso de la demandada fue admitido a trámite por los casos uno y cinco del artículo 268 del COGEP, según auto de 30 de mayo de 2022, las 10h47, dictado por la Conjueza en referencia.

4.2 La empresa recurrente acusa que en la sentencia proferida el tribunal ad quem ha incurrido en falta de aplicación del artículo 1957 del Código Civil y errónea interpretación del artículo 107 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos, esto, al amparo del caso uno del artículo 268 del COGEP; en cuanto al caso cinco, se ha acusado la falta de aplicación del artículo 169 numeral 2 del Código

de Trabajo, única norma admitida en auto de admisibilidad.

a. Competencia:

a. Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación de conformidad con la Resolución N° 02-2021 de fecha 05 de febrero de 2021 y Resolución N° 04-2021 de 19 de febrero de 2021; 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; y, Resolución N° 042017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017. Y al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: “*Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.*”, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: “*Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.*”; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece: “*La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo*”, en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y, del sorteo de 08 de junio de 2023, a las 10h31, que obra a fs. 20 del expediente de casación.

b. El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al

87 *Ibídem*, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 17 de julio de 2023, a las 08h30; y, finalmente se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

III. Fundamentación del recurso de casación:

c. Argumentos reproducidos por la compañía recurrente en el libelo de casación.

71 Por el caso uno: En relación al caso uno, la parte demandada indica que el tribunal de apelación incurrió en falta de aplicación del artículo 1957 del Código Civil y errónea interpretación del artículo 107 del COGEP, viciando el proceso de nulidad insubsanable influyendo en la decisión de la causa.

a. Como antecedente precisa que interpuso recurso de apelación, denunciando la falta de notificación a la empresa IMPORTADORA DISVASARI S.A. con la convocatoria a audiencia única dentro de la presente causa, para lo cual transcribe lo resuelto por el tribunal de alzada.

b. Menciona que, el juez plural “... trata a mi representada la compañía IMPORTADORA DISVASARI S.A. y a su representante legal José Miguel Palacios Moncayo como una sola persona, y no como personas distintas como lo afirma la Ley”, conforme lo determina el artículo 1957 del Código Civil, siendo que, dentro del derecho societario y mercantil, las personas jurídicas son diferentes a las personas que las componen, sin poder tratar a las personas que la conforman y a la persona jurídica como una sola.

c. Afirma que, no se está hablando de la solidaridad que comparte el representante legal de la compañía con los trabajadores, sino que la ley misma no los trata como uno solo. En este sentido, indica que, el argumento de la Sala de que “el representante legal y la compañía comparecieron y son la misma persona, es absurdo, pues es claro que se comparece por sus propios derechos dada la solidaridad de las obligaciones laborales, y en representación de la compañía, siendo estas personas distintas”.

d. Agrega que, la sentencia ha violentado los derechos de su representada al no

ser notificada con la convocatoria a audiencia, cuando la “compañía merece su espacio, no solo el representante legal, es claro que existe una omisión de solemnidad sustancial, esta es la determinada en el numeral 5, pues DISVASARI nunca fue notificada con la convocatoria de audiencia, como se dejó establecido por parte de nosotros, conforme a la certificación emitida por el sistema esatje”, lo cual, al no haber podido comparecer a la audiencia única ha dejado en indefensión a IMPORTADORA DISVASARI S.A. y por la gravedad ha influido en la decisión de la causa al impedirle actuar prueba y defenderse dentro de la audiencia única.

72 Por el caso cinco: Como antecedente la demandada precisa que, tanto en la demanda como en la contestación a la misma, las partes afirmaron que se suscribió, recibió y aceptó la renuncia voluntaria de la trabajadora, siendo un hecho que no debe ser probado “y no debe prestarse a interpretaciones adicionales, pues aquel hecho se torna indiscutible de acuerdo con la doctrina”.

a. Señala que, en el ámbito procesal hay hechos que no deben ser probados, conforme el artículo 163 del COGEP, en este caso, la renuncia de la trabajadora y su aceptación nunca estuvieron en tela de duda, lo que exime a las partes de producir documento alguno para demostrar la existencia del hecho.

b. En este sentido, afirma que la relación laboral entre las partes no terminó por despido intempestivo, como equivocadamente concluye el tribunal de alzada en el fallo de mayoría, sino que terminó por mutuo acuerdo, al existir la renuncia de la trabajadora y aceptación de la empleadora.

c. Precisa que, es determinante que se aplique el artículo 169 numeral 2 del Código de Trabajo, pues hay un hecho admitido por las partes, esto es, la terminación de la relación laboral por acuerdo entre las partes, y no como lo determina el juez plural declarando un derecho para el pago de una indemnización por despido intempestivo por una supuesta falta de prueba.

d. Finalmente, menciona que, no corresponde el pago de la indemnización por



despido intempestivo al haber afirmado tanto la actora como la demandada que la relación laboral terminó por renuncia voluntaria presentada por la trabajadora y aceptada por la demandada, existiendo en sí el acuerdo entre las partes conforme el artículo 169 numeral 2 del Código de Trabajo.

d. Contestación al recurso por parte de la actora. La parte accionante al efectuar la contestación al recurso de casación formulado por la empresa demandada, precisa:

... debo señalar que otra vez la parte demandada pretende engañar al Tribunal de la Corte Nacional, ya que ha puesto en su recurso de casación lo siguiente: (...) la parte demandada ha entrado a analizar la motivación del tribunal, más no la parte dispositiva y el yerro cometido en dicha parte, error que comete nuevamente en la ampliación y aclaración del recurso presentado, por lo que mal podía la conjeza de la Corte Nacional admitir dicho recurso de Casación que ha sido planteado erróneamente, incumpliendo con la disposición legal (...) de la lectura de la demanda, claramente se evidencia que JAMAS presenté ninguna renuncia voluntaria, tal como pretende hacer ver mi ex empleador, por ello es que los jueces a quo y ad quem ordenaron el pago del despido por vcuanto no existió ninguna prueba que determine la supuesta renuncia alegada por mi ex empleador, por lo tanto, mal puede hacer mi ex empleador referencias a pruebas que no fueron actuadas en legal y debida forma tal como lo ordena la ley...

IV. Problema jurídico:

e. Los problemas jurídicos a resolver en virtud de cada caso planteado se resumen en lo siguiente:

9.1 Primer problema jurídico caso uno: De conformidad con el planteamiento del recurso y el cargo admitido a trámite, corresponde establecer si, **¿el proceso se encuentra viciado de nulidad insubsanable, al supuestamente no haberse notificado con la convocatoria de audiencia única a la persona natural demandada y no a la persona jurídica, dejando a la empresa accionada en indefensión al no haber podido comparecer a la audiencia referida?** De superarse este primer filtro, el análisis continuará con el siguiente problema jurídico.

9.2 Segundo problema jurídico caso cinco: Corresponde dilucidar si: **¿El tribunal ad quem**

incurrió en falta de aplicación del artículo 169 numeral 2 del Código del Trabajo, al determinar en la presente causa, que la relación laboral concluyó mediante despido intempestivo y no por acuerdo entre las partes?

a. Análisis del Tribunal de casación:

f. Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

10.1 El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

10.2 Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.¹ De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye –también una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

10.3 Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto –conforme el artículo 266 del COGEP, y procede por lo general una vez bagotados los recursos ordinarios.² Es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley – artículo 268 del Código Orgánico General de

Procesos (COGEP) y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

10.4 Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional –artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que, este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene –más allá de la defensa de la legalidad indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.³

11.1 Por el caso uno: Primer problema jurídico: De conformidad con el planteamiento del recurso y el cargo admitido a trámite, corresponde establecer si, **¿el proceso se encuentra viciado de nulidad insubsanable, al supuestamente no haberse notificado con la convocatoria de audiencia única a la parte demandada, dejando a la empresa accionada en indefensión?**

11.2 El caso uno previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: “ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”

11.3 Al respecto, este caso de casación procede por anomalías de naturaleza procedimental,

exigiendo la infracción de normas adjetivas en sus tres motivos: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Determinando tres condiciones adicionales fundamentales: i) viciar el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; ii) gravedad de la transgresión en la decisión de la causa; y, iii) que la nulidad no hubiere sido subsanada en forma legal.

11.4 El artículo 107 del COGEP determina las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, siendo que la inobservancia de una de ellas conlleva la nulidad. Sin olvidar que, tal disposición también condiciona la declaratoria de nulidad específicamente a los casos en que la ley así lo ordene.

11.5 Entonces, de la interpretación del artículo 268 numeral 1 del COGEP en correspondencia con el artículo 107 último inciso ibídem, vemos que son dos los principios que regulan aplicación de las nulidades en nuestro ordenamiento jurídico, el de trascendencia y especificidad.

11.6 El primero exige del vicio tal gravedad, que en realidad cause perjuicio a una de las partes, e incluso indefensión, además de ser tan relevante que, de no haberse producido, el resultado de la decisión fuere diferente, o incluso, si la transgresión o anomalía procesal impide a la causa cumplir con su fin u objeto principal. Siendo obviamente que, si la nulidad es subsanada, tácitamente la configuración del principio de trascendencia es descartada.

11.7 Mientras que el segundo, advierte la imperiosa necesidad de que los efectos que conllevan la nulidad de un acto procesal se encuentren expresamente contemplados en la ley. Es decir, “ *no hay nulidad sin ley específica que lo establezca (...) debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable ...* ”.

¹ El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional [...] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, “El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico”, CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

² Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

³ Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales [...] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente [...] Ibídem. Pág. 112.

- 11.8** Adviértase que en nuestro ordenamiento jurídico las nulidades no son exclusivas de la infracción de normas procedimentales previstas en la ley (COGEP), sino y sobre todo de la Constitución de la República, tanto más si el artículo 76 numeral 7 ibídem desarrolla el debido proceso, y dentro de este, el derecho a la defensa en todo proceso judicial, cuya violación o inobservancia deriva en indefensión, cuestión esta última que esencialmente trae como consecuencia la declaratoria de nulidad.
- 11.9** En definitiva, para que prospere el caso primero del artículo 268 del COGEP, a más de trasgresión de la norma procedimental en cualquiera de sus tres motivos, es indispensable la ocurrencia de las condiciones antes analizadas. Pues bien puede suceder que aun cuando se configure anomalías de carácter procesal, estas no sean lo suficientemente graves o trascendentes como para que amerite la declaratoria de nulidad.
- 11.10** En este sentido cabe observar que, según el artículo 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, los juzgadores/as y tribunales deben convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, siempre y cuando los vicios configurados no hubieren afectado al proceso de nulidad insanable ni provocado indefensión. Caso este último, en el cual, no es posible convalidación alguna, pues lo vulnerado es una garantía constitucional derecho a la defensa.
- 11.11** De ahí que, los juzgadores/as al examinar las formas procesales y la validez de la causa, si bien deben remitirse al régimen de nulidades del COGEP, procurarán también no obviar la efectiva aplicación del derecho a la defensa en toda la sustanciación del juicio, proscribiendo toda actuación u omisión que ocasione indefensión en perjuicio de cualquiera de las partes. Valiéndose además del ordenamiento jurídico en su contexto con el fin de determinar si –ante vicios procedimentales es estrictamente necesario declarar la nulidad de lo actuado. El caso dos previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: “*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.*”

- 11.12** Previo a abordar el análisis en específico, corresponde remitirse a la decisión atacada, en cuya parte pertinente se lee:

... TERCERO: VALIDEZ PROCESAL.- (...) en la contestación de la demanda que corre a foja 60 del proceso, el Ing. José Miguel Palacios, comparece por su propios derechos y por los derechos que representa de la compañía Importadora Disvasari S.A, además, en dicha contestación consta con claridad los datos del procurador judicial, indicando que se lo notifique en varias casillas judiciales, siendo una de estas, el correo electrónico “carlossandoval05@yahoo.com”, donde este correo es el punto controvertido sobre el cual, este tribunal realizará el siguiente análisis, dentro del proceso se observa que la defensa técnica de la parte demandada, al enterarse de la realización de la audiencia de primer nivel, con fecha jueves 1 de abril del 2021, a las 10h13, presenta un escrito al juez A quo, solicitando que se certifique mediante TICS, si existió o no una providencia de fecha 20 de enero del 2021, por consiguiente, dicha certificación realizada por TICS, indica que no existe la providencia cargada en el sistema con la fecha antes referida; frente este escenario, el tribunal dejo muy claro, que el actuar de un profesional del derecho se basa en la ética profesional (...) por lo tanto, al requerir información errada que no consta en el sistema, puede conducir a un engaño al tribunal, no obstante, este tribunal (...) dispone como prueba para mejor resolver solicitar a TICS, que si efectivamente se había realizado correctamente la notificación de la providencia con fecha 03 de marzo del 2021 (...) Por consiguiente, el departamento de TICS, contesta indicando que efectivamente la providencia había sido notificada al correo electrónico carlossandoval05@yahoo.com, por lo tanto, esto quiere decir que el demandado si fue notificado al correo antes mencionado y a los otros correos que señaló en su contestación a la demanda, por lo que, debió comparecer a la audiencia, a efectos de hacer valer sus derechos, aunque, este tribunal desconoce los reales motivos por el cual el demandado no compareció, sin embargo, queda demostrado que el demandado tenía pleno conocimiento de la convocatoria de la audiencia, que fue notificada el 22 de enero del 2021, para la audiencia que se desarrolló el 03 de marzo del 2021; por último la abogada de la parte

demandada, indica una argumentación más, solicitando que TICS aclare si la notificación fue por sus propios derechos o por los que representa, sin embargo, dicha petición es improcedente, ya que las notificaciones tiene el objetivo simplemente de hacer conocer el motivo de una providencia a las casillas correctamente señaladas, TICS no puede determinar si la notificación fue al Sr. José Miguel Palacios o a la Importadora DISVASARI S.A., ya que se vuelve a reiterar, que las notificaciones se generan a los correos indicados en el proceso, por lo que, este tribunal considera que la argumentación establecida por la defensa técnica de la parte demandada, tiene como objetivo dilatar una causa innecesaria, además el Ing. Jose Miguel Palacios compareció por sus propios derechos y por los derechos que representa de la compañía. Por todo lo antes expuesto, se niega por unanimidad, la apelación del recurso de nulidad presentado por la parte demandada, por consiguiente, se declara la validez del proceso...

11.13 Según lo transcrito, el tribunal de instancia ha desestimado la nulidad de la convocatoria a audiencia única, por cuanto, la parte accionada conforme a las constancias procesales y la certificación de TICs del Consejo de la Judicatura, ha sido efectivamente notificada al correo electrónico señalado en la contestación a la demanda por la parte accionada, siendo que su inasistencia a la diligencia en primera instancia no se encuentra justificada.

11.14 Por otro lado, la parte demandada y casacionista sostiene, en lo fundamental que, en el referido juicio debían ser notificados en primera instancia con la convocatoria a audiencia única, por separado, el señor José Miguel Palacios Moncayo por sus propios derechos; y, por otro, la empresa IMPORTADORA DISVASARI S.A., teniendo en cuenta que no son una sola persona, sino distintas. Por lo que, dice IMPORTADORA DISVASARI S.A. no fue notificada con la convocatoria a dicha diligencia, provocándole indefensión en su contra, vulnerándose su derecho a la defensa.

11.15 En relación a las cuestiones planteadas por la demandada sobre la falta de notificación con la convocatoria a audiencia única en primera instancia, es evidente la necesidad de verificar las actuaciones procesales en torno dicha diligencia, consecuentemente se efectúa el siguiente análisis:

- a) De fojas 60 a 63 del cuaderno de primera instancia se observa que comparece el ingeniero José Miguel Palacios Moncayo por sus propios derechos y los que representa de la compañía IMPORTADORA DISVASARI S.A., por intermedio de su procurador judicial el abogado Carlos Luis Sandoval Villamar, el 13 de noviembre de 2020, las 16h12, contestando la demanda dentro del presente juicio y señala “Los nombres y apellidos del compareciente son como quedan indicados, esto es JOSE MIGUEL PALACIOS MONCAYO (...) El compareciente lo hace además por los derechos que representa de la compañía IMPORTADORA DISVASARI S.A., en su calidad de Gerente General y como tal representante legal de la compañía demandada (...) con correo electrónico nomina@grupopalmon.com. (...) Para futuras notificaciones señalo la casilla judicial 543 y/o el correo electrónico carlossandoval05@yahoo.com, profesional que autorizo para que pueda suscribir cuanto petitorio sea necesario en la defensa de mis intereses y los que represento. Por el compareciente debidamente autorizado mediante Poder de Procuración Judicial que adjunto.”.
- b) Con auto de 19 de noviembre de 2020, las 09h36, el juez a quo (fs. 65), califica la contestación a la demanda señalando que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 156 del COGEP, siendo admitida y convoca a audiencia única para el 05 de enero de 2021, a las 14h30; misma que es notificada a los correos electrónicos señalados por las partes procesales, entre ellos, carlossandoval05@yahoo.com, (fs. 66).
- c) Mediante escrito de 20 de noviembre de 2020, las 15h21, la parte demandada a través de su procurador judicial solicita el diferimiento de la convocatoria a audiencia única en razón de que tiene programada otra diligencia el mismo día, 05 de enero de 2021, a las 15h00.
- d) A fs. 70 consta auto de 3 de diciembre de 2020, las 09h52, en el que, el juez de primera instancia, atendiendo el pedido del procurador judicial de la accionada, fija un nuevo día y hora para la realización de la audiencia única, esto es, para el 22 de enero de 2021, a las 14h30.



- e) El 15 de enero de 2021, las 16h07, la accionante por medio de su abogado defensor, presenta escrito en el que requiere el diferimiento de la audiencia única, en virtud de que se encuentra delicado de salud, para lo cual, adjunta certificado médico. Frente a dicha petición, el juzgador *a quo* procedió mediante providencia de 22 de enero de 2021, a las 08h54, a reagendar una nueva fecha para la realización de la diligencia, señalándola para el 03 de marzo de 2021, a las 14h30, de la cual consta razón de notificación a fs. 77 vlta, suscrita por la doctora Ketty Joanna Paredes Floril, Secretaria Relatora de la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Guayaquil, de la que se desprende “... En Guayaquil, viernes veinte y dos de enero del dos mil veinte y uno, a partir de las diez horas y cincuenta y dos minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO DE SUSTANCIACIÓN que antecede a: (...) IMPORTADORA DISVASARI S.A. en el correo electrónico *contador@grupopalmon.com*, *contabilidad@grupopalmon.com*, *miguel.palacios@grupopalmon.com*, *nomina@grupopalmon.com* PALACIOS MONCAYO JOSE MIGUEL en el casillero No. 543, en el casillero electrónico No. 0904195237 correo electrónico *carlossandoval05@yahoo.com* del DR./ Ab. CARLOS LUIS SANDOVAL VILLAMAR... ”.
- f) De fs. 79 a 80, consta el acta resumen de la audiencia única llevada a cabo el día y hora señalados con la comparecencia de la accionante acompañada de su abogado defensor, sin acudir la parte demandada. En esta, el juzgador de primera instancia emite su resolución oral, declarando parcialmente con lugar la demanda planteada.
- g) Mediante escrito de 10 de marzo de 2021, las 16h04, fs. 81, la parte demandada solicita la grabación de lo actuado en audiencia única “a efectos de poder fundamentar la apelación”.
- h) El 01 de abril de 2021 a las 10h13, el juez *a quo*, dicta sentencia por escrito (fs. 82 a 87), aceptando parcialmente la demanda y disponiendo que la parte accionada pague a favor de la actora la indemnización por despido intempestivo, bonificación por desahucio, décima tercera y décima cuarta remuneraciones, fondos de reserva más el recargo, remuneración impaga más el triple de recargo y honorarios regulados en el 10%, de la cual consta razón de notificación (fs. 87 vlta.) de fecha 05 de abril de 2021, las 15h59.
- i) Mientras que, el 16 de abril de 2021, a las 14h37, la parte demandada interpone recurso de apelación y solicita se declare la nulidad en razón de que “Con fecha 20 de enero de 2021, aparece en el sistema SATJE la providencia mediante la cual convoca a audiencia única para el 03 de marzo de 2021, a las 14h30, pero en ninguna parte del sistema aparece razón de notificación, por lo que quedé en indefensión, lo que causa NILIDAD, que de manera expresa la alego y debe ser resuelta...” adjuntando impresión del sistema SATJE. Posteriormente, el 26 de abril de 2021, presenta copia certificada del oficio No. DP09-UPTICS-2021-0023-0F de 22 de los mismos mes y año, firmado electrónicamente por el magister Duamel Enrique Alvarado Pazmiño, Coordinador Provincial de la Dirección Provincial de Guayas, en el que informa: “No se evidencia providencia de fecha 20 de enero del 2021 dentro del proceso 09359 202002237”. Con fecha, 17 de junio de 2021, a las 14h47 autoriza nuevos defensores y señala como nuevo domicilio judicial “donde recibiré posteriores notificaciones a la **Casilla Judicial No. 2883**, correo electrónico *notificacionesgye@ecija.com* *rrhh@grupopalmon.com* y *nomina@grupopalmon.com* y los casilleros electrónicos **0916590359 y 0917050205**”.
- j) El juez plural, una vez instalada la audiencia de fundamentación del recurso de apelación el 22 de julio de 2021, a las 08h30, decidió suspenderla y “abrir la presente causa a prueba y se dispone oficiar al departamento de informática de la Corte Provincial de Justicia del Guayas para que, (...) cumpla con certificar a este tribunal si el auto de sustanciación dictado con fecha 22 de enero de 2021, a las 08h54, le fue notificado al correo electrónico señalado por el Ing. José Miguel Palacios Moncayo, representante legal de la Compañía IMPORTADORA DISVASARI S.A., dentro de su escrito de contestación a la

demanda, esto es, al carlossandoval105@yahoo.com...”, conforme consta del acta resumen y providencia de 17 de agosto de 2021, de fs.24 a 29. Seguidamente, el 20 de agosto de 2021, con oficio No. DP09-UPTICS-2021-0049 OF, el magister Duamel Enrique Alvarado Pazmiño, Coordinador Provincial de la Dirección Provincial de Guayas, informa: “Se revisan los registros del SATJE relacionados a las Notificaciones del Proceso 09359-2020-02237 donde se evidencia que: Consta NOTIFICACIÓN enviada al correo carlossandoval05@yahoo.com para la fecha 2021-01-22 10:53. Importante mencionar que las Notificaciones se encuentran en estado Enviado S, con fecha de envío de correo 2021-01-22 10:54. **Nota aclaratoria:** El correo que consta registrado en el SATJE es diferente al que indican en el Oficio No. 0090-SELCPJG-VJVJ. Correo SATJE: carlossandoval05@yahoo.com Correo Oficio: carlossandoval105@yahoo.com”. Después, al reinstalarse la diligencia, el 07 de octubre de 2021, a las 09h35, el tribunal de alzada resolvió declarar la validez procesal descartando la nulidad alegada por la parte demandada.

- 11.16** De lo expuesto, este Tribunal de Casación advierte que, de fojas 77 vlta. del cuaderno de primer nivel y 33 de segunda instancia, efectivamente se ha realizado la notificación electrónica el 22 de enero de 2021 a la parte demandada con la convocatoria a audiencia única, providencia de la misma fecha a las 08h54, dentro de la causa No. 09359-2020-02237, siendo notificada no solo al correo electrónico carlossandoval05@yahoo.com sino también a: “contador@grupopalmon.com, contabilidad@grupopalmon.com, miguel.palacios@grupopalmon.com, nomina@grupopalmon.com (...) en el casillero No. 543, en el casillero electrónico No. 0904195237” conforme la razón de notificación sentada por la actaria de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil como el informe presentado por el coordinador provincial de la Dirección Provincial de Guayas.
- 11.17** Debiéndose puntualizar que, si bien la parte demandada ha presentado recurso de apelación reclamando la nulidad procesal, este se concreta en acusar una falta de notificación de una providencia de convocatoria a audiencia

supuestamente realizada el “20 de enero de 2021”, la misma que es claro que no existe, pues el auto emitido por el juez a quo no es de esa fecha, sino de 22 de enero de 2021 en donde se fijó día y hora para que se lleve a efecto la audiencia única, el 03 de marzo de 2021, a las 14h30.

- 11.18** Teniéndose que, los hechos que motivan la nulidad no concuerdan con la realidad procesal, más aún, se observa que, en forma posterior a la diligencia señalada, la accionada señala nuevos correos electrónicos para notificaciones, entre los cuales se encuentra, nomina@grupopalmon.com que coincide con uno de los correos constante en la razón sentada por la Secretaria de la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Guayaquil, es decir, no se ha notificado únicamente al correo electrónico del abogado Carlos Sandoval Villamar sino también al de la compañía IMPORTADORA DISVASARI S.A., del cual la accionada no ha alegado su falta de notificación. Adicionalmente, se advierte que la dirección electrónica carlossandoval05@yahoo.com es el mismo durante la sustanciación del proceso en primera instancia, observándose aquello, en la contestación a la demanda, escrito solicitando diferimiento de la audiencia única y recurso de apelación, al que se ha notificado todas las actuaciones procesales, sin existir ninguna inconformidad más allá de la planteada actualmente, sobre la notificación de 22 de enero de 2021 con la convocatoria a audiencia única.

- 11.19** Cabe precisar que la Constitución de la República en el artículo 76 dispone que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...”, por su parte el artículo 82 Ibídem, establece: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

- 11.20** Por lo tanto, el debido proceso es un derecho y una garantía para el justiciable, que impele al órgano jurisdiccional a observar y cumplir las prescripciones normativas que componen el ordenamiento jurídico, a fin de garantizar la efectividad de los derechos de las personas. Además, el artículo 168 de la norma constitucional, refiere que la sustanciación de los procesos, se llevará a cabo mediante el



sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; mientras que el artículo 169 ut supra, señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, especificando que las normas procesales consagrarán entre otros el principio de inmediación y hará efectivas las garantías del debido proceso. En cuanto al principio de inmediación, se debe señalar que, por su naturaleza jurídica, exige que los procesos se sustancien con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa, así como la comparecencia de las partes en forma personal a las audiencias o, por intermedio de su defensor técnico con procuración judicial.

- 11.21** En conclusión, de la revisión minuciosa del expediente en lo relacionado a la notificación de 22 de enero de 2021 a la parte demandada con la convocatoria a audiencia única, este Tribunal, observa que las actuaciones del juez de primera instancia se enmarcaron bajo las disposiciones contenidas tanto en el artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos, que regula el procedimiento sumario, el artículo 65 ibídem, que dispone que las providencias judiciales deberán notificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su pronunciamiento, como el artículo 66 del mismo cuerpo legal, que determina que son idóneos para recibir las correspondientes notificaciones cualquiera de los siguientes lugares: “*el casillero judicial, domicilio judicial electrónico, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo electrónico personal*”, es decir, el acto de notificación se ha cumplido conforme las disposiciones legales señaladas, sin existir violación de solemnidad sustancial por falta de notificación a las partes con la convocatoria a audiencia única, contemplada en el artículo 107 numeral 5 del COGEP, en virtud de que como ha quedado expuesto en líneas precedentes, el auto de primera instancia ha sido notificado por la Secretaria Relatora de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil el día 22 de enero de 2021 a partir de las 10h52 a las partes procesales observando los casilleros judiciales electrónicos y correos electrónicos idóneos señalados por las mismas dentro del proceso –razón de notificación, por lo que, no cabe duda de la efectiva notificación realizada al

correo electrónico de la parte demandada.

- 11.22** En cuanto a la alegación de vulneración del artículo 1957 del Código Civil, que define el concepto de sociedad o compañía determinando en su segundo inciso “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, esta disposición se refiere al ámbito societario y de composición de una sociedad, más no, a la forma en que debe comparecer la persona jurídica dentro de un proceso judicial, en cuyo caso, el legislador ha previsto en el artículo 33 del COGEP, que: “... *Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial. En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común*”.

- 11.23** Por lo que, en el caso, el señor José Miguel Palacios Moncayo ha comparecido a juicio contestando la demanda planteada tanto por sus propios derechos como por los derechos que representa de la empresa IMPORTADORA DISVASARI S.A. en calidad de Gerente General y representante legal, habiendo otorgado “*Poder Especial y de Procuración Judicial, al señor Abogado CARLOS LUIS SANDOVAL VILLAMAR, para que pueda comparecer y dar contestación a las demandas judiciales que se tramitan en su contra, y de sus representadas IMPORTADORA DISVASARI S.A. y VAMORET S.A.*” conforme lo previsto en el artículo 41 ibídem, que determina “*Procuradoras y procuradores judiciales. Son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado...*”, siendo que, para el caso de notificaciones ha precisado en su acto de proposición el correo electrónico carlossandoval05@yahoo.com, mismo que ha sido considerado al momento de efectuarse la notificación de la providencia con la cual se convocó a audiencia única en primera instancia, por lo que, el auto de sustanciación efectuado el 22 de enero de 2021 ha sido puesto en conocimiento de la parte accionada tanto por sus propios derechos como por los que representa de la empresa DISVASARI S.A.

- 11.24** En este sentido, dentro de la presente causa se ha dado el trámite pertinente para asegurar

la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las partes, evitando que queden en indefensión.

11.25 De esta manera, este Tribunal de Casación, concurda con el criterio emitido por el juez plural y desecha los cargos acusados por la compañía casacionista, al no evidenciar la vulneración de las normas señaladas en su recurso, por lo que, la acusación realizada al amparo del caso uno del artículo 268 del COGEP es improcedente.

11.26 Por el caso cinco: Segundo problema jurídico: Corresponde dilucidar si: **¿El tribunal ad quem incurrió en falta de aplicación del artículo 169 numeral 2 del Código del Trabajo, al determinar en la presente causa, que la relación laboral concluyó mediante despido intempestivo y no por acuerdo entre las partes?**

11.27 El caso cinco previsto en el artículo 268 del COGEP, 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 caso se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de “*un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico*”⁴

11.28 Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con los determinados en el fallo impugnado. Consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

11.29 No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, emitiéndose por esta la que cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

11.30 Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. La falta de aplicación, que ha sido el vicio acusado, tiene relación con la existencia de la norma, se configura en el evento que el/la juez/a ignora u omite aplicar la que corresponde –según los hechos fijados para solucionar el problema jurídico puesto a su conocimiento. La errónea interpretación, este motivo exige primero que la norma escogida sea la aplicable para la premisa fáctica fijada, siendo que en este caso el yerro ocurre, pues a aquella se le otorga un sentido ajeno y diferente al de su verdadero significado u alcance, se trata entonces de una deficiencia de hermenéutica jurídica.

11.31 Vale relieves que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles configuraciones se descartan entre sí. Para entender mejor, si lo fundamentado es la indebida aplicación (error de selección), resulta contradictorio señalar sobre la misma norma la denuncia de falta de aplicación (error de existencia) o errónea interpretación (error de hermenéutica), pues aquella se refiere a la efectiva aplicación de una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. Si se denuncia falta de aplicación, entendemos que no ha sido considerada la norma que resuelve el problema jurídico, de ahí que se descarta la indebida aplicación, y la errónea interpretación, dado que en este último caso, no puede existir una deficiencia de hermenéutica, respecto de una disposición no aplicada. Y, si lo que se alega es errónea interpretación, partimos de la correcta apreciación sobre la selección y existencia de la norma, descartando automáticamente los dos motivos restantes.

11.32 Finalmente, es de observar que el caso en referencia, a más de la infracción directa de la

⁴ Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

norma sustantiva –enmarcada en uno de los motivos antes analizados, exige que el vicio en la sentencia sea determinante. Entendiéndose por ello, de tal gravedad o trascendencia, que si aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

11.33 La accionada, en su libelo de casación denuncia la falta de aplicación del artículo 169 numeral 2 del Código del Trabajo, pues –según dice desconocieron que en la presente causa, fue un hecho aceptado por ambas partes procesales la suscripción de la renuncia por la trabajadora y la aceptación de la misma por parte de la empleadora, siendo que la relación laboral entre las partes concluyó por este hecho, es decir, por acuerdo entre las partes.

11.34 En la parte pertinente de la sentencia cuestionada y dictada por el tribunal de apelación, se lee: *... Este tribunal llega a la conclusión que tanto las declaraciones de los testigos como de la actora, son concordantes al manifestar que los hechos se dieron al momento que la empresa demandada convocó a un seminario el día 13 de marzo del 2020, donde todos los trabajadores se encontraban en una oficina y eran llamados por lista a otra oficina totalmente cerrada, donde se realizó la prueba del polígrafo y se les realizaron una serie de preguntas, dando como consecuencia, que dichas respuestas de algunos trabajadores entre ellos, la de la actora, no fueron del agrado de la empresa demandada, por lo que, la empresa decidió simplemente terminar la relación laboral tanto de uno de los testigos, como de la actora; también se ha observado que los testigos y la actora han sido muy categóricos en especificar la fecha que se suscitó dicho despido intempestivos y en corroborar la afirmación que la actora firmó la renuncia voluntaria por el hecho de que si no firmaba la renuncia, la empresa iba acudir a instancias penales y también se la intimidó con ser deportada a su país, ya que la actora cuenta con nacionalidad extranjera, por lo tanto, este tribunal en voto de mayoría, considera que existió una violación al Principio de Inocencia, establecido en el Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República, donde indica los derechos y obligaciones de cualquier orden, asegurando el derecho al debido proceso, incluyendo la garantía básica del numeral 2: “Se presumirá la inocencia indicando de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución*

firme o sentencia ejecutoriada”, siendo así, pretender que estos actos que conllevaron a que se firme la renuncia de la trabajadora pueden terminar la relación laboral, no tiene validez alguna, así lo consagra el Art. 326 de la constitución que expresa; “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”...

11.35 La norma cuya infracción se acusa es el artículo 169 numeral 2 del Código del Trabajo que prevé: “**Causas para la terminación del contrato individual.** El contrato individual de trabajo termina: (...) 2. Por acuerdo de las partes...”

11.36 En esta línea de ideas, según los argumentos expuestos por la accionada, basta con la carta de renuncia y su aceptación para que, en el caso, se determine que el nexo laboral terminó por acuerdo entre las partes, por lo que, no corresponde el pago del despido intempestivo.

11.37 Al respecto, se advierte que, la accionante en su libelo inicial, reconoció la suscripción de dicho documento en el contexto de su impugnación, al considerar que existieron vicios en su consentimiento por amenazas e intimidación de la parte empleadora.

11.38 En este contexto, es que el tribunal de alzada, examinó la ocurrencia de vicios o no al momento de firmar la actora la carta de renuncia, respecto de lo cual, los juzgadores de alzada, han determinado como hechos probados y ciertos con la declaración de los testigos y declaración de parte de la actora, que, Marie García Ortiz suscribió su renuncia el 13 de marzo de 2020, bajo amenazas e intimidación al efectuársele una prueba de polígrafo en su contra y por su condición migratoria, al ser extranjera.

11.39 Nótese que, los juzgadores de alzada al resolver sobre la forma de terminación del nexo laboral, ante la pretensión de la actora de la indemnización por despido intempestivo, establecieron que existió vicios en el consentimiento en la suscripción de la renuncia, al existir en contra de la demandante la amenaza por parte de la empleadora de acudir a instancias penales y de ser “deportada a su país”.

11.40 En definitiva, es preciso insistir que la apreciación probatoria de hecho queda a criterio del órgano jurisdiccional, debiendo señalar que, el tribunal de apelación en el ejercicio de su atribución jurisdiccional de valorar prueba, consideró que la misma no terminó por

acuerdo de las partes sino por despido intempestivo al llegar a la certeza de que la renuncia suscrita por la accionante adolece de vicios en el consentimiento, consecuentemente no existe vulneración del artículo 169 numeral 2 del Código del Trabajo, siendo por tanto improcedente el cargo alegado al amparo del caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

VI.2.Decisión:

11.41 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, resuelve:

No casar la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 10 de noviembre de 2021, las 10h03. La totalidad de la caución rendida por la parte demandada y casacionista, entréguese en favor de la actora, de conformidad con el artículo 275 del COGEP. **NOTIFÍQUESE.**

f) DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA JUEZA NACIONAL (PONENTE). DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA JUEZA NACIONAL. DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA JUEZ NACIONAL.

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

La Sala Especializada de lo Laboral, niega el recurso de casación interpuesto por considerar que el proceso no se encuentra viciado de nulidad al haberse efectivamente notificado a la parte demandada con la convocatoria a audiencia única en primera instancia y que la relación laboral no terminó por acuerdo entre las partes sino por despido intempestivo al establecerse que la renuncia suscrita por la trabajadora adolece de vicios en el consentimiento, al haber sido coaccionada a firmarla.

III

Juicio Nro. 03204-2021-00359

Fecha: martes 19 de septiembre del 2023, las 12h16

TEMA: El tribunal de casación acepta el cargo de falta de motivación al amparo del caso dos del artículo 268 del COGEP, dicta sentencia, disponiendo el pago de la pensión jubilar patronal conforme el artículo 216.1 del CT y no de la ordenanza municipal ni del contrato colectivo.

SÍNTESIS

Se trata de un proceso laboral por reliquidación de la jubilación patronal, se ordena que, en la fase de ejecución, la parte demandada presente justificación del pago de los valores entregados por concepto de pensiones jubilares mensuales y pensiones jubilares adicionales décimas tercera y cuarta desde septiembre de 2019, para que sean descontados del valor total de la liquidación. El tribunal de casación acepta el cargo de falta de motivación al amparo del caso dos del artículo 268 del COGEP, por lo que dicta sentencia, disponiendo el pago de la pensión jubilar patronal en función de lo establecido en el artículo 216.1 del CT y no de la ordenanza municipal ni del contrato colectivo, por ser el monto fijado inferior al que resulta de aplicar la regla primera del artículo 216 del CT, lo que se considera lesivo a los derechos laborales del trabajador.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 03204-2021-00359

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 19 de septiembre del 2023, las 12h16.

Vistos: Agréguese al proceso la procuración judicial presentada por la defensa técnica de la parte actora. El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales: doctora María Consuelo Heredia Yerovi, doctora Enma Tapia Rivera y, doctor Alejandro Arteaga García, quienes dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 03204-2021-00359.

I. Antecedentes procesales

- 1. Identificación de las partes procesales:** El señor Manuel Arturo Ormaza Torres sigue juicio sumario laboral en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Biblián, en las personas de sus representantes legales, economista Guillermo Manuel Espinoza Sánchez, doctora Tania de Lourdes Parra, en sus calidades de alcalde y procurador síndico, respectivamente y Procuraduría General del Estado.
- 2. El objeto de controversia determinado en la audiencia única:** El juez de la Unidad Judicial

Multicompetente con sede en el cantón Biblián, Provincia de Cañar, con fecha 25 de enero de 2022, fijó en la audiencia única como objeto de controversia: “[...] el Accionante MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES con su acción viene demandando su ex empleador (el GAD Municipal del cantón Biblián) el reajuste de la pensión que por jubilación patronal viene percibiendo desde el momento de su retiro (Agosto del 2019) y además pide la reliquidación de aquellos valores no cancelados por el GAD Municipal del cantón Biblián por este mismo concepto, sosteniendo que el fundamento de acción está sustentado en lo que expresamente determina el Art. 216 del Código de Trabajo. Por su parte la Entidad Municipal Demandada y la Procuraduría General del Estado de manera concordante en sus respectivas contestaciones no desconocen el Derecho del Accionante MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES a percibir el pago de una pensión jubilar patronal, pero manifiestan que para el pago de este rubro no se puede aplicar las reglas del numeral primero del Art. 216 del Código de Trabajo sino que se debe observar la excepción que el numeral segundo de la misma norma expresamente establece, la

cual tiene su sustento en las facultades de autonomía y auto legislación que la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) han otorgado a todos los gobiernos autónomos, siendo entonces estos los puntos sobre los cuales se fijó el debate de la causa. [...]”.

3. **Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia:** juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Biblián, Provincia de Cañar, con fecha 25 de enero de 2022, resolvió:

“ [...] en los términos de los considerandos anteriores de la presente resolución acepta la demanda propuesta por MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES y ordena que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Biblián a través de sus Representantes Legales paguen al Actor la cantidad de USD. 2990.40 (DOS MIL NOVESIENTOS NOVENTA DOLARES AMERICANOS CON CUARENTA CENTAVOS) valores que ascienden a pensiones jubilares calculadas hasta el mes de Diciembre del año 2021. La pensión mensual jubilar patronal vitalicia se la fija en USD. 166,80 (CIENTO SESENTA Y SEIS DOS DOLARES AMERICANOS CON 80/100) más los componentes adicionales de la décima tercera y décima cuarta remuneración al que también tiene derecho el Accionante MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES que deben calculará en base a la ley y a la pensión jubilar señalada. Dentro de la presente se ha interpuesto recurso de apelación el mismo que deberá ser fundamentado conforme a derecho corresponde. En el momento procesal oportuno se actualizará las pensiones vencidas hasta el momento del pago los que se liquidarán con los intereses legales correspondientes. Sin costas ni honorarios que regular.”.

4. **Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia:** El Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2022, las 15h41, resolviendo:

“ [...] inadmitiendo el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada; y se confirma la sentencia subida en grado en la que el Juez A quo dispone: La pensión mensual jubilar patronal vitalicia se la fija

en USD. 166,80 (CIENTO SESENTA Y SEIS DOS DOLARES AMERICANOS CON 80/100) más los componentes adicionales de la décima tercera y décima cuarta remuneración al que también tiene derecho el accionante Manuel Arturo Ormaza Torres que deben calculará en base a la ley y a la pensión jubilar señalada. En el momento procesal oportuno se actualizará las pensiones vencidas hasta el momento del pago los que se liquidarán con los intereses legales correspondientes. Sin costas ni honorarios que regular.”.

5. **Referencia al recurso de casación:** La parte demandada interpone recurso de casación, al amparo de los casos dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos-COGE.

6. El doctor Julio Arrieta Escobar, Conjuez Nacional, mediante auto de fecha 28 de julio de 2022, las 11h48, admite a trámite el recurso de casación propuesto.

a. Competencia

7. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar 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; artículos 184 y 191 numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial; así como, por lo establecido en el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y sorteo de 30 de agosto de 2023, mediante el cual, el **Tribunal quedó integrado por: Doctora María Consuelo Heredia, Jueza Nacional Ponente**, doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional y, doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional.
8. El tribunal de casación, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, convocó a audiencia para conocer y resolver el recurso de casación, misma que se llevó a cabo el **día jueves 7 de septiembre de 2023, a las 09h00**. Una vez escuchadas las partes procesales, el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 273 del Código Orgánico General de Procesos; y, con base a las disposiciones legales pertinentes, se procede a emitir la resolución escrita en los siguientes términos:

II. Validez procesal

9. Durante la sustanciación de este recurso extraordinario de casación no se ha observado omisión



de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal, sin que además haya sido motivo de impugnación mediante este recurso, por lo que se declara la validez de lo actuado.

IV. Fundamentación del recurso de casación

10. La parte demandada al fundamentar el recurso de casación, por el **caso dos del artículo 268 del COGEP**, manifiesta lo siguiente:
11. Que, los fundamentos en los que el Tribunal basa su rechazo al recurso de apelación, no existe fundamentación normativa y fáctica suficiente, lo que acarrea el incumplimiento de la Ley en la motivación, conforme exige el artículo 76.7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador CRE, sentencia N° 01715817EP emitida por la Corte Constitucional CC.
12. Añade que, al amparo del criterio rector en la garantía de motivación, que conlleva una fundamentación normativa y fáctica suficiente, vendrá a su conocimiento, que la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, con fecha 3 de mayo de 2022, las 15h41, no cumple con la argumentación requerida.
13. Tras citar un texto de la sentencia recurrida, señala que del análisis y estudio del expediente, vendrá a su conocimiento que el Décimo Tercer Contrato Colectivo (art. 32), en el que los señores jueces de apelación, fundamentan su resolución, no es el que corresponde, pues conforme la contestación y la prueba aportada por el GAD Municipal, a la fecha de retiro del actor en la presente causa (agosto de 2019) se encontraba con vigencia prorrogada el Décimo Cuarto Contrato Colectivo aprobado por la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Cuenca de 1 de septiembre de 2015, cuya disposición que regula la jubilación patronal es el artículo 30, por lo que la Sala de apelación, lo que hace es referirse y fundamentar su decisión en un contrato colectivo inexistente, limitándose únicamente a reproducir sentencias anteriores, por lo tanto, la argumentación jurídica de la decisión, al carecer de fundamentación normativa se torna inexistente.
14. Acusa también de argumentación jurídica inatínente, respecto de un extracto de la sentencia en cita, por cuanto la Sala de alzada, se ha referido a los principios de igualdad entre las partes, de continuidad y primacía de la realidad, sin embargo aquello no tiene que ver con el punto controvertido, por lo que equivocan en el punto de la controversia judicial, para sustentar su

acusación se refiere al artículo 76.7 numeral l) de la CRE, en la parte que dice, la explicación de la pertinencia de su aplicación de las normas o principios constitucionales a los antecedentes de hecho, en este sentido, supone que tal explicación debe referirse a la decisión que se busca motivar y que concretamente tiene que ver con la aplicación de la excepción planteada en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 216 del CT. Que por lo dicho, es claro que la argumentación jurídica empleada por la Sala no tiene que ver con el punto controvertido que es el pago de la jubilación patronal en razón de la excepción regulada mediante ley para las entidades que conforman el régimen seccionario autónomo.

15. Señala también que existe en la sentencia “*argumentación jurídica incongruente por omisión*”, para demostrar esto, cita cuáles fueron los argumentos relevantes de su contestación a la demanda y, luego indica, que la Sala de apelación, no contesta en lo absoluto este argumento relevante expuesto por el GAD Municipal de Biblián, es decir, la Sala obvió contestar esta alegación, la que es relevante al existir, por un lado, un contrato colectivo (décimo cuarto contrato colectivo) legalmente suscrito ante la autoridad competente del trabajo, por lo tanto, ley para las partes y cuya aplicación, en función del principio pacta sunt servant los pactos deben cumplirse es del cumplimiento obligatorio; y, además la existencia de una sentencia emitida por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, fallo de mayoría del 17 de junio de 2021, las 09h00, con aplicación retroactiva a enero del 2019, que dispuso de manera expresa la obligación del GAD Municipal de Biblián, que en lo que respecta a la jubilación patronal, artículo 31: “*todos los trabajadores amparados por este contrato colectivo, tendrá derecho a la jubilación patronal de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo y lo normado en la ordenanza vigente*”.
16. Que asimismo se obvió de contestar la alegación respecto de la excepción contenida en el inciso segundo numeral 2 del artículo 216 del CT, sobre la facultad de los GADs Municipales de regular mediante ordenanza la jubilación patronal.
17. En virtud de lo expuesto concluye, que la sentencia dictada en instancia, al disponer el pago de la jubilación patronal al amparo de una argumentación inexistente, inatínente e

incongruente, no cumple con el estándar de suficiencia en la garantía constitucional de motivar las sentencias.

18. Por el caso cinco: Por este caso señala lo que sigue: Que no se aplicó el inciso segundo del numeral 2 del artículo 216 del CT, que establece la excepción a los municipios y concejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes de acuerdo a la norma citada nos corresponde regular, mediante ordenanza, la jubilación patronal, para nosotros aplicable; por el contrario la Sala Multicompetente aplica el numeral 1 del artículo 216 ibídem.

19. Señala asimismo, que no se aplicó el artículo 30 del Décimo Cuatro Contrato Colectivo, celebrado entre el GAD de Biblián y el Comité Central Único de Trabajadores; contrato que aduce, se encontraba vigente a la fecha de retiro del trabajador municipal. Dice que por el contrario, la Sala Multicompetente resuelve en razón de la disposición contenida en el artículo 32 del Décimo Tercer Contrato Colectivo, el cual a la fecha de retiro del trabajador municipal no se encontraba vigente.

20. Contestación del recurso de casación por la parte actora: Por su parte, el actor en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, alega que la sentencia recurrida ha sido dictada como lo determina la ley, por lo que solicita no casar, todo ello conforme se desprende del registro electrónico (CD) agregado al proceso.

V. Problemas Jurídicos

21. Por el caso dos: Determinar si la sentencia de alzada, no cumple con la garantía de motivación, por falta de la fundamentación normativa y fáctica suficiente, al resolverse el derecho a la jubilación en base a un contrato colectivo que no estaba vigente a la fecha de terminación de la relación laboral; además, por contener los vicios de inatención e incongruencia, al examinarse principios del derecho laboral que no guardan correspondencia con el asunto controvertido y, por no haber dado contestación a puntos relevantes de la contestación a la demanda, relativo a la existencia del décimo cuarto contrato colectivo y sentencia del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que disponían que el derecho a la jubilación debe ser reconocido en función de

lo establecido en el artículo 216.2 del CT y la Ordenanza Municipal que regula este derecho.

22. Por el caso cinco: Establecer si se ha producido falta de aplicación del artículo 216, numeral 2, inciso segundo del CT y, del artículo 30 del Décimo Cuatro Contrato Colectivo, celebrado entre el GAD de Biblián y el Comité Central Único de Trabajadores, lo que ha incidido en que se reconozca la jubilación patronal de conformidad con el artículo 216 numeral 1 del CT, cuando le correspondía recibirla, de acuerdo a la Ordenanza Municipal conforme indica el contrato colectivo en cuestión.

VI. Análisis del tribunal de casación

23. 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.

24. 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.

25. La parte demandada sustenta sus acusaciones en el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que determina:

26. Caso dos: problema jurídico: “ Determinar si la sentencia de alzada, no cumple con la garantía de motivación, por falta de la fundamentación normativa y fáctica suficiente, al resolverse el derecho a la jubilación en base a un contrato colectivo

¹ Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221.

que no estaba vigente a la fecha de terminación de la relación laboral; además, por contener los vicios de inatención e incongruencia, al examinarse principios del derecho laboral que no guardan correspondencia con el asunto controvertido y, por no haber dado contestación a puntos relevantes de la contestación a la demanda, relativo a la existencia del décimo cuarto contrato colectivo y sentencia del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que disponían que el derecho a la jubilación debe ser reconocido en función de lo establecido en el artículo 216.2 del CT y la Ordenanza Municipal que regula este derecho”.

27. El caso dos establecido en el artículo 268 del COGEP, se produce: “[...] 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 [...]”.

28. Tenemos, por tanto, dos vicios de casación que podrían presentarse en el fallo: el primero tiene que ver con los requisitos de forma y, el segundo con los de fondo. Así, son requisitos de forma aquellos relacionados con la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de los miembros del tribunal o jueces. Por su parte son requisitos de fondo, aquellos relacionados con la resolución y la motivación en ella expuesta, de ahí la obligatoriedad del juez de establecer las normas legales o principios jurídicos en los que sustenta su pronunciamiento y la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión.

29. Opera frente a sentencias contradictorias o incompatibles en las cuales no existe una relación lógica entre la conclusión expuesta en la parte resolutoria y las premisas que contienen los argumentos de la parte considerativa, por tanto, el fallo se torna incompatible y no es posible de ejecución.

30. Al respecto, la doctrina nos ilustra, que:

[...] Debe entenderse que estos vicios deben emanar del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre este, la demanda y la contestación, (...) el fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente

*cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo; el recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe o no el vicio alegado [...]*²

31. Es importante dejar anotado, que la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, bajo el título de “Caso Garantía de la motivación”, adopta una nueva línea respecto a la motivación, dejando atrás el test de motivación, estableciendo que a fin de observar el criterio rector en la garantía de motivación, toda argumentación jurídica debe estar integrada tanto con una fundamentación normativa como con una fundamentación fáctica suficiente.

32. En la citada sentencia, ha manifestado expresamente que:

[...] se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los fragmentos de texto incomprensibles, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente [...] lo que el órgano jurisdiccional debe examinar es si el cargo de insuficiencia motivacional específicamente esgrimido por la parte es o no procedente, centrándose en la parte de la motivación acusada (en la argumentación jurídica supuestamente deficiente) y aplicando las pautas sistematizadas en esta sentencia que sean aplicables al cargo en cuestión. En modo alguno, el órgano jurisdiccional tiene el deber de auditar la totalidad de la motivación impugnada para descartar la presencia de cualquier tipo de deficiencia o vicio motivacional, a la manera del test de motivación [...]. (énfasis añadido)

33. En esas circunstancias manifiesta que la motivación debe reunir ciertos “elementos argumentativos mínimos”, establecidos en el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, por lo que, no garantiza que la motivación de toda decisión pública sea correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos — esta es tarea del ordenamiento jurídico en su conjunto —, sino que la motivación sea

² Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, págs. 135-136.

suficiente, es decir, que satisfaga los referidos elementos mínimos con miras al ejercicio efectivo de los derechos al debido proceso y a la defensa³.

34. En este sentido, se constituye la motivación en un requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan sindéresis y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales y leyes existentes, que generan seguridad y certeza a las partes.
35. La parte demandada acusa que no se encuentra motivada la sentencia recurrida, por no contener una fundamentación normativa y fáctica suficiente; además, por contener los vicios de inatinencia e incongruencia, al resolverse el derecho a la jubilación en base a un contrato colectivo que no estaba vigente a la fecha de terminación de la relación laboral; por examinarse principios del derecho laboral que no guardan correspondencia con el asunto controvertido y, por no haber dado contestación a puntos relevantes de la contestación a la demanda, relativo a la existencia del décimo cuarto contrato colectivo y sentencia del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que disponían, que para la determinación del derecho a la jubilación patronal debe aplicarse lo establecido en el artículo 216.2 del CT y la Ordenanza Municipal que regulan este derecho.
36. Frente a las impugnaciones realizadas, este Tribunal de Casación, considera preciso citar la parte pertinente del fallo de alzada, encontrando lo siguiente:

“[...] 6.4. En la especie, el accionante ha articulado como prueba a su favor: 1. La copia certificada de su cédula de ciudadanía; 2. Los impresos del mecanizado de aportes del Accionante al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Por su parte el GAD Municipal del cantón Biblián ha presentado como prueba de su parte: se le admitió como prueba documental de su parte 1. La copia certificada del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Bi-

blián y el Comité Central Único de Trabajadores; 2. La copia certificada de la Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza que Reglamenta el Pago de sesenta Dólares Americanos por concepto de pensión jubilar a los Trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Biblián; 3. La certificación suscrita por el Director Financiero del GAD Municipal del cantón Biblián. 4. La copia del Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Biblián y el Comité Central Único de Trabajadores Finalmente la Procuraduría General del Estado ha ratificado la prueba presentada por el GAD Municipal del cantón Biblián. Se inadmiten únicamente las copias de la sentencia presentadas por las partes procesales pues las mismas se tratan de jurisprudencia, mas no medios de prueba en sí, además que las mismas no tenían efecto obligatorio para la resolución de esta causa. 6.5. Del análisis y valoración conforme a las reglas de la sana crítica de estas pruebas sobre todo documentales, tenemos que dentro del proceso se ha justificado: que la parte accionante estos es, el Señor ARTURO ORMASA TORRES trabajó de manera ininterrumpida para el GAD Municipal del cantón Biblián desde el mes de Julio de 1987 hasta el mes de Agosto del año 2019, fecha en que se acogió al figura del retiro voluntario; está probado así mismo que a la fecha de retiro del accionante se encontraba vigente el Décimo Tercer Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Biblián y el Comité Central Único de Trabajadores, contrato que en su artículo 32 estipula que “Todos los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo, tendrán derecho a la Jubilación Patronal desde los veinte y cinco años de trabajo, conforme a lo establecido a la ordenanza municipal que en ningún caso podrá ser inferior a CUARENTA DOLARES AMERICANOS” (SIC); finalmente consta así del proceso y está justificado en legal y debida forma que en aplicación de

³ Ibídem, párrafo 26.

la “ ORDENANZA SUSTITUTIVA A LA ORDENANZA QUE REGLAMEN- TA EL PAGO DE VEINTE DÓLARES AMERICANOS POR CONCEPTO DE PENSIÓN JUBILAR A LOS TRABAJA- DORES DE LA ILUSTRE MUNICI- PALIDAD DE BIBLIÁN; DENOMINA- DA ORDENANZA QUE REGULA LA JUBILACIÓN PATRONAL DE LOS TRABAJADORES DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZA- DO MUNICIPAL DEL CANTÓN BIBLIÁN” el Accionante MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES desde el mes que termino su relación laboral perci- be por concepto de Jubilación Patronal una pensión mensual de USD. 60,00 (SESEN- TA DÓLARES) más los respectivos benefi- cios de ley, es decir, que a la luz de las prue- bas actuadas no está en duda ni discusión el derecho que le asiste el demandante MA- NUEL ARTURO ORMAZA TORRES para beneficiarse del pago de los rubros de Jubilación Patronal, derecho que además ha sido reconocido por la propia Entidad Municipal desde el mismo momento de su retiro voluntario, entrampándose entonces esta acción en la determinación del valor monetario que debe percibir el Accionante como pensión jubilar patronal, para luego de ser el caso aplicarse también la reliqui- dación de dichos rubros. Para dilucidar estos planteamientos es necesario realizar así mismo varias puntualizaciones: 6.6. Ahora bien al respecto el Art. 216 del Código del Trabajo, respecto a cuál es el valor que se debe cancelar como pensión jubilar; jubilación patronal que es un de- recho que se genera únicamente a partir del cumplimiento de los dos presupuestos lega- les que la misma norma nos trae, a saber, a) la prestación de servicios continuados o ininterrumpidos para el mismo empleador; y, b) que prestación de servicios antes indi- cada haya durado 25 años o más. También es importante mencionar que la jubilación patronal tiene carácter eminentemente “ individual” para los trabajadores, pues la fijación de la pensión se establece en base a parámetros que guardan relación con condiciones exclusivas y únicas de cada em- pleado como es el valor sus últimas remu- neraciones, los años de servicio (25 a más),

la edad que tiene o tenía al momento del retiro, entre otras, por lo tanto el preten- der fijarse una valor único y general para todos el personal de una misma empresa o entidad (pública o privada) constituye una clara violación a los derechos de esos trabajadores. 6.7. De parte de la Entidad Municipal Demandada y la Procuraduría General del Estado se vino alegando que conforme lo determinan los artículos 238 y 240 de la Constitución de la República en relación con el Art. 2 del Código Or- gánico de Organización Territorial, Auto- nomía y Descentralización (COOTAD) los Gobiernos Autónomos Descentralizados, como es el caso del Municipio de Biblián, gozan de autonomía legislativa, en virtud de la cual pueden dictar ordenanzas para su auto regulación, tanto es así que el nu- meral segundo del artículo 216 del código de Trabajo permite como excepción, según indican los Demandados, establecer a tra- vés de una ordenanza el régimen y valor de la pensión jubilar de sus trabajadores y que es justamente en ejercicio de esa facultad es que el GAD Municipal del cantón Biblián mediante la expedición de la Ordenanza que regula la Jubilación Patronal de los Trabajadores del GAD de Biblián deter- minó que el valor de la pensión jubilar de sus trabajadores sea de USD. 60,00 que es la cantidad que se le cancela mensualmen- te al Demandante MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES. En tanto que al fun- damentar el recurso la parte accionada ha venido alegando: mediante sentencia Tri- bunal de conciliación y arbitraje respecto a la jubilación patronal todos los trabaja- dores amparados por este contrato colectivo tendrán derecho a la jubilación patronal de acuerdo a lo establecido en el inciso se- gundo del numeral dos del artículo 216 del código de trabajo y lo normado de la orde- nanza vigente que es esto entonces señores jueces el GAD municipal lo que está dando cumplimiento es a la sentencia al numeral dos del inciso segundo la excepción plan- teada que los gobiernos autónomos descen- tralizados regularán mediante ordenanza la jubilación patronal para nosotros apli- cado y lo normado en ordenanza vigente GAD municipal mediante ordenanza aprobada en el 2013 regula como pago

de la jubilación patronal 60 dólares esta prueba señores jueces provinciales fue aceptada por el señor juez de instancia y fue debidamente practicada sin embargo como ustedes podrán observar en la sentencia emitida no sé en la sentencia emitida no se hace referencia ni relación alguna a esta sentencia elegida por el Tribunal de conciliación y arbitraje ha manifestado también el GAD municipal que el contrato colectivo es ley para las partes del 1561 del Código Civil establece que un contrato legalmente celebrado es ley. [...] SÉPTIMO: Pues conocido es lo que dispone el Art. 326 de la Constitución de la República: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:”; y, en el numeral 2 “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”. Bajo esta premisa, el trabajador está impedido de privarse voluntariamente de los derechos y garantías que le otorga la legislación laboral. En el caso a conocimiento, se considera que los derechos del actor están siendo quebrantados, en tanto no se le ha cancelado el valor que le corresponde por PENSION JUBILAR; pues se le vienen cancelando la suma de USD 40 dólares americanos; cuando en realidad conforme lo determina el Art. 216, en relación con el Art. 218 del Código laboral; a este le corresponde la suma de USD.166.80 dólares más los componentes adicionales de la décima tercera y décima cuarta remuneración al que también tiene derecho el Accionante MANUEL ARTURO ORMAZA TORRES que deben calculará en base a la ley y a la pensión jubilar señalada; por lo que la Entidad accionada también tendrá que cancelar al accionante la suma de: de DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA DÓLARES AMERICANOS, CON CUARENTA CENTAVOS, por concepto de las pensiones jubilares no pagas desde el año 2021 en el que el accionante se acogió a la jubilación. [...]”. (sic)

37. Bajo esos razonamientos, inadmiten el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada y, confirman la sentencia subida en grado en la que el juez de primera instancia, dispuso el pago de la pensión mensual jubilar patronal vitalicia en la cantidad de USD. 166,80, más la décima tercera y décima cuarta pensiones jubilares.

38. Del extracto de la sentencia en cita, se observa que los juzgadores comienzan por analizar el Décimo Tercer Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el GAD del cantón Biblián y el Comité Central Único de Trabajadores, para cuyo efecto citan el artículo 32, relativo a la jubilación, rubro que es materia de controversia en la presente demanda laboral, asimismo se observa, que esta norma sirvió de base para formar el criterio de los jueces de apelación sobre el caso puesto en su conocimiento para decisión.
39. Visto lo anterior y dada la acusación de la parte casacionista, de que se ha resuelto sobre un contrato que no ha sido producido en juicio y que además no estaba en vigencia a la fecha en que concluye la relación laboral, es pertinente examinar la decisión de alzada, respecto al sustento legal establecido por el accionante al proponer su demanda y exigir el reconocimiento de la jubilación patronal, la contestación a la demanda, así como la prueba producida por las partes para aquello, encontrando lo que sigue:
40. Del libelo inicial, no se advierte que el actor haya basado su petición en el Décimo Tercer Contrato Colectivo, ni que haya anunciado y producido como prueba en juicio.
41. De la contestación a la demanda, se observa que la parte accionada hace referencia al artículo 30 del Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo suscrito entre el Comité Único de Trabajadores y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Biblián; y, a la decisión del Tribunal de Conciliación y Arbitraje de la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Cuenca, que resolvió el trámite obligatorio de negociación del Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, artículo 31 sobre jubilación patronal.
42. Todo lo dicho, pone en evidencia que el Décimo Tercer Contrato Colectivo no fue materia de controversia, de hecho sorprende como tal contrato hasta fue citado por los jueces de instancia, cuando éste no forma parte del expediente laboral.
43. En estas circunstancias, se observa que efectivamente existe una fundamentación fáctica y jurídica deficiente en la sentencia de segunda instancia.
44. En lo que respecta al vicio de inatención en la sentencia, por examinarse principios del derecho laboral que no guardan correspondencia con el asunto controvertido, se observa que esta alegación no prospera, toda vez que, el tribunal de instancia, podía hacer uso de los

principios que rigen el derecho laboral a efecto de sustentar su decisión en torno al derecho a la jubilación patronal.

45. Finalmente en cuanto a que no se ha dado contestación a puntos relevantes de la contestación a la demanda, relativo a la existencia del décimo cuarto contrato colectivo y sentencia del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que disponían, que para la determinación del derecho a la jubilación patronal debe aplicarse lo establecido en el artículo 216.2 del CT y la Ordenanza Municipal que regula este derecho, se observa que, se refieren al Décimo Cuarto Contrato Colectivo y la cláusula sobre jubilación patronal, así como a la resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, sin que se realice ningún tipo de examen sobre ellos posteriormente. Por lo dicho, se determina que efectivamente existe incongruencia, al haberse omitido sobre las alegaciones de la parte demandada, quien manifestó expresamente que la jubilación patronal estaba siendo otorgada al actor de acuerdo al Décimo Cuarto Contrato Colectivo y a la Resolución emitida por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje respecto al Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo.

46. Por consiguiente, este Tribunal acepta el cargo alegado por el caso dos del artículo 268 del COGEP, al carecer del requisito de motivación, conforme el análisis que precede, por lo que se emite la decisión que corresponde conforme lo dispuesto en el artículo 273 ibídem.

47. **Los hechos que han sido demostrados y que no han sido discutidos en sede casacional, son:** Que el actor tiene derecho a la jubilación patronal, al haber laborado por más de 25 años, para el GAD del cantón Biblián, esto es, desde el mes de julio de 1987 hasta el mes de agosto de 2019. Que ha venido percibiendo una pensión jubilar patronal mensual por la cantidad de USD. 60.00.

48. Continuando con el análisis, se observa que la parte demandada ha producido como prueba, el Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo, mismo que en el artículo 6, sobre duración o vigencia, estipula:

“El presente Contrato Colectivo tendrá la duración de DOS AÑOS desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, finalizado este plazo, el Sindicato de Obreros, presentará a su empleador de conformidad con lo que establece la ley, el proyecto de Décimo Quinto Contrato

Colectivo de Trabajo, por lo que entrará en vigencia a partir del 1 de enero del año 2016” (énfasis agregado).

49. Del mismo modo, consta la decisión de 17 de junio de 2021, emitida por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, que en voto de mayoría aprobaron los acuerdos suscritos entre el GAD de Biblián y el Comité de Comité Único de Trabajadores, respecto al Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, que sobre su duración o vigencia, dice:

“El presente Contrato Colectivo tendrá la duración de DOS AÑOS. El mismo que rige desde ENERO de 2019 hasta el 31 de DICIEMBRE de 2020. Finalizado este plazo, el Sindicato de Obreros, presentará a su empleador de conformidad con lo que establece la ley, el proyecto de Décimo Sexto Contrato Colectivo de Trabajo” (énfasis agregado).

50. **Problema jurídico a resolver:** El punto de controversia se centra en esclarecer si al accionante le corresponde continuar recibiendo la pensión jubilar determinada en la Ordenanza que tiene el objetivo de regular la jubilación patronal entre los trabajadores y el GAD de Biblián, en concordancia con el Décimo Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo; o, si el monto de este derecho debe calcularse al amparo de lo establecido en el artículo 216.1 del Código del Trabajo.

51. Examinados los contratos colectivos en cuestión, se observa que al momento en que el accionante terminó la relación laboral con el GAD de Biblián, esto es, agosto de 2019, se encontraba vigente el Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, pues, conforme la norma anteriormente transcrita, su vigencia corre desde enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020.

52. Así las cosas, el Décimo Quinto Contrato Colectivo de Trabajo, respecto a la jubilación patronal, estipula en su artículo 31:

“Respecto a la jubilación patronal todos los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo, tendrá derecho a la jubilación patronal de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo y lo normado en la ordenanza vigente”. (sic).

53. Ahora bien, la “ORDENANZA SUSTITUTIVA A LA ORDENANZA QUE REGLAMENTA EL PAGO DE VEINTE DÓLARES AMERICANOS POR CONCEPTO DE PENSIÓN JUBILAR A LOS TRABAJADORES DE LA

*ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE BIBLIÁN;
DENOMINADA ORDENANZA QUE REGU-
LA LA JUBILACIÓN PATRONAL DE LOS
TRABAJADORES DEL GOBIERNO AUTÓ-
NOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL
DEL CANTÓN BIBLIÁN”,*

vigente desde el año 2013, en los artículos 1 y 2, dice:

“ Art. 1. La presente Ordenanza tiene un ámbito de aplicación para todos los trabajadores que reciben pensión por concepto de Jubilación Patronal de conformidad al Código del Trabajo y para aquellos trabajadores que a futuro se acojan a este derecho por así permitirlo la ley.

Art. 2. – En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal, será mayor que el salario básico unificado medio del último año de servicio, ni inferior a VEINTE DÓLARES AMERICANOS MENSUALES, si es beneficiario de doble jubilación como en el caso del trabajador municipal, por lo tanto el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Biblián, fija como pensión jubilar patronal un valor de USD 60,00 (SESENTA DÓLARES AMERICANOS), que serán cancelados en forma mensual al trabajador”.

54. De la lectura del articulado en cita, se verifica que la Ordenanza a dispuesto que la pensión jubilar patronal mensual sea de USD. 60,00, de ahí el valor que venía percibiendo el accionante por este derecho.

55. Nótese que la referida Ordenanza, con base en el artículo 425 de la Constitución de la República CRE, que determina el orden jerárquico de las normas, de ningún modo puede contravenir lo establecido en el Código del Trabajo, cuerpo legal que, en cuanto a la jubilación patronal, en el artículo 216, dispone:

“ Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,

b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.

Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable. Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla. [...]”.

56. Norma legal que en su primera regla, determina la fórmula de cálculo de la jubilación patronal, a ser considerada como regla general, para el reconocimiento de este derecho.

57. En la regla segunda, se regula los límites con relación al cálculo de la pensión jubilar patronal mensual, estableciéndose mínimos y máximos, de acuerdo a la situación jurídica de cada trabajador.

58. Asimismo, prevé como excepción que los municipios y consejos provinciales que conforman el régimen seccional autónomo, tienen la facultad de emitir sus propias ordenanzas para fijar la jubilación patronal de sus trabajadores.

59. Esto último no quiere decir, que los GADs tengan la potestad de regular el valor de la pensión jubilar, por debajo de lo establecido en el artículo 216.1 del CT, pues debe entenderse que esta excepcionalidad, prevista en el inciso segundo del artículo 216 numeral 2 ibídem, corresponde ser aplicada en el marco del respeto a la regla general y básica para la determinación y reconocimiento de este derecho, a efecto de no reducir ni menoscabar el derecho



de los trabajadores a una jubilación patronal en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador. Pensar lo contrario sería desconocer los principios que rigen en el derecho laboral, como el de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, garantizados en el artículo 326.2 de la Constitución de la República CRE; así como, lo dispuesto en el artículo 11 ibídem, que manda: “*El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*”.

60. Entendiendo el correcto sentido de la norma, es necesario determinar si el monto que está percibiendo el actor por concepto de jubilación patronal se encuentra dentro del marco de la legalidad, para cuyo efecto se toma en consideración el tiempo de servicios del accionante, desde el mes de julio de 1987 hasta el mes de agosto de 2019 (32 años), el coeficiente previsto en el artículo 218 del CT, de acuerdo a la edad del trabajador al momento en que concluyó el vínculo laboral (60 años: 5,7728) y promedio de remuneraciones de los últimos cinco años conforme el mecanizado del IESS, resultando lo siguiente: promedio de remuneraciones de los cinco últimos años: USD. 35.923,60/5 = USD. 7.184,72, se obtiene el 5% USD. 359.24 x 32 años = USD. 11.495,68/ 5,7728 = USD. 1.991,35 pensión jubilar anual/12 = USD. 165.94 pensión jubilar mensual.
61. De acuerdo al cálculo realizado, la pensión jubilar de USD. 60,00 que venía percibiendo el actor con base en la Ordenanza y el contrato colectivo, es totalmente inferior al cálculo establecido en el art. 216.1 del CT, generando vulneración en sus derechos laborales, por lo que en atención a los principios de irrenunciabilidad, intangibilidad y de favorabilidad, este tribunal fija como pensión jubilar patronal mensual vitalicia, la cantidad de USD. 165.94.
62. Siendo así, le corresponde percibir desde septiembre de 2019 hasta agosto de 2023, por pensiones jubilares vencidas, la cantidad de USD. 7.965.12. **Por décima tercera pen-**

sión jubilar: desde septiembre de 2019 hasta noviembre de 2022, la cantidad de USD. 539.30. No se dispone el pago del periodo de diciembre de 2022 a noviembre de 2023, por cuanto aun la obligación no se encuentra vencida. **Por décima cuarta pensión jubilar:** periodo de septiembre de 2019 a julio de 2023, la cantidad de USD. 1.641,66. **TOTAL: USD. 10.146,08.**

63. En virtud de que se trata de un proceso laboral por reliquidación de la jubilación patronal, se ordena que, en la fase de ejecución, la parte demandada presente justificación del pago de los valores entregados por concepto de pensiones jubilares mensuales y pensiones jubilares adicionales –décimas tercera y cuarta desde septiembre de 2019, para que sean descontados del valor total de la liquidación.

64. Respecto a las acusaciones efectuadas por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, al haberse aceptado el caso dos y resuelto dichas alegaciones, mismas que guardan correspondencia con las presentadas en este caso, resulta inoficioso su análisis.

VII. Decisión

65. 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**, resuelve:
66. Casar la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, el 3 de mayo de 2022, las 15h41 y, dispone que la parte demandada, a través de sus representantes legales, con la motivación aquí esgrimida, pague al actor de esta causa como pensión jubilar patronal mensual vitalicia la cantidad de USD.165.94, más las pensiones jubilares adicionales determinadas en la ley y hasta por un año después de la muerte del actor de esta causa, en beneficio de sus deudos de conformidad con lo establecido en el art. 217 del Código del Trabajo. Así también pague la cantidad de USD. 10.146,08, por pensiones jubilares mensuales y adicionales vencidas, monto del cual deberá deducir los valores que la parte demandada justifique haber cancelado por estos conceptos; siendo que además, el juez de ejecución deberá actualizar la liquidación practicada de ser necesario.

67. Con intereses por ser de aquellos rubros que los generan de conformidad con la Resolución N° 082016 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Sin costas. Notifíquese.

f) DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA

YEROVI **JUEZA NACIONAL (PONENTE).**

DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL.** DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA **JUEZ NACIONAL.**

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión:

El tribunal de casación acepta el cargo de falta de motivación al amparo del caso dos del artículo 268 del COGEP, por lo que dicta sentencia, disponiendo el pago de la pensión jubilar patronal en función de lo establecido en el artículo 216.1 del CT y no de la Ordenanza del Gad de Biblián ni del contrato colectivo, por ser el monto fijado inferior al que resulta de aplicar la regla primera del artículo 216 del CT, lo que se considera lesivo a los derechos laborales del trabajador.



IV

Juicio Nro. 21371-2021-00005

Fecha: martes 3 de octubre del 2023, las 14h23

TEMA: Nulidad procesal y error en la fundamentación de la litis. Artículos 195.1 y 195.2 del CT

SÍNTESIS

El Tribunal de casación resuelve declarar la nulidad procesal desde la calificación de la demanda, ya que su pretensión a ser indemnizado por los parámetros contemplados en el artículo 51 de la LOD, no se corresponden con la vía de despido ineficaz utilizada. El Art. 195.3 del CT la norma jurídica, indica los “efectos” (entiéndase como las consecuencias jurídicas o cálculos indemnizatorios a cancelarse) del despido ineficaz, del despido por discriminación; y, del despido injustificado de una persona con discapacidad. Ahora bien, este tribunal de casación indica que el despido por discriminación y el despido injustificado de una persona con discapacidad, no tienen vínculo alguno con la declaratoria de ineficacia del despido, ni con la acción de despido ineficaz estatuidos en su orden en los artículos 195.1 y 195.2 del CT; sin embargo, los mentados temas, al haber sido introducidos por el legislador como parte integrante de un artículo que guarda relación específicamente con la declaratoria de ineficacia del despido, crea confusión en cuanto a su interpretación, pues pareciera que el despido por discriminación o el despido injustificado a una persona con discapacidad, también se encuentran amparado por la declaratoria de ineficacia del despido, normado en el artículo en referencia. El casacionista denuncia el error inexcusable, por los juzgadores de instancia, mismo que se entiende, como la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional y consistente, en sentido amplio, en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos a la litis. Puede implicar, dadas ciertas condiciones, no solo la responsabilidad del funcionario judicial sino también del Estado. Para que un error judicial sea inexcusable debe ser grave y dañino, sobre el cual el juez, fiscal o defensor tiene responsabilidad, el cual fue desechado por la Sala al advertir que la deficiencia en la propia redacción de la norma la que permite este error en el procesamiento de las causas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 21371-2021-00005

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 3 de octubre del 2023, las 14h23.

Vistos: Corresponde el conocimiento y resolución de esta causa signada con el número 21371-202100005, al Tribunal de casación integrado por los jueces nacionales: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi (Ponente), Dra. Enma Tapia Rivera; y Dra. Katherine Muñoz Subia, por el sorteo realizado el 20 de julio de 2023; las 15h03.

I. Antecedentes procesales

1. El señor Fredy Fernando Bonez Romero inició una demanda laboral contra Sucumbíos Solidario cuyo administrador es el señor Ismael Reinaldo Silva Paredes en calidad de Administrador de la Unidad Desconcentrada del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Sucumbíos; Lcdo. Humberto Amado Chávez Angamarca en calidad de Prefecto Provincial del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Sucumbíos; y, Ab. Juan

Gabriel Prado Moreno en calidad de Procurador Síndico del mentado GAD. Así mismo, se solicitó que se cite a la Procuraduría General del Estado.

2. La demanda laboral tenía la finalidad declarar “**INEFICAZ E INJUSTIFICADO AL DESPIDO INTEMPESTIVO**” por tener a cargo la manutención de una persona con condición de discapacidad, amparando su petición en los artículos “195.1; 195.2; 195.3 y siguiente del Código del Trabajo”.

3. El Dr. Jorge Enrique Sacancela Conjuez encargado de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos, por ausencia del titular, en auto de 12 de enero de 2021, las 16h46 (fj. 32), indicó que:

“[...] la demanda por DESPIDO INEFICAZ que propone BONEZ ROMERO FREDY FERNANDO, la misma se considera clara, precisa y cumple los requisitos legales previstos en los Arts. 142 y 143 del Código Orgánico General de Procesos, se la admite al Procedimiento Sumario, establecido en el Libro IV. Título I, Capítulo III del Código citado, y en virtud de lo prescrito en el Art. 195.2 del Código del Trabajo en concordancia con el Art. 333 del COGEP [...] De acuerdo a la facultad que confiere el inciso segundo del Art. 195.2 del Código del Trabajo, se ordena que la parte empleadora reintegre de manera inmediata a su puesto de trabajo, al señor BONEZ ROMERO FREDY FERNANDO [...]” . (sic)

4. El Licenciado Humberto Amado Chávez Angamarca y Ab. Juan Gabriel Prado Moreno en sus calidades de Prefecto y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Sucumbíos, contestan la demanda e indican que:

“ [...] **Excepción previa: Inadecuación del procedimiento.**- [Art. 153.1 COGEP], excepción que la proponemos por cuanto al no existir el despido ineficaz respecto de las personas con discapacidad, ni tampoco tratarse de un acto discriminatorio en razón de su condición de discapacidad, el asunto no puede ser sustanciado a través de la acción de despido ineficaz.

4.2.- **Otras excepciones: Falta de derecho del actor.**- esta excepción la proponemos respecto de la pretensión de que se declare << ineficaz e injustificado >> el despido, puesto que la terminación de la relación laboral ha tenido su origen en la conclusión del plazo del contrato

por el giro del negocio, no así en un acto de discriminación por su condición de discapacidad; y, además, por cuanto la condición de discapacidad no genera el derecho de reintegro, por no estar contemplado en los casos previstos en el artículo 195.1 del Código del Trabajo [...]” . (sic)

5. La abogada Daisy Maryuri Palma Veliz Jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos, mediante sentencia emitida el 15 de marzo de 2021, las 11h25, resolvió

“ [...] Se declara injustificado el despido ocasionado al actor **FREDY FERNANDO BONEZ ROMERO, en contra de SUCUMBÍOS SOLIDARIO, actualmente representado por la señora MÉLIDA SUSANA HERRERA ROMÁN; Y, GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE SUCUMBÍOS, en sus representantes legales LCDO. HUMBERTO AMADO CHÁVEZ ANGAMARCA, en calidad de PREFECTO y AB. JUAN GABRIEL PRADO MORENO, en calidad de PROCURADOR SÍNDICO**, y se dispone dejar en firme las medidas cautelares de reintegro a su puesto de trabajo.

Se dispone el pago de las remuneraciones no percibidas durante la tramitación de esta causa, con el 10% de recargo en disposición del Art. 195.3 del Código de Trabajo, de los meses enero y febrero del 2021, en la cantidad de USD \$ 1.234,20 [...]” . (sic)

6. Ante esta decisión, la parte demandada interpone recurso de apelación, y la parte actora se adhiere a la misma; en virtud de lo cual, llegó a conocimiento de los señores doctores Jenny Angélica Vallejo Chiliquinga; Carlos Aurelio Moreno Oliva; y, Wilmer Henry Suarez Jácome, miembros que integran el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, quienes en sentencia de 26 de octubre de 2021, las 15h18, resuelven:

“ [...] Acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Sucumbíos y en consecuencia MODIFICA la sentencia subida en grado declarando improcedente la demanda por despido ineficaz; este Tribunal Superior califica la demanda como despido injustificado, conforme la disposición del último inciso del Art. 195.3 del Código de Trabajo, disponiendo al Gobierno Autónomo



Descentralizado Provincial de Sucumbíos, pague al actor Fredy Fernando Bonez Romero los valores correspondientes en el numeral 9.3 de la presente sentencia, esto es la suma de 10.098,00 USD (Diez mil noventa y ocho dólares) [...]” (sic).

7. Por no estar de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal de alzada, las partes procesales interponen recurso de casación; la parte demandada al amparo de los casos dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y, la parte actora al amparo del caso cinco del artículo 268 ibídem.
8. Mediante sorteo ingresó a conocimiento de la Doctora Liz Barrera Espín, Conjueza Nacional, quien en auto de fecha de 28 de julio de 2022 admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por las partes procesales; a la parte demandada por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y por las alegaciones efectuadas a los artículos “ [...] 76. 3 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; 195.3 inciso quinto del Código de Trabajo; 51 inciso segundo de la Ley Orgánica de Discapacidades y artículo 4 inciso segundo de la Resolución 122017 de la Corte Nacional [...] ” ; y, a la parte actora por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

II. Competencia

9. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar 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; artículos 184 y 191 numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial; así como, por lo establecido en el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y acta de sorteo de 20 de julio de 2023, mediante la cual, el Tribunal quedó integrado por los jueces nacionales: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; Dra. Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional; y, Dra. Katherine Muñoz Subia, Jueza Nacional.
10. El tribunal de casación, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, convocó a audiencia para conocer y resolver los recursos de casación, misma que se llevó a cabo el día **martes 19 de septiembre de 2023, a las 11h00**, en la

que, las partes recurrentes sustanciaron oralmente sus recursos de casación en los mismos términos expuestos en los respectivos escritos, así como también tuvieron la oportunidad de contradecir los fundamentos de la contraparte, todo ello conforme se desprende del registro electrónico (CD) agregado al proceso.

11. Una vez escuchadas las partes procesales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 del Código Orgánico General de Procesos; el Tribunal al amparo del artículo 273 ibídem, se pronunció en forma oral, procediendo con base en las disposiciones legales pertinentes, a emitir la resolución escrita en los siguientes términos:

III. Fundamentación de los recursos de casación

12. En virtud de que la parte demandada, ha propuesto el recurso de casación al amparo de los casos dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, atendiendo al orden lógico de los casos invocados, se comenzará por resolver este recurso, para luego examinar el recurso de casación interpuesto por la parte actora por el caso cinco del artículo 268 ibídem.

a) Fundamentación del recurso de casación de la parte demandada.

13. La parte demandada fundamenta su recurso de casación por los casos dos y cinco del artículo 268 del COGEP, realizando las siguientes acusaciones:

14. Caso 2

- La sentencia de la corte provincial no cumple con el requisito de motivación establecido en el artículo 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, ya que al haber argumentado la entidad demandada desde la contestación de la demanda que concluyó el vínculo laboral con el actor por la terminación del contrato por el giro de negocio, más no por un acto de discriminación por la condición de sustituto, mal hicieron los juzgadores de instancia en establecer si el despido era o no ineficaz; así como indicar que la condición de sustituto genera un reintegro, ya que eluden lo señalado en el artículo 195 número 1 del Código de Trabajo, norma en la cual se contempla que solo las mujeres en estado de gestación o maternidad, o a su vez de dirigente sindical en

cumplimiento de funciones, pueden solicitar la declaratoria de la ineficacia del despido; por lo expuesto, en la sentencia de instancia existió el vicio de incongruencia.

15. Caso 5

- El accionado indica que, desde la contestación a la demanda, alegó como excepción previa la inadecuación de procedimiento prescrita en el artículo 153 numeral 4 del COGEP, la cual fue rechazada y por tal situación se apeló señalando que no cabe una acción por despido ineficaz en la presente causa, porque la persona que demanda no tienen la calidad exigida por la norma del artículo 195.1 del Código del Trabajo, es decir de mujer en estado de gestación o maternidad, o de dirigente sindical en cumplimiento de funciones, o la madre o padre en uso de la licencia sin remuneración para el cuidado del hijo o hija.
- Sostiene que, los hechos descritos y probados dentro del juicio permitían apreciar que el actor señor Fredy Fernando Bonez Romero no tenía la calidad exigida por el artículo 195.1 del Código del Trabajo; es decir, no era una mujer embarazada o con licencia de maternidad, o dirigente sindical en cumplimiento de funciones o padre en uso de licencia sin remuneración para cuidado del hijo o hija; por lo que, fue improcedente que se haya tramitado la causa como si fuera despido ineficaz, y a su vez resolver como un despido injustificado, ya que estas dos instituciones jurídicas son diferentes, por lo que consideramos que estas actuaciones de los juzgadores constituyen manifiesta violación del debido proceso, ya que al no haberse aplicado las normas jurídicas constantes en los artículos 76 número 3 y 82 de la Constitución se afectó el derecho a ser juzgado con observancia del trámite propio.
- Al finalizar los cargos invocados, la entidad demandado requirió lo siguiente: “[...] solicitamos que al tiempo de dictar sentencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, el máximo tribunal de justicia se sirva declarar el error inexcusable de los señores jueces del tribunal *ad quem*, a la vez que se comunique al Consejo de la Judicatura, a fin de que dicho órgano

sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones [...]”

b) Fundamentación del recurso de casación de la parte actora

16. La parte actora fundamenta su recurso de casación por el CASO CINCO del artículo 268 del COGEP, realizando las siguientes acusaciones:

- Dentro de la causa se justificó que el demandante es un padre que se encuentra a cargo de una menor con discapacidad severa, debidamente calificada por el Ministerio de Trabajo y de Salud.
- Indica que, la jueza de primer nivel calificó el despido como ineficaz e injustificado y ordenó el reintegro del actor a su puesto de trabajo; por lo que fue incorrecto que los jueces de apelación dispongan únicamente que se pague el despido injustificado, ya que dejan de lado la calificación de despido ineficaz, y por tal razón quebrantan con las disposiciones sobre la protección y la no discriminación a un padre que protege y mantiene a una menor de edad con discapacidad, por lo que violan el derecho a trabajar, e incumplen con el artículo 48 de la Ley de Discapacidad, al no incluir en la protección para trabajar que tiene el actor por tener a su cargo una menor con discapacidad.
- Sostiene que, los juzgadores de segundo nivel están obligados a cumplir con los artículos 195.1, 2 y 3 del Código del Trabajo, y por tal situación se tenía que calificar el despido como ineficaz y ordenarse el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, para que de esta manera exista la protección de la menor de edad con discapacidad.
- Manifiesta que, los jueces de apelación además no ordenaron el pago que le correspondería por despido intempestivo y por tal situación hay indebida aplicación de los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

IV. Análisis del tribunal de casación

17. Antes de analizar los cargos formulados por las partes procesales, este Tribunal de Casación debe examinar la validez del proceso, verificando que no exista omisión de solemnidades sustanciales que puedan afectar a la causa; y en caso de que se pueda advertir la existencia de nulidades, debe declararlas de oficio,



aunque no hayan sido alegadas por las partes procesales, con base en la Constitución, y el artículo 110 numeral 1¹ del Código Orgánico General de Procesos.

18. Respecto a este particular, de la revisión del proceso, se desprende lo siguiente:

a) El señor Fredy Fernando Bonez Romero inició una demanda laboral el 12 de enero de 2021, cuya finalidad era reclamar y que se declare:

“ [...] **INEFICAZ E INJUSTIFICADO AL DESPIDO INTEMPESTIVO** [...] **SOLICITO** como **MEDIDA CAUTELAR**, se Disponga a mi Empleador **MI REINTEGRO INMEDIATO A MI RESPECTIVO PUESTO DE TRABAJO**, mientras se tramita la causa y se tenga sentencia ejecutoriada. Una vez declarado el Despido ineficaz e injustificado se disponga también al pago de mis remuneraciones pendientes, con el recargo del 10% tal cual lo determina la Ley de Justicia Laboral y de Reconocimiento del Trabajo No Remunerado del Hogar. [...] En caso de incumplimiento de reintegro se pague la Indemnización por despido intempestivo: 3 meses de remuneración: según dispone el artículo 188 del Código del Trabajo [...] Indemnización de 12 remuneraciones en caso de que decida no retornar al puesto de trabajo a pesar de haberse declarado de ineficaz el despido [...] Pago de remuneraciones no percibidas durante la tramitación de la presente acción con el recargo del 10% [...] Las 18 remuneraciones de conformidad con el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades [...]” . (sic)

b) El Dr. Jorge Enrique Sacancela Cusi Juez encargado de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos, por ausencia del titular, en auto de 12 de enero de 2021, las 16h46 (f. 32), califica la demanda estableciendo que:

“ [...] la demanda por DESPIDO INEFICAZ que propone BONEZ ROMERO FREDY FERNANDO, la misma se considera clara, precisa y cumple los requisitos legales previstos en los Arts. 142 y 143 del Código Orgánico General de Procesos, se la admite al Procedimiento Sumario, establecido en el Libro IV. Título I, Capítulo III del Código citado, y en virtud de lo

prescrito en el Art. 195.2 del Código del Trabajo en concordancia con el Art. 333 del COGEP [...] De acuerdo a la facultad que confiere el inciso segundo del Art. 195.2 del Código del Trabajo, se ordena que la parte empleadora reintegre de manera inmediata a su puesto de trabajo, al señor BONEZ ROMERO FREDY FERNANDO [...]” . (sic)

c) El Licenciado Humberto Amado Chávez Angamarca y Ab. Juan Gabriel Prado Moreno en sus calidades de Prefecto y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Sucumbíos, contestan la demanda e indican que:

“ [...] **Excepción previa: Inadecuación del procedimiento.**- [Art. 153.1 COGEP], excepción que la proponemos por cuanto al no existir el despido ineficaz respecto de las personas con discapacidad, ni tampoco tratarse de un acto discriminatorio en razón de su condición de discapacidad, el asunto no puede ser sustanciado a través de la acción de despido ineficaz. 4.2.- **Otras excepciones: Falta de derecho del actor.**- esta excepción la proponemos respecto de la pretensión de que se declare << ineficaz e injustificado >> el despido, puesto que la terminación de la relación laboral ha tenido su origen en la conclusión del plazo del contrato por el giro del negocio, no así en un acto de discriminación por su condición de discapacidad; y, además, por cuanto la condición de discapacidad no genera el derecho de reintegro, por no estar contemplado en los casos previstos en el artículo 195.1 del Código del Trabajo [...]” . (sic)

d) El Dr. Jorge Enrique Sacancela Cusi Juez encargado de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos de Sucumbíos, el 05 de febrero de 2021, las 16h44, calificó la contestación a la demanda, corrió traslado con la misma a la parte actora y convocó a audiencia.

e) La abogada Daisy Maryuri Palma Veliz Jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos, una vez que se reintegró a sus funciones, avocó conocimiento de la causa; y, mediante sentencia de fecha de 15 de marzo de 2021, las 11h25, resolvió

¹ Art. 110. **Declaración de nulidad y convalidación.** La nulidad del proceso deberá ser declarada: 1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial.

“ [...] Se declara injustificado el despido ocasionado al actor [...] se dispone dejar en firme las medidas cautelares de reintegro a su puesto de trabajo. Se dispone el pago de las remuneraciones no percibidas durante la tramitación de esta causa, con el 10% de recargo en disposición del Art. 195.3 del Código de Trabajo, de los meses enero y febrero del 2021, en la cantidad de USD \$ 1.234,20 [...]”. (sic)

f) Frente a esta decisión, la parte demandada interpone recurso de apelación, y la parte actora se adhiere a la misma; en virtud de lo cual, llegó a conocimiento de los señores doctores Jenny Angélica Vallejo Chiliquinga; Carlos Aurelio Moreno Oliva; y, Wilmer Henry Suarez Jácome, miembros que integran el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, quienes en sentencia de 26 de octubre de 2021, las 15h18, resuelven: “ [...] Acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Sucumbíos y en consecuencia MODIFICA la sentencia subida en grado declarando improcedente la demanda por despido ineficaz; este Tribunal Superior califica la demanda como despido injustificado, conforme la disposición del último inciso del Art. 195.3 del Código de Trabajo [...]”. (sic)

19. De los actos procesales indicados anteriormente, se tiene que el señor Fredy Fernando Bonez Romero, propuso una demanda laboral por despido ineficaz, por tener a cargo la manutención de una persona con condición de discapacidad.

20. Sobre esta situación, este tribunal de casación indica que la acción de declaratoria de ineficacia del despido está regulado en el artículo 195.1 del Código del Trabajo, añadido a continuación del artículo 195 mediante artículo 35 de la LEY ORGANICA DE JUSTICIA LABORAL Y RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN EL HOGAR, mismo que señala:

“ [...] 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 [...]” . (el resaltado pertenece a este Tribunal)

21. Revisada la mentada norma, se tiene que la acción de declaratoria de ineficacia de despido, procede única y exclusivamente cuando el empleador ha despedido intempestivamente a:

1. La trabajadora que se encuentre en estado de embarazo, o asociado a su condición de gestación o maternidad; o,
2. Trabajadores que tengan la condición de dirigentes sindicales y sus suplentes ² en cumplimiento de sus funciones.

22. Ahora bien, los incisos cuarto y quinto del artículo 195.3 del Código del Trabajo, mencionan otras dos figuras jurídicas como: el despido por discriminación; y, el despido injustificado; figuras jurídicas sobre las cuales en forma expresa la norma indica lo siguiente:

“[...] **En cualquier caso de despido por discriminación**, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, **el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.**

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades [...] ³” (el resaltado y subrayado pertenece a este Tribunal).

23. Es decir, el inciso cuarto indica que, al momento en que se demanda el despido

² Resolución 02-2022 de la Corte Nacional de Justicia.

³ Inciso segundo del artículo 51 de la **Ley Orgánica de Discapacidades** “[...] 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 [...]”.

intempestivo por discriminación, la parte actora podrá solicitar que se le entregue la indemnización correspondiente a un año de remuneraciones, a más de la que corresponde por el despido intempestivo establecido en el artículo 188 del Código del Trabajo; mientras que, el inciso quinto determina que, al momento en que se demanda el despido de una persona con discapacidad o que tenga a su cargo la manutención de una persona con discapacidad, la indemnización correspondiente será la contemplada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

24. De esta manera, en virtud de lo dispuesto en el inciso cuarto y quinto del artículo 195.3 del Código del Trabajo, la declaratoria de ineficacia del despido (entendida esta como el reintegro al puesto laboral) no quiere decir que pueda ser solicitada en caso de un despido por discriminación o por discapacidad; ya que como se indicó en párrafos anteriores, la acción de declaratoria de ineficacia del despido está contemplada en el artículo 195.1 “*Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz*”, para amparar exclusivamente a trabajadoras en estado de embarazo, o que se encuentren en una condición relacionada con su condición de gestación o maternidad; así como a trabajadores que tengan la condición de dirigentes sindicales y sus suplentes en cumplimiento de sus funciones.

25. En este sentido, de conformidad con el análisis efectuado por este tribunal de casación, respecto de la acción de declaratoria de ineficacia del despido, se indica que el juez al momento de calificar la demanda debió aplicar el artículo 147⁴ del Código Orgánico General de Procesos e inadmitirla, ya que presentar una demanda por una figura jurídica inexistente en el ordenamiento jurídico como lo es el despido ineficaz, por tener a cargo la manutención de una persona con condición de discapacidad, es improcedente.

26. Al haberse admitido una figura que no se encuentra plasmada en nuestro ordenamiento

jurídico, se quebrantó el principio de seguridad jurídica, así como la garantía básica del debido proceso.

V. Petición de declaración jurisdiccional previa por error inexcusable.

27. Sobre la petición de error inexcusable realizada por la parte demandada casacionista, respecto de “ [...] *solicitamos que al tiempo de dictar sentencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, el máximo tribunal de justicia se sirva declarar el error inexcusable de los señores jueces del tribunal ad quem, a la vez que se comuniqué al Consejo de la Judicatura, a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones [...]*”; este Tribunal de Casación, indica lo siguiente:

28. En fecha 31 de agosto de 2023, se solicitó a los juzgadores de primer nivel y corte provincial que actuaron dentro de la presente causa, remitan un informe sobre su actuación referente a los hechos relatados en líneas anteriores, al amparo de lo establecido en la sentencia Nro. 3-19-CN y por lo previsto en los artículos 109 y 131 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial.

29. De conformidad con las razones sentadas por la actuario de esta Sala, los jueces que sustanciaron la causa laboral, dentro del término legal presentan los siguientes informes de descargo, manifestando lo siguiente:

- El abogado Jorge Enrique Sacancela Cusi, por medio del informe ingresado de fecha 01 de septiembre de 2023, menciona que, en mérito de la acción de personal 06DP21CJ2021JM, suscrito por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Sucumbíos, él se encontraba en encargo de funciones, por tal razón, la única actuación que realizó en el proceso fue la calificación de la demanda; por lo que, al no haber resuelto nada dentro de la presente causa no se encuentra inmerso en ninguna causal del

⁴ Art. 147.- Inadmisión de la demanda. La o el juzgador inadmitirá la demanda cuando: 1. Sea incompetente. 2. Contenga una indebida acumulación de pretensiones. Si la o el juzgador estima que la demanda es manifiestamente inadmisibile, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará devolver los anexos y el archivo del expediente. Esta providencia será apelable.

artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.

- La abogada Daisy Maryuri Palma Veliz – Jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en Lago Agrio, por medio de informe ingresado el 05 de septiembre de 2023, señala que, en ningún momento cometió ningún acto que se enmarque en un error inexcusable, sino que, su labor siempre se realizó de manera responsable y seria, en estricto cumplimiento de la Constitución de la República del Ecuador, de la Ley Orgánica de la Función Judicial, del Código Orgánico General de Procesos y del Código del Trabajo, de tal manera que las partes tuvieron las respectivas garantías para “[...] proponer la demanda, anunciar pruebas, calificar demanda, citar, contestar la demanda, anunciar pruebas, dar cumplimiento al debido proceso [...]” (sic); por tal situación, las partes fueron escuchadas como corresponde y han tenido el derecho a la defensa para proponer, producir y evacuar las pruebas que solicitaron en su momento, llevándose a cabo la audiencia respectiva como corresponde y resolviéndose respecto de la controversia que se limitó a “establecer si el despido era o no ineficaz”; por lo que requiere que se inadmita esta solicitud del casacionista.
- El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos conformado por los doctores Carlos Aurelio Moreno Oliva, Wilmer Henry Suárez Jácome, y Jenny Angélica Vallejo Chiliquinga, a través del informe ingresado el 07 de septiembre de 2023, señalan que el pedido que se califique su análisis o criterio jurisdiccional como infracción gravísima, “[...] no reúne un mínimo, como un elemental requisito, al no haberse fundamentado [...] la petición, no permite ejercer nuestro derecho a la defensa, pues nótese que el pedido es ambiguo, y no determina ni

precisa qué análisis efectuado por los infrascritos jueces debe merecer la calificación de error inexcusable como así los ha requerido casacionista Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Sucumbíos [...] se puede colegir del análisis de la sentencia ahora en estudio de la Sala Especializada, pues en ella nos e encontrará indicios de mala fe no de favorecer a ninguna de las partes que por lo menos haga sospechar de nuestro libre criterio jurisdiccional al resolver las causas como la presente [...]”. Por estas razones solicitan que se desestime la petición de la parte demandada.

VI. Resolución de declaración jurisdiccional previa por error inexcusable.

30. Este Tribunal indica que la declaración jurisdiccional previa por infracciones de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, se encamina a determinar el criterio jurídico desde la óptica jurisdiccional sobre la posible existencia de la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función, que dice:

“[...] 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 como jueza, juez, fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable declarados en el ámbito jurisdiccional, de conformidad con las disposiciones establecidas en los artículos siguientes, en concordancia con el artículo 125 de este Código [...]”.

31. Así, el **error inexcusable**, alegado, se entiende como la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y consistente, en sentido amplio, en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos a la litis. Puede implicar, dadas ciertas condiciones, no solo la responsabilidad del funcionario judicial sino también del Estado. Para que un error judicial sea inexcusable debe ser grave y dañino, sobre el cual el juez, fiscal o defensor tiene responsabilidad. Es grave porque es un error obvio e irracional, y por tanto indiscutible, hallándose fuera de las posibilidades lógicas y razonables de interpretación de las normas o de apreciación de los



hechos de una causa. Finalmente, es dañino porque al ser un error grave perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros.

32. Cualquiera que sea la falta disciplinaria alegada, es necesario por parte de quien la alega que realice una fundamentación de la cual se pueda evidenciar en que parte del proceso se encuentra la infracción, situación que ha sido desatendida por quien recurrió, dado que en la presente declaración jurisdiccional previa por error inexcusable el peticionario al respecto manifiesta: “[...] solicitamos que al tiempo de dictar sentencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, el máximo tribunal de justicia se sirva declarar el error inexcusable de los señores jueces del tribunal ad quem, a la vez que se comuniquen al Consejo de la Judicatura, a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones [...]”; sin proceder como corresponde a fundamentar la falta disciplinaria alegada.

33. Pese a esta deficiencia en la petición formulada, este Tribunal observa que, el artículo 109 del Código Orgánico de la Función establece que: “[...] Para que un error judicial sea inexcusable debe ser grave y dañino, sobre el cual el juez, fiscal o defensor tiene responsabilidad. Es grave porque es un error obvio e irracional, y por tanto indiscutible, hallándose fuera de las posibilidades lógicas y razonables de interpretación de las normas o de apreciación de los hechos de una causa. Finalmente, es dañino porque al ser un error grave perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros [...]”; y, que la Corte Constitucional en la sentencia No. 3-19-CN/20 manifiesto que: “[...] 64. En cuanto **al error inexcusable, este constituye en sentido amplio una especie del error judicial.** De forma general, el error judicial puede entenderse como la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y consistente, en sentido amplio, **en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos a la litis.** [...] Para que un error judicial sea inexcusable debe ser grave y dañino, sobre el cual el juez, fiscal o defensor tiene responsabilidad. Es grave porque es un error obvio e irracional, y por tanto indiscutible, hallándose fuera de las posi-

bilidades lógicas y razonables de interpretación de las normas o de apreciación de los hechos de una causa. Finalmente, es dañino porque al ser un error grave perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros [...]” (lo resaltado pertenece a este Tribunal de Casación).

34. Por lo que, este Tribunal debe observar si el error cometido por los juzgadores de instancia consiste en una interpretación burda del artículo en el que han amparado sus actuaciones, en virtud de la demanda presentada por el actor de la causa, y al efecto tenemos que el artículo 195.3 del Código del Trabajo, dispone:

“[...] **Art. 195.3. Efectos.-** Declarada la ineffectividad, 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 ineffectividad 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 ineffectividad 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.

En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineffectividad del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades [...]”.

35. Como se puede observar, la norma jurídica, indica los “ efectos” (entiéndase como las

consecuencias jurídicas o cálculos indemnizatorios a cancelarse) del despido ineficaz⁵, del despido por discriminación⁶; y, del despido injustificado de una persona con discapacidad⁷.

36. Ahora bien, este tribunal de casación indica que el despido por discriminación y el despido injustificado de una persona con discapacidad, no tienen vínculo alguno con la declaratoria de ineficacia del despido, ni con la acción de despido ineficaz estatuidos en su orden en los artículos 195.1⁸ y 195.2⁹ del Código del Trabajo; sin embargo, los mentados temas, al haber sido introducidos por el legislador como parte integrante de un artículo que guarda relación específicamente con la declaratoria de ineficacia del despido, crea confusión en cuanto a su interpretación, pues pareciera que el despido por discriminación o el despido injustificado a una persona con discapacidad, también se encuentran amparado por la declaratoria de ineficacia del despido, normado en el artículo en referencia.
37. La “*declaración jurisdiccional previa*”, tiene por finalidad sancionar el incumplimiento de de-

beres y funciones del miembro/os de la institución, que atenta contra su correcto funcionamiento, situación que no acontece en este caso en el que la deficiencia en la técnica legislativa a la que se ha hecho referencia, trae consigo problemas al momento de la interpretación judicial; sin que por ello, los juzgadores de primer y segundo nivel, hayan incurrido en la falta disciplinaria de error inexcusable, por lo que se inadmite la solicitud del casacionista al respecto.

VII. Decisión

38. En virtud de los razonamientos expuestos, esta Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en consideración al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, como derecho de toda persona no solo para acudir a los órganos jurisdiccionales, sino que, a través de los debidos cauces procesales y con las mínimas garantías, obtener una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones, así como del artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador que determina las condiciones que debe tener

⁵ inciso primero al tercero del artículo 195.3 CT.- **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.**

⁶ inciso cuarto del artículo 195.3 CT.- En cualquier caso de **despido por discriminación**, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para **la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo**, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

⁷ inciso quinto del artículo 195.3 CT.- En caso de **despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades.**

⁸ **Art. 195.1 CT.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.**- (Agregado por el Art. 35 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- 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.

⁹ **Art. 195.2 CT.- Acción de despido ineficaz.**- (Agregado por el Art. 35 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015, y, sustituido por la Disposición Reformatoria Primera de la Ley s/n, R.O. 517-S, 26-VI-2019).- Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días. Admitida a trámite la demanda, citar en plazo establecido para el efecto en el Código Orgánico General de Procesos a la parte empleadora y, en la misma providencia, se podrán dictar las medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite. A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas que se dispongan, y se solicitarán las que deban practicarse. En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo establecido en el Código Orgánico General de Procesos. Esta iniciará por la conciliación y, de existir acuerdo, se autorizará por sentencia. A falta de acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas.

- el poder para producir un sistema jurídico capaz de alcanzar sus objetivos, lo que supone evitar aquellos aspectos del poder que puedan dañar la seguridad del ordenamiento normativo (Gregorio PecesBarba Martínez, Curso de Derecho Fundamentales. Teoría General, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 245258), así como, la seguridad jurídica que es la garantía que el Estado reconoce a las ciudadanas y ciudadanos para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean vulnerados y que en caso de que esto se produzca, se establezca los mecanismos adecuados para su tutela (Sentencia No. 004712EP, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador), **resuelve:**
- 39.** Declarar la nulidad procesal de todo lo actuado a partir del auto de fecha 12 de enero de 2021, a las 16h46, emitido por el Doctor Jorge Enrique Sacancela Cusi Juez encargado de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos.
- 40.** Se ordena remitir el proceso a la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos, a fin de que se designe otro juzgador, diferente a los que conocieron la causa, para que, proceda conforme lo fundamentado y analizado en esta sentencia.
- 41.** No se tomará en consideración el tiempo transcurrido para efectos de prescripción de la acción. Sin costas. **Notifíquese.-**
- f) DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI JUEZA NACIONAL (PONENTE).** DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA **JUEZA NACIONAL.** DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL.** Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

El Tribunal de casación resuelve declarar la nulidad procesal desde la calificación de la demanda, ya que su pretensión a ser indemnizado por los parámetros contemplados en el artículo 51 de la LOD, no se corresponden con la vía de despido ineficaz utilizada.

V

Juicio Nro. 09359-2019-02846
Fecha: 11 de octubre del 2023, las 08h05

TEMA: Valoración de la prueba. Acta de finiquito. Contrato colectivo de trabajo.

SÍNTESIS

De la fundamentación efectuada por la parte demandada se desprende que el problema jurídico radica en establecer si en la sentencia recurrida, existe la transgresión de preceptos de valoración de la prueba, que han sido determinantes al momento de valorar el Acta de Finiquito y el contrato colectivo de trabajo, prueba documental que no ha sido considerada por el tribunal de apelación al momento de resolver, por que el accionante no los presentó. Se casa la sentencia emitida por el ad quem revocando el fallo y en su lugar declara parcialmente con lugar, que el actor pague la indemnización por concepto de despido ilegal contenido en el Art. 455 del Código del Trabajo..

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019-02846

Juez Ponente: Dr. Alejandro Magno Arteaga Garcia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 11 de octubre del 2023, las 08h05.

VISTOS:

1. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, competente para conocer el presente proceso se encuentra conformado por: el doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional Ponente; la doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional; y la doctora María Consuelo Heredia Yero, Jueza Nacional, quienes dictan sentencia en la causa N° 09359-2019-02846.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES:

2. En el juicio laboral seguido por Jhonny Alberto Real Castro en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas, en su representante legal licenciado Carlos Luis Morales Benítez, Prefecto del Guayas, abogada Tania María Zambrano Alcívar, Procuradora Síndica y abogada María Gracia Abad Moreno, Directora Provincial de Talento Humano; además solicito que se cuente con la Procuraduría General del Estado, por tratarse de una empresa pública; el accionante establece como su pretensión, 1. Indemnización de un año de salario de conformidad con el artículo 455 del Código del Trabajo, por despido ilegal;

2. La cláusula trigésimo novena respecto de uniformes; y, 3. La cláusula décimo segunda, que establece la estabilidad de 48 meses del contrato colectivo.

3. Conforme consta en el acta resumen de fs. 427428 de primera instancia, la jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, luego de declararse competente para conocer el presente proceso, estableció como objeto de la controversia determinar si procede la impugnación del acta de finiquito y a través de eso determinar si le asiste los rubros que reclama.
4. El 29 de julio de 2021, a las 08h37, la Jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, notifica la sentencia en la cual resuelve declarar sin lugar la demanda de Jhonny Alberto Real Castro. Inconforme con la decisión la parte actora apela de la sentencia, por lo que se eleva la causa a la Corte Provincial de Justicia de Guayas.
5. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, dicta sentencia el lunes 25 de octubre de 2021, a las 10h39, que en su parte resolutive, manifiesta: "[...] **Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor y por ende confirmar la sentencia subida en grado que declaró sin lugar la demanda.** Sin costas ni honorarios que regular. Ejecutoriada la resolución y sin que



exista recurso pendiente devuélvase el proceso al juzgado de origen para la ejecución de la sentencia. NOTIFÍQUESE. [...]”.

6. Inconforme con la decisión del tribunal de apelación, el señor Jhonny Alberto Real Castro, interpone recurso de casación amparado en los casos 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
7. En auto de 30 de mayo de 2022, la doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional Encargada, solicita al recurrente que complete/aclare su casación; y, luego de que se cumplió con su pedido, mediante auto de 1 de julio de 2022 a las 13h11, la Conjueza resuelve admitir parcialmente el recurso únicamente por el caso 4 del artículo 268 del COGEP.
8. El 30 de agosto de 2023, a las 08h47, se efectuó el sorteo de la presente causa, correspondiéndole su conocimiento a este tribunal; posteriormente se convoca a las partes a la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el cual se llevó a cabo el 7 de septiembre del presente año y encontrándose en estado de motivar por escrito la decisión enunciada, se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

II. COMPETENCIA:

9. 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 los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; Resoluciones N° 08 2021 de 28 de enero de 2021; y, 022021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por el sorteo de ley que obra de fs. 21 del cuaderno de casación.

III. VALIDEZ PROCESAL:

10. Al presente proceso, se le ha dado el trámite previsto en la Ley de Casación, sin que se observe omisión o violación a solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión, por lo que expresamente se declara la validez procesal.

IV.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

11. Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación el jueves 7 de septiembre de 2023, a las 15h30, misma que se suspendió y se reinstaló el miércoles 13 de septiembre de 2023, a las 16h15.

4.1.- SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

12. 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 el COGEP. 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 personas¹.

13. 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.

4.2.- ALEGATOS DE LA PARTE RECURRENTE:

14. El actor Jhonny Alberto Real Castro, alega como normas infringidas los artículos 82 de la Constitución de la República del Ecuador; y 163.1 y 164 del Código Orgánico General de Procesos.

15. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, compareció el actor

¹ Luis Armando Tolosa Villabona, “Teoría y Técnica de la Casación”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá- Colombia, 2008, pág. 13

acompañado de su defensa técnica, quien fundamentó el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en el mismo sentido que el recurso escrito anexado al proceso, que dice:

[...] **4.2.1. El medio de prueba infringido, al no ser considerados en la sentencia:** *Es la Acta de Finiquito No. 8608818ACF de fecha 27 de agosto del 2019 suscrita entre las partes y que corre a fojas 185 a 187 de los autos, fue presentada, anunciada, admitida y practicada por la demandada tanto en primera como en segunda instancia; consecuentemente si corre de los autos la Acta de Finiquito No. 8608818ACF de fecha 27 de agosto del 2019 que impugno en mi demanda, que al ser agregada a los autos por la comunidad de la prueba, esta prueba no es única y exclusivamente de la demandada, como ilegalmente lo sostuvo la juez a qua y por lo cual declaro sin lugar mi demanda, situación jurídica por la cual a fin de no quedar en indefensión apele la sentencia y este mismo error se repite en la sentencia que solicito su casación, por cuanto en la sentencia a casar, textualmente dice en los considerandos: [...]*

4.2.2.- FALTA DE APLICACIÓN DEL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO

164 DEL COGEP: Señores Magistrados, si en la sentencia a casar al manifestar textualmente: ***Y si bien no es controvertido la existencia del acta de finiquito, ¿Por qué?*** en la sentencia siendo ***obligación de los Juzgadores analizar las pruebas aportadas al proceso en su conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, entendiéndose ésta como la potestad que tiene el Juez para apreciar la prueba y los antecedentes de la causa, ciñéndose a la recta inteligencia, el conocimiento exacto y reflexivo de los hechos, la lógica y la equidad para examinar las pruebas actuadas en el proceso y de esta manera llegar con entera libertad a la decisión que más se ajuste en base a su experiencia y conocimiento;*** no se consideró la Acta de Finiquito No. 8608818ACF de fecha 27 de agosto del 2019 suscrita entre las partes y que corre a fojas 185 a 187 de los autos que la demanda adjunto a su demanda, la anuncio, fue calificada y actuada por la demandada tanto en primera como en segunda instancia; desconociendo que la prueba una vez incorporada legalmente al proceso, no pertenece a quien la suministra, se convierte en prueba del proceso y no de una sola parte; por ende es inadmisibles

pretender que solo beneficie al que la allega al proceso; pues las pruebas son incorporadas para que sean apreciadas en conjunto dentro de la masa probatoria por parte del juzgador, quien de acuerdo con las reglas de la sana crítica determine la existencia o la inexistencia del hecho sobre el cual versa la litis, sea que resulte favorable a quien la propuso o al adversario, y por ende llegar a la verdad procesal para la realización de la justicia, al ser la prueba parte del proceso y no de las partes, ni del juez; era obligación del Tribunal considerar la Acta de Finiquito dentro del conjunto de las pruebas producidas por las partes, cuando de ella dependía todo el proceso y consecuentemente la sentencia; **demuestra en forma lógica la FALTA DE APLICACIÓN DEL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 164 DEL COGEP que regula la valoración de la prueba;** que de haber sido aplicada por el Tribunal, se le hubiera dado una adecuada valoración de la prueba la sentencia sería completamente diferente y el Tribunal debía pronunciarse sobre el pago de la suma equivalente a un año de sueldo que reclamo en mi demanda constante en el artículo 455 del Código del Trabajo por haber sido despedido en momentos que se encontraba en trámite la Constitución del Comité de Empresa de los Trabajadores del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas cuyas pruebas sobre su constitución corren de autos.

4.2.3.- FALTA DE APLICACIÓN DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 163 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: Señores Magistrados el artículo 163 del COGEP referente a los Hechos que no requieren ser probados, en su numeral 2 textualmente dice: “*Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única*”; y así tenemos que corren de autos:

4.2.3.1.- En mi demanda afirmo que al 25 de julio del 2019 fui despedido intempestivamente, al respecto la demanda en su escrito de contestación que corre de fojas 259 a 266 de los autos, en el punto 3.2 letra e) al indicar textualmente que: *el fundamento que motivo la salida de la institución fue Despido Unilateral por parte del empleador;* la demandada admite que la relación laboral finalizó por despido.



4.2.3.2.- En mi demanda afirmo que al 25 de julio del 2019 en que fui despedido no se me había entregado el uniforme de trabajo correspondiente al mes de junio del 2019 constante en la cláusula trigésima novena de la Acta de Revisión del Vigésimo Primer Contrato Colectivo de Trabajo, la demanda en su escrito de contestación que corre de fojas 259 a 266 de los autos, en el punto 4.7 tercer párrafo al indicar textualmente: *cabe indicar que el proceso de uniforme de Código de Trabajo del periodo 2019 se encuentra en fase preparatoria y actualmente se está tomando la medida*; admite que no se me entregó el uniforme de trabajo correspondiente a junio del 2019.

4.2.3.3.- En mi demanda afirmo que con la demandada suscribimos el Acta de Finiquito No. 8608818ACF de fecha 27 de agosto del 2019 y la demanda en su escrito de contestación que corre de fojas 259 a 266 de los autos, en el numeral VII, punto 2.2 como prueba a su favor adjunta a su demanda la Acta de Finiquito No. 8608818ACF de fecha 27 de agosto del 2019 suscrita entre las partes, admite la existencia de la misma, la cual conforme a derecho fue anunciada, calificada y actuada por la demandada en la Audiencia Única y en la Audiencia de fundamentación de la apelación interpuesta también por la demandada.

4.2.3.4.- Consecuentemente si, en la sentencia que solicito la casación el Tribunal hubiera aplicado el artículo 163.1 del COGEP, el accionante no tenía obligación legal alguna de probar que al 25 de julio del 2019 en que finalizó la relación laboral entre las partes: fui despedido intempestivamente, que no me habían entregado el uniforme correspondiente a junio del 2019, ni la existencia de la Acta de Finiquito No. 8608818ACF de fecha 27 de agosto del 2019 que en legal y debida forma fue impugnada; lo cual **demuestra en forma lógica la FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 163.1 DEL COGEP que me absuelve de probar los hechos afirmados en mi demanda y admitidos por la demandada en su escrito de contestación**; que de haber sido aplicada por el Tribunal, se le hubiera dado una adecuada valoración de la prueba y la sentencia sería completamente diferente y no se hubiera ratificado la de primera instancia.

4.3.- SEGURIDAD JURIDICA: Por lo expuesto en el presente escrito; he probado que en la sentencia de segunda instancia dictada dentro de la presente causa, además de inmotivada, no cum-

ple con los artículos 163.1 y 164 del COGEP relacionados con la valoración de la prueba, consecuentemente no se ha respetado la seguridad jurídica prescrita en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador. [...]

6.-PETITORIO: [...] se case la sentencia subida en grado, anulando la sentencia por falta de motivación y se ordene que dentro de la presente causa en cumplimiento del artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador se aplique el numeral 1 del artículo 163 y el inciso segundo del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos.”.

4.3. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

16 Compareció Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas, a través de su procuradora judicial, manifestando:

SEGUNDO: La exposición del motivo concreto en que se fundamenta el recurso señalado y el cual fue admitido por la Corte Nacional es el siguiente:

CAUSAL NO. 4 DEL ARTÍCULO 268 DEL COGEP (NO CUMPLE REQUISITO DE MOTIVACIÓN)

“(...) 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 (...)”

Cabe indicar, que el accionante introdujo documentación bajo la figura de prueba nueva, los mismos no fueron aceptados por la Jueza A quo, ya que esa misma documentación fue presentada adjunto a la demanda en copias simples sin valor probatorio, no cumplió lo instituido en el Art. 194 del Código Orgánico General de Procesos. Por tal razón el actor convirtió su acción en improcedente, ya que no practico prueba que sostenga sus afirmaciones y solamente son simples afirmaciones lo expuesto en la audiencia de primer nivel. Por tal razón la Jueza de primer nivel dio cumplimiento a derechos constitucionales consagrados en nuestra Constitución de la República del Ecuador, como son la Seguridad Jurídica, Debido Proceso, y la Tutela Judicial efectiva.

La sentencia de fecha 18 de octubre de 2021, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, conformada por los jueces Dres. Julio Alejandro Aguayo Urgilés, Mario Alberto Blum Aguirre y

Alexandra Auxiliadora Novo Crespo, en la cual resuelven rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor y por ende confirmar la sentencia subida en grado que declaro sin lugar la demanda, ya que la misma cumple con todos los estándares Constitucionales y legales, fundamentándose principalmente en lo instituido en los Art 142 numerales 7 y 8 “(...) 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso. (...)”; además es concordante, y en el Art. 143 numerales 5 y 7 del cuerpo legal ya hecho mención “(...) 5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación. 7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. La o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio (...)”. Cabe indicar que para la presentación de la demanda deben acompañarse, los medios probatorios, anunciados y que pretende hacer valer en audiencia.

Por lo que, la sentencia de fecha 25 de octubre de 2021, dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas no incurre en el artículo 286 causal 4 del Código Orgánico General de Proceso.

V.- PROBLEMA JURÍDICO:

17. De la fundamentación efectuada por la parte demandada se desprende que el problema jurídico radica en lo siguiente:

- Determinar si en la sentencia recurrida, existe la trasgresión de preceptos de valoración de la prueba, que han sido determinantes al momento valorar el acta de finiquito y el vigésimo primer contrato colectivo de trabajo, prueba documental que no ha sido considerada por el tribunal de apelación al momento de resolver, porque el accionante no los presentó en legal y debida forma.

VI.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

18. Conforme los problemas jurídicos planteados bajo el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso, este tribunal de casación analiza:
19. Este caso contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, procede: “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.”, 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. 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 equivocadamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba.
20. El recurrente en la fundamentación de su recurso acusa dos cuestiones:
- La primera, que consiste en la falta de aplicación del artículo 164 segundo inciso² del Código Orgánico General de Procesos, ya que a decir del actor, los jueces

² Art. 164 COGEP.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

no consideraron el acta de finiquito N° 8608818ACF de 27 de agosto de 2019, suscrito entre las partes que corre a fs. 185 a 187 de los autos, prueba que fue anunciada, calificada y practicada por la parte demandada en primera instancia, desconociendo que la prueba, una vez incorporada legalmente en el proceso, no pertenece a quien la suministra, sino que es parte de todo el proceso por lo que debió ser valorada en conjunto; y,

- La segunda, la falta de aplicación del artículo 163 numeral 1³ ibídem, porque las partes no tienen la obligación de probar los hechos que han sido alegados por una de las partes y admitidos por la parte contraria, es así, que su argumento radica en que expresamente la parte demandada en la contestación a la demanda afirmó que el trabajador fue despedido intempestivamente; que al 25 de julio de 2019, no se le había entregado el uniforme de trabajo correspondiente al mes de junio de 2019, constante en la cláusula trigésima novena del acta de Revisión del Vigésimo Primer Contrato Colectivo; y, que existía el acta de finiquito N° 8608818ACF de 27 de agosto de 2019, por lo que los jueces debieron hacer una adecuada valoración de la prueba que hubiese provocado que dicten una sentencia totalmente distinta.

6.1. Falta de aplicación del artículo 164 segundo inciso del COGEP

- Para resolver el presente problema jurídico, a este tribunal de casación le corresponde analizar el contenido del fallo impugnado con respecto a la valoración de la prueba, en especial con relación al acta de finiquito y el vigésimo primer contrato colectivo, es así que tenemos:

[...] **UNDÉCIMO: OBJETO DE CONTROVERSIA** Se fijó como objeto de controversia la Impugnación del acta de finiquito, por no haberse considerado los beneficios que establecen las cláusula décima segunda y trigésima novena del contrato colectivo [...]**13.5)** En el presente caso materia de pretensión del actor es

precisamente la impugnación del acta de finiquito por no encontrarse reconocidos en el documento los beneficios constantes en el vigésimo contrato de colectivo, **pero el acta de finiquito impugnada, ni el contrato colectivo donde se indica constan los beneficios que reclama, no fueron producidos como prueba por el actor, toda vez que por ex temporánea fue rechazada por el juzgador ; y, siendo que el mismo actor a través de su abogado patrocinador reconoció que es una realidad indiscutible que por omisión de la anterior defensa técnica del actor incorporó copias simples del acta de finiquito número 8608818ACF, cuya impugnación demandaba y el contrato colectivo, el Tribunal se ve impedido analizar dichos documentos, toda vez que lo que reclama son los beneficios del contrato colectivo.** El Tribunal concuerda con el análisis del juez a quo al manifestar en su resolución “ (...) En el presente juicio, se advierte que el actor, ampara la reclamación en la demanda en la impugnación de acta de finiquito suscrita con su ex empleador de fecha 27 de agosto de 2019, y mediante este proceso reclama indemnización determinada en el artículo 452 del Código del Trabajo, y beneficios de contratación colectiva, determinadas en las cláusulas decima segunda y trigésima novena del Vigésimo Primer Contrato colectivo de Trabajo entre el H. Consejo Provincial del Guayas y el Sindicato General de Obreros del H. Consejo Provincial del Guayas. Pero llama la atención y salta a la conciencia procesal lo siguiente: NO consta incorporado a la demanda como anexos probatorios la tantas veces mencionada acta de finiquito, y el Vigésimo Primer Contrato colectivo de Trabajo entre el H. Consejo Provincial del Guayas y el Sindicato General de Obreros del H. Consejo Provincial del Guayas. Y en la audiencia **única se determinó como punto fundamental de la Litis, en determinar si al actor le asiste el derecho a los rubros, que son objeto de reclamo en este juicio**”. Y si bien no es controvertido la existencia del acta de finiquito, al reclamar rubros constantes del contrato colectivo, que a su decir no le fueron reconocidos, se tornaba indispensable incorporar el tantas veces citado contrato colectivo para determinar su alcance, y

³ **Art. 163 COGEP.- Hechos que no requieren ser probados.** No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única.

al no haberlo hecho se torna improcedente la pretensión. 13.6) El artículo 82 de la Constitución de la República prescribe que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Por lo que, se colige que los operadores de justicia deben aplicar lo establecido en el ordenamiento jurídico al emitir sus resoluciones; y en el presente caso si el actor no incorporó el contrato colectivo, mal puede el Tribunal entrar a analizar su alcance o si los beneficios constantes en el mismo le fueron o no reconocidos al actor.

DÉCIMO QUINTO: DECISIÓN: Por el mérito que prestan las consideraciones que anteceden y en aplicación de la sana crítica, este Tribunal Cuarto de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, con voto UNÁNIME RESUELVEN: **Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor y por ende confirmar la sentencia subida en grado que declaró sin lugar la demanda.**

21. Bajo este orden, tenemos que el artículo 164 del Código Orgánico General del Procesos, establece tres situaciones: la primera, que la prueba válida es aquella que fue solicitada, practicada e incorporada conforme lo determina en la ley; la segunda, que la prueba debe ser apreciada por los juzgadores en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos; y, la tercera, que el juzgador tiene la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

22. En este caso, el sustento del accionante es que los jueces debieron valorar el acta de finiquito N° 8608818ACF, que si bien, no fue una prueba admitida a la parte actora, la misma constaba en el acervo probatorio del proceso, porque fue anunciada, practicada e

incorporada al juicio por la parte demandada, por lo cual, aplicando los principios de comunidad de la prueba, señala que debió ser considerado.

23. Sobre esto, existen dos principios que rigen la actividad probatoria que deben ser tomados en consideración en este caso:

1.3.2.3. Principio de la unidad de la prueba

El juzgador debe examinar y apreciar el conjunto de pruebas, que forman una unidad, confrontarlas y apreciarlas bajo la orientación de esclarecer la verdad procesal (Art. 160164). La unidad implica una evaluación integrada de todo el material probatorio del proceso, que permitirá al juez sobre su convicción llegar a una conclusión.

1.3.2.4. Principio de la comunidad de la prueba

Si el conjunto probatorio de un proceso conforma una unidad, no puede pretenderse que las pruebas actuadas beneficien solamente a la parte que las aportó, porque la finalidad de la prueba es establecer la verdad procesal. (Art. 160164) Una de las consecuencias del principio de la comunidad de la prueba es la de que es improcedente la renuncia o desistimiento de las pruebas practicadas. **Una vez practicada la prueba, ésta le pertenece al proceso [...]**⁴ (lo resaltado nos pertenece).

24. Es así, que una vez practicada una prueba esta pasa a formar parte del proceso, es decir, forma parte del acervo probatorio, que el juzgador tiene la obligación de observar, para arribar a la verdad procesal.

25. En este caso, el tribunal de apelación en su fallo menciona que ni el acta de finiquito ni el contrato colectivo puede ser analizados por no encontrarse incorporados en el proceso en legal y debida forma, por haber sido presentados en forma extemporánea por la parte actora; olvidando que, el acta de finiquito, también fue una prueba anunciada y practicada por la parte demandada, que además fue admitida por la jueza de primera instancia, conforme consta en el acta de la audiencia única a fs. 427 a 428, donde dice: “*POR LA PARTE DEMANDADA SE ACEPTAN LOS FOLIOS [...] 185A188*”, por lo que era obligación de los



⁴ Carlos Ramirez Romero, “Apuntes sobre la Prueba en el COGEP”, Gaceta Judicial, Quito, 2017, pág. 35-36.

juzgadores de instancia analizarla y al no hacerlo, transgreden el segundo inciso del artículo 164 del COGEP. **Por lo que se acepta el cargo acusado.**

6.2. Falta de aplicación del artículo 163 numeral 1 del COGEP.

26. Con relación, el segundo punto, esto es la falta de aplicación del artículo 163 del COGEP, este se refiere a que no necesitan ser probados los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única.
27. Este tribunal observa que los hechos que se encuentran aceptados por las partes, son la existencia de la relación laboral del 1 de junio de 2002 al 25 de julio de 2019; que el actor era chofer de vehículos livianos; que el vínculo laboral concluyó por despido intempestivo; y, que su última remuneración fue de USD 650.04.
28. Sin embargo, con relación al pago de uniformes y respecto a la estabilidad pactada en el Vigésimo Primer Contrato Colectivo, es menester que exista el documento debidamente adjuntado en el proceso a fin de que los juzgadores tengan los elementos suficientes para establecer la procedencia del derecho reclamado; elemento probatorio que, de conformidad con la sentencia recurrida, no ha sido debidamente actuado.
29. Revisado el proceso tenemos que tanto la parte actora como la parte demandada en sus actos de proposición, solicitaron como prueba a su favor el Vigésimo Primer Contrato Colectivo, los cuales fueron anunciados en la audiencia única, pero que conforme consta en el audio la jueza de primera instancia en el minuto 1:27:30, al dictar el auto de admisión probatoria, respecto al anuncio de la parte actora, indica: “[...] de los folios 389 a 410 no se acepta y que corren en el cd. de fs. 411, por que corresponde a un Acta de Revisión de Vigésimo Primer Contrato Colectivo, que tampoco corresponde a prueba nueva, eso debió ser incorporado con la demanda, hasta ahí el anuncio probatorio de la parte actora [...]”, así mismo, del anuncio probatorio de la parte demandada, señala: “[...] El contrato colectivo que corre de fs. 145

a 181, no se lo admito porque está incompleto, no consta la cláusula 39 y 40 [...]”; auto que fue apelado por las partes procesales y que conforme consta en la sentencia de apelación, el tribunal resolvió:

Al respecto el Tribunal deja claro que si la pretensión del actor era precisamente la impugnación del acta de finiquito, y que se le reconozcan beneficios del contrato colectivo, debió asegurarse de presentar los documentos cumpliendo las exigencias que establece la ley, toda vez que sobre los documentos y la forma que son anunciados e incorporados, es que la parte accionada se defiende, y al contestar la demanda los accionados solicitaron se la rechace por no cumplir con los requisitos del Art. 211 del COGEP, que establece: Art. 211. Requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas. Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no han sido ordenadas judicialmente y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas...”, debiendo tener presente además que el Art. 194 ibidem nos enseña: “**Art. 194.-** Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. **Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema**”. Por ello en virtud de la normativa señalada admitir esa documentación como válida implica vulneración al debido proceso y derecho de contradicción de la contraparte, en consecuencia el Tribunal por unanimidad rechaza la apelación del auto de admisibilidad de la prueba, y se confirma lo resuelto por el juez a quo, respecto a inadmitir el acta de finiquito y el contrato colectivo, por haberla presentado de forma extemporánea, contraviniendo claras disposiciones legales que respecto al anuncio e incorporación de la prueba como se dejó indicado señala la normativa del COGEP.

30. Es decir, conforme consta del expediente el mencionado contrato colectivo, no fue actuado en legal y debida forma por lo que no formaba parte de la prueba que los jueces debían observar para establecer si existía el derecho reclamado, en tal virtud, los juzgadores no se encontraban obligados a pronunciarse respecto de los derechos reclamados

contemplados en dicho instrumento, por lo que no se acepta el cargo.

6.3. SENTENCIA DE MERITO

31. Aceptado el primer cargo, esto es la falta de aplicación del artículo 164 segundo inciso del COGEP, corresponde que los jueces al amparo del artículo 273 numeral 3⁵, entremos a valorar la prueba enmendando el yerro cometido.

32. Así tenemos, que la pretensión del señor Jhonny Alberto Real Castro, consiste en lo siguiente:

- Indemnización de un año de salario de conformidad con el artículo 455 del Código del Trabajo, por despido ilegal;
- La cláusula trigésimo novena respecto de uniformes; y,
- La cláusula décimo segunda, que establece la estabilidad de 48 meses

33. Respecto al pago de la indemnización contenida en el artículo 455 del Código del Trabajo, dicha disposición señala:

Indemnización por despido ilegal. El empleador que contraviniera la prohibición del artículo 452 de este Código, indemnizará al trabajador despedido con una suma equivalente al sueldo o salario de un año.

34. Por lo que corresponde remitirnos al artículo 452 ibídem que menciona:

Prohibición de despido.- Salvo los casos del artículo 172, el empleador no podrá despedir a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que éstos notifiquen al respectivo inspector del trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores que hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva. [...]

35. Por lo que, analizada su pretensión, tenemos que el primer punto en controversia radica en establecer si el actor, al momen-

to que tuvo lugar el despido intempestivo se encontraba amparado por la disposición contenida en el artículo 452 del Código del Trabajo, la misma que contiene una protección especial para los trabajadores cuando se inicia un proceso de constitución de un comité de empresa o sindicato en la empresa; es así que si revisamos la prueba admitida⁶, aplicando el principio de comunidad de la prueba, tenemos que a fs. 256 a 258, consta el Oficio MDT-VTE-DOL-2019-0691, de fecha 28 de junio de 2019, presentado por la parte demandada, en el cual la Viceministra de Trabajo y Empleo (s), abogada Sharian Natasha Moreno Guerrero, niega el trámite de constitución del Comité de Empresa de los trabajadores del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas, y en sus antecedentes menciona:

Con fecha 17 de mayo de 2019, mediante trámite Nro. MDT-DSG-2019-9899- ESTERNO, el señor Sócrates Benigno Bonilla Salazar, ingresó a esta Cartera de Estado, el escrito de 08 del mismo mes y año referente al trámite de constitución del COMITÉ DE EMPRESA DE LOS TRABAJADORES DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DEL GUAYAS. [...]

36. Documento del cual se desprende que efectivamente el 17 de mayo de 2019, los trabajadores del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Guayas, iniciaron un proceso de constitución de un comité de empresa tal como lo menciona, la disposición 452 del Código del Trabajo; ahora bien, cabe indicar, que dicha protección es temporal, es decir dura hasta la constitución de la primera directiva.

37. Conforme consta en el Acuerdo Ministerial N° MDT-2020-012 de 5 de febrero de 2020, con el cual se aprueba la conformación del Comité de Empresa del GADP Guayas (fs. 366 a 367), existieron varios eventos

⁵ **Art. 273 COGEP.- Sentencia.** “Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá: [...] 3. Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos. Cuando se case la sentencia por el caso previsto en el número 4 del artículo 268 de este Código, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, corregirá el error valorando correctamente la prueba que obre de autos.”

⁶ Acta de la audiencia única de fs. 427-428 del cuaderno de primera instancia.

- acontecidos en el proceso de constitución del Comité, entre los que tenemos que la solicitud de 17 de mayo de 2019, al ser negada por el órgano administrativo, los solicitantes mediante documento, ingresado el N° MDT-DSG-2019-14973-EXTERNO, apelaron de la decisión el 12 de julio de 2019.
38. Interpuesto el recurso horizontal, el acto administrativo no causó estado, es decir, no se encontraba en firme, hasta que sea resuelto el recurso de apelación propuesto.
39. De acuerdo con lo anterior se tiene, que esta estabilidad especial continuó hasta que se resolvió el recurso de apelación propuesto, que fue admitido el 03 de febrero de 2020, y declaró la nulidad del Oficio MDT-VTE-DOL-2019-0691, de fecha 28 de junio de 2019, por lo que regresó para que el órgano administrativo vuelva a conocer el trámite de constitución del comité de empresa.
40. Hasta esa fecha, la institución demandada ya había tomado la decisión unilateral de terminar la relación laboral, mediante la figura de despido intempestivo, esto es el 25 de julio de 2019, fecha en la que el trabajador aún se encontraba amparado por la protección especial otorgada en el artículo 452 del CT; por lo que, al haberse transgredido la indicada disposición, es procedente el pago indicado en el artículo 455 ibídem que consiste en el pago de un año de sueldo o salario. Esto es USD 650.04, x 12 = USD 7,800.48.
41. Revisada el acta de finiquito adjuntada al proceso de fs. 185 a 188, se evidencia, que dichos rubros no fueron contemplados en el acta de finiquito, por lo que es procedente que se ordene su pago.
42. **Respecto al pago de los uniformes del último periodo esto es el 30 de junio de 2019, de conformidad con la Cláusula Trigésima Novena del Vigésimo Primer Contrato Colectivo**, es menester indicar, que revisado el expediente, de conformidad con la prueba anunciada, practicada e incorporada al proceso, se desprende que no se encuentra admitido dicho documento como prueba por lo que no es procedente pronunciarnos respecto de un beneficio que no existe para el proceso.
43. Sin embargo, el derecho a recibir uniformes se encuentra expresamente contemplado en el artículo 42 numeral 29 del Código del

Trabajo, que dice: “Son obligaciones del empleador: [...] 29. Suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios.”; por lo que, revisado el expediente, al no existir constancia procesal de que la parte demandada cumplió con ello, se dispone su pago. Al no existir una disposición legal que determine una forma de cálculo de dicho derecho, la línea de pensamiento de esta Sala ha sido establecer el valor USD 50.00 por año, por lo que al solicitar solamente del último período, esto es 2019, se dispone que se le cancele al accionante la cantidad de USD 50.00.

44. **Acerca de la estabilidad pactada en la cláusula décima primera y décima segunda del Vigésimo Primer Contrato Colectivo**, como ya se ha mencionado en líneas precedentes, dicho documento no se encuentra admitido en legal y debida forma, por lo que es improcedente que este tribunal se pronuncie respecto de lo reclamado, por lo que se niega su pedido.

VII. 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**, casa la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, dictada el jueves 25 de octubre de 2021, las 10h39, revocando el fallo y en su lugar declara parcialmente con lugar la demanda y dispone que el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Guayas, en la forma que ha sido demandado, pague al actor Jhonny Alberto Real Castro, por concepto de indemnización por despido ilegal contenido en el artículo 455 del Código del Trabajo, el siguiente valor: **USD 650.04 x 12 = USD 7,800.48**; y, respecto de la ropa de trabajo = USD 50,00, todo lo cual da una suma de USD 7,850.48 (SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS). **Notifíquese y devuélvase.**

f) DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL** DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL** Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

El tribunal de Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, considera que el fallo impugnado, ha vulnerado el principio de valoración de la prueba, que ordena que indistintamente de quienes las aportaron, deben ser valoradas en su conjunto, es por ello, que revoca la decisión de segunda instancia y declara parcialmente con lugar la demanda.



VI

Juicio Nro. 01371-2020-01094

Fecha: lunes 13 de noviembre del 2023, las 14h11

TEMA: No se debe confundir el derecho al cuidado con el derecho a la estabilidad de las personas con discapacidad; siendo dos situaciones diferentes; pues, el derecho al cuidado sí prevé un conocimiento por parte del sujeto pasivo, en este caso del empleador.

SÍNTESIS

La Sala casa el fallo parcialmente, realizando un análisis de la normativa de la Ley Orgánica de Discapacidades LOD. No se debe confundir el derecho al cuidado con el derecho a la estabilidad; siendo dos situaciones diferentes; pues, el derecho al cuidado sí prevé un conocimiento por parte del sujeto pasivo, en este caso del empleador, para que, por ejemplo, ante un trabajador con condición de discapacidad, pueda tomar todas las medidas para evitar cualquier tipo de desmejora en su situación o brindarle un trato que asegure la igualdad material; empero, cuando la ley (art. 51 LOD) regula la estabilidad de las personas con discapacidad; no establece un requisito previo de notificación o conocimiento del empleador para que pueda exigirse este derecho. El tribunal de segunda instancia no incurrió en errónea interpretación del art. 51 de la LOD, al considerar que no es necesario que el trabajador notifique al empleador sobre su condición de discapacidad, para ser beneficiario de la indemnización prevista en la norma. El derecho a la estabilidad de las personas con discapacidad solo exige el cumplimiento de dos requisitos: (1) demostrar que fue despedido intempestivamente y (2) que se trata de una persona con discapacidad; por tanto, de darse estas dos situaciones se podrá exigir el pago de la indemnización equivalente a la mejor remuneración percibida durante el tiempo de la relación, multiplicada por 18.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01371-2020-01094

Jueza Ponente: Dra. Enma Teresita Tapia Rivera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 13 de noviembre del 2023, las 14h11. **Vistos.** – El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por las juezas Dra. Enma Tapia Rivera (jueza ponente), Dra. María Consuelo Heredia Yerovi y el juez Dr. Alejandro Arteaga García, dicta la siguiente sentencia dentro de la presente causa:

I. Antecedentes

1. La señora Miriam Catalina Bravo Hernández (en adelante actora, accionante) presentó una demanda laboral en contra de la empresa pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP, en la persona de su repre-

sentante legal (en adelante demandado, accionando, recurrente, casacionista), también se requirió que se cuente con la Procuraduría General del Estado. La accionante pretendía el pago de la indemnización por despido intempestivo, desahucio, indemnización del Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades (en adelante LOD), décima cuarta remuneración periodo 2018-2019, uniformes de año 2018 y la liquidación de vacaciones no gozadas.

2. Ante estas pretensiones, la parte accionada contestó señalando que, se admite el pago del despido intempestivo, desahucio, vacaciones hasta por sesenta días, décima cuarta remuneración; niega el pago de la indemnización del Art. 51 de la LOD y uniformes, señalando que estos últimos

ya fueron cancelados. Planteó reconvencción sobre valores concernientes a préstamos hipotecarios, exceso de pago del mes de febrero 2020 y de aportes al IESS, de los que existió aceptación por la parte actora.

3. La causa, en primera instancia, estuvo en conocimiento del juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca, quien, a través de sentencia del 04 de octubre de 2021, declaró parcialmente con lugar la demandada, ordenando el pago de la indemnización por despido intempestivo, desahucio, indemnización del Art. 51 de la LOD, décimo cuarta remuneración, sesenta días de vacaciones e intereses.
4. Al encontrarse inconforme con esta resolución, la parte demandada interpuesto recurso de apelación, únicamente sobre la indemnización del Art. 51 de la LOD, pues a su decir, no corresponde el pago de la misma. Dicho recurso de apelación fue de conocimiento del tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Azuay, quien, a través de sentencia del 17 de mayo de 2022, rechazó el recurso y confirmó la sentencia subida en grado.
5. Inconforme con esta decisión, la demandada presentó recurso de casación al amparo de los **casos segundo y quinto** del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), que llegó a conocimiento de la Dra. Liz Barrera Espin, Concejera de la Corte Nacional de Justicia, quien lo admitió a trámite.

II. Jurisdicción y Competencia

6. El presente recurso de casación se fundamenta en lo previsto en el Art. 184.1 de la Constitución de la República (en adelante “**Constitución**”); en concordancia con los Arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante “**COFJ**”), también, lo previsto en el Art. 269 del COGEP; y, particularmente, en mérito del sorteo realizado el día **10 de octubre de 2023**, lo que radicó la competencia para el conocimiento y resolución de esta causa en este tribunal de casación.
7. Dando cumplimiento a los Arts. 79 y 272 del COGEP, en concordancia con los Arts. 168.6 y 169 de la Constitución, se convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación; la misma se llevó a cabo el **día lunes 30 de octubre de 2023, a las 14h15**; y, una

vez finalizado el debate, se dio cumplimiento al Art. 273 del COGEP, emitiendo la resolución de manera oral en audiencia.

III. Validez Procesal

8. Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades legales y constitucionales, por lo que la causa se considera válida procesalmente.

IV. Fundamentos del recurso de casación

9. La empresa pública demandada, fundamentó su recurso de casación bajo los siguientes términos:

a) Alega que la sentencia de segunda instancia **carece del requisito de motivación** establecido en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, pues, a su decir, presenta el vicio de incongruencia, ya que no se da respuesta a todos los argumentos de la parte demandada y no resuelve los puntos de derecho relevantes. Primero, señala que no se resolvió sobre el argumento que realizó la demandada sobre la confusión existente entre *la condición de discapacidad* y estado de salud, situaciones diferentes que no pueden ser tomadas como iguales en relación al derecho a la intimidad y la obligación de informar sobre su condición.

Segundo, menciona que tampoco se resolvió sobre la alegación concerniente a que la accionante nunca informó sobre su condición de discapacidad, por tanto, esto imposibilitó el ejercicio de rol de cuidado de la empleadora; generando que el despido injustificado no conduzca a la indemnización del Art. 51 de la LOD; puesto que el empleador nunca tuvo conocimiento de esta condición previa a la terminación de la relación laboral.

b) Agrega que, en la sentencia de segundo nivel los jueces reconocen como verdad procesal que la señora Miriam Bravo notificó de su discapacidad cuando era ex trabajadora de ETAPA EP; pese a ello, el único argumento de los juzgadores, para otorgar la indemnización del Art. 51 de la LOD, consiste en que la notificación no es un requisito previo, pero olvidan que los *precedentes* citados en la misma sentencia expresan que la única excepción de procedencia del pago de la mentada indemnización, se da cuando el empleador demuestra que solicitó la



información sobre la discapacidad y que el trabajador la ocultó; como ocurrió en el presente caso; cuando la parte empleadora ingresó como prueba el documento de fojas 110, con el que la accionada justificó que se consultó a la ex trabajadora si poseía alguna discapacidad, y que ella contestó que no. Sin embargo, el tribunal no analiza esta situación.

- c) Así mismo, establece que la falta de motivación también se evidencia cuando el tribunal se refiere al documento de fojas 110 antes referido con el que se consultó a la ex trabajadora sobre la discapacidad determinando que en dicho instrumento no consta ninguna fecha, por lo que en aplicación al principio in dubio prooperario, no es posible considerarlo como prueba del ocultamiento. Este razonamiento evidencia que el tribunal de segunda instancia ha aplicado un principio que normalmente sirve para dilucidar respecto a la interpretación de la norma jurídica, para apreciar la prueba presentada.
- d) Con relación al **caso quinto del Art. 268 del COGEP**, la entidad recurrente afirma que se generó una **errónea interpretación del Art. 51 de la LOD**, pues se determinó que la notificación al empleador, sobre la condición de discapacidad, no es un requisito para ser beneficiario de la indemnización establecida en la mentada norma, “*[...] sin considerar el desarrollo jurisprudencial del mismo que incluía como excepción a la obligación de indemnizar si el empleador justificaba en el proceso que tomo los recaudos necesarios para conocer la situación de su trabajador (fs.110 en este juico.)[...]]*”.

V. Problemas jurídicos por resolver.

10. Para resolver los casos planteados por el recurrente, es necesario determinar los siguientes problemas jurídicos:

Caso 2: Determinar si la sentencia de segundo nivel carece del requisito de motivación establecido en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, al analizar el tema correspondiente a la indemnización del Art. 51 de la LOD.

Caso 5: ¿El tribunal de segunda instancia incurrió en errónea interpretación del Art. 51 de la LOD, al considerar que no

es necesario que el trabajador notifique al empleador sobre su condición de discapacidad, para ser beneficiario de la indemnización prevista en la norma?

VI. Análisis y resolución de los problemas jurídicos planteados.

A. Problema jurídico respecto al caso dos: Determinar si la sentencia de segundo nivel carece del requisito de motivación establecido en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, al analizar el tema correspondiente a la indemnización del Art. 51 de la LOD.

a. Consideraciones sobre el caso dos del Art. 268 del COGEP.

11. El caso segundo del Art. 268 del COGEP, está relacionado a los requisitos que la Constitución y la ley establecen para la validez de una sentencia y a la existencia de decisiones contradictorias o incompatibles en la resolución. Uno de los requisitos esenciales de una sentencia es la motivación. La motivación obliga al órgano jurisdiccional a señalar las disposiciones normativas o principios jurídicos que sustentan su fallo y la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico. La premisa mayor está compuesta por las normas generales y abstractas mientras que la premisa menor está compuesta por los elementos fácticos del caso. Los hechos probados se subsumen en el supuesto de hecho de la disposición para inferir la consecuencia jurídica prevista en la norma a manera de conclusión.
12. La segunda parte de la causal se refiere a la existencia de decisiones contradictorias o incompatibles en la parte dispositiva de la sentencia que es la conclusión del silogismo jurídico. En esta línea, la actual Corte Constitucional del Ecuador recientemente emitió un precedente jurisprudencial obligatorio, en la sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, denominada “Caso garantía de la motivación”, en la cual el órgano constitucional explícitamente se aleja del test de motivación que encasilla únicamente los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, para dar lugar y aclarar pautas de cómo debe entenderse realmente la motivación de una resolución judicial, misma que debe incluir un criterio rector y toda la argumentación jurídica que debe

tener una estructura mínimamente completa.

13. De igual forma, ha desarrollado tipos de deficiencias motivacionales, que derivan del incumplimiento de dicho criterio rector, entre las que consta: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia, emergiendo de esta última, vicios como la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia y la incomprendibilidad. Este criterio jurisprudencial, será recogido por este Tribunal de casación para resolver el presente caso, así como los demás casos venideros en los que se deba analizar y resolver la motivación de las resoluciones emitidas por los tribunales de alzada.

b. Sentencia de segundo nivel

14. Para dilucidar la presencia de los yerros alegados por el recurrente en cuanto a la motivación, se estudiará la sentencia de manera íntegra, poniendo énfasis en los puntos recalcados por el accionante en su recurso de casación:

6.4. Sobre la estabilidad laboral contemplada en la Ley Orgánica de Discapacidades. [...] **Ha quedado comprobado conforme a derecho la existencia del despido injustificado sufrido por la accionante. Ahora pasaremos a analizar la procedencia del pago de este rubro acorde a la verdad procesal. La discapacidad, como lo define el Art. 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, es una deficiencia permanente en, al menos, un 30% de su capacidad para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, cuyo porcentaje debe ser calificado por la autoridad sanitaria nacional.** El hecho concreto es que la parte empleadora, ETAPA E.P., afirma que la trabajadora actora de esta causa no dio a conocer a su empleador de esta condición, sino hasta después que esta E.P. terminó la relación laboral de forma unilateral, esto es, el 07 de agosto de 2019, a las 16h00, momento en que ella presentó un comunicado al que adjuntó su carnet de discapacidad física (Fj. 107) emitido por el CONADIS, el 05 de septiembre del año 2012, de donde se desprende el porcentaje de la misma (30%). [...] De lo expuesto se colige que el documento se encuentra vigente, hasta la presente fecha.

Para casos análogos al presente, la Corte Nacional de Justicia, ha realizado los siguientes análisis:

Juicio No. 17331-2016-2717. Sentencia de fecha 02 de octubre de 2018, las 16h52:

“Ahora bien, como se puede observar, la disposición en cita, para la procedencia de la indemnización por estabilidad especial, no contempla requisito de notificación al empleador sobre la situación de discapacidad, por tanto, de acuerdo a una interpretación pro homine y de favorabilidad para el ejercicio de los derechos de las personas, el quehacer jurisdiccional no puede crear barreras ahí donde la Constitución ni la ley lo han hecho. La interpretación que pretende el casacionista, implica crear un requisito no establecido en la Constitución ni en ley, y por tanto, resulta improcedente. Exigir requisitos no previstos en la Constitución o en la ley atenta contra los principios de aplicación de los derechos (Art. 11 núm. 3, 4, 5, 6 y 8 CRE).

Aunado a esto, se debe manifestar que para la procedencia de la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no se ha exigido requisito previo de notificación de la situación de discapacidad del trabajador hacia su empleador; esto por una simple razón, si una persona en situación de discapacidad inicia una relación laboral a propósito de la inclusión laboral de que trata la referida ley orgánica, es evidente que esa persona consta en los registros del empleador como un trabajador en situación de discapacidad, máxime que como en el presente caso, la condición de discapacidad de la accionante (año 2010) es anterior al inicio de la relación laboral (año 2012).” (Énfasis me pertenece)

Juicio No. 09359-2018-03025. Sentencia de fecha 22 de julio del 2021, las 10h51.

“Es decir, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no contempla como requisito para acceder a la indemnización ahí prevista, que el empleador sea notificado formal y directamente sobre el hecho de la situación de discapacidad por iniciativa propia del trabajador, pues ante las circunstancias y la situación de desigualdad en la que se encuentra este último, es el empleador quien debe instaurar los procesos internos necesarios con el propósito de procurar obtener información suficiente de sus trabajadores, relacionada con su situación de discapacidad. En todo caso, en un proceso judicial deberá ser el empleador quien demuestre que, a pesar de haber solicitado información al respecto, fue el trabajador quien la ocultó o impidió que el empleador acceda a ella, siendo



por tanto obligación del empleador valerse de los medios adecuados para informarse sobre sus trabajadores.” (Énfasis me pertenece)

Juicio No. 17371-2018-04858. Sentencia de fecha 14 de enero del 2021, las 08h49.

“Es decir, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no contempla como requisito para acceder a la indemnización ahí prevista, que el empleador sea notificado por iniciativa del trabajador formal y directamente sobre el hecho de que tiene a su cargo la manutención de una persona (su hijo) en situación de discapacidad, pues ante las circunstancias y la situación de desigualdad en la que se encuentran los trabajadores, es el empleador quien debe procurar obtener información suficiente de aquellos, como es el hecho de dependientes en situación de discapacidad. En todo caso, en un proceso judicial deberá ser el empleador quien demuestre que, a pesar de haber solicitado información al respecto, fue el trabajador quien la ocultó o impidió que el empleador acceda a ella, siendo por tanto obligación del empleador valerse de los medios adecuados para informarse sobre las cargas de sus trabajadores. En razón de lo dicho, la sentencia impugnada por la actora y recurrente infringe por errónea interpretación la disposición en mención, al generar presupuestos aislados de los que se encuentran previstos en ella.” (Énfasis me pertenece)

En resumen, de la natural lectura del Art. 51 de Ley Orgánica de Discapacidades, la garantía del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador implica la constatación de los siguientes presupuestos: (i) que el trabajador presente alguna discapacidad, deficiencia o condición discapacitante, entendiéndose como tales una limitación física, sensorial o psíquica; y, (ii) que se lo haya despedido de forma injustificada.

Por los antecedentes expuestos, y a la luz de los fallos transcritos en líneas anteriores, **este Tribunal considera que la notificación al empleador respecto de la discapacidad del trabajador no es un elemento necesario, ni requisito previo, a efectos de obtener el beneficio contemplado en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.** El legislador ha previsto que la indemnización procede siempre que la terminación de la relación laboral se produzca de manera injustificada o arbitraria, todo lo cual, en los casos que así lo ameriten, esta norma no quita el derecho a la parte empleadora

de terminar la relación laboral por razones justificadas y legales, evento en el que la indemnización no procedería.

En la especie, **tampoco se ha acreditado del proceso que la trabajadora haya “ocultado” su condición de discapacidad, sino que, en efecto, el empleador no actuó con la prolijidad debida para informarse de las condiciones particulares de sus trabajadores, como lo establece el “Reglamento Interno de Administración del Talento Humano para los Servidores de Carrera, Contratados y libre Remoción...”**, en el Art. 94 literal i) que dispone a la Subgerencia de Gestión de Talento Humano mantendrá actualizada la información de talento humano referente: “i) Nómina de personas con discapacidad...” . Si bien a fojas 110 de los autos obra el Formulario de Actualización de Datos del Personal, (único realizado en 9 años de relación laboral) en donde se señala que la entonces trabajadora, no tenía discapacidad alguna, dicho documento no tiene fecha, por lo que se genera duda respecto del momento de su elaboración y, dado que la duda le favorece al trabajador, no es posible considerarlo como prueba del ocultamiento, por cuanto la relación laboral con la accionante inició el 10 de agosto del año 2010, fecha en la que, el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades, establecía que se considera persona con discapacidad a aquella que posea un porcentaje del 40% o más; y, la condición de la hoy actora fue certificada en el año 2012, como así se estableció en la prueba para mejor resolver remitida por el Ministerio de Salud Pública constante a fs. 24 del cuaderno de segunda instancia. Se ha probado en autos que la discapacidad de la actora llega al 30%, por lo que, a la fecha de emisión del carnet, no era considerada como persona con discapacidad. La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del porcentaje que refería el artículo 1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades (40%), disminuyéndolo a un 30%, mediante sentencia N.º 017-17-SIN-CC, dictada dentro del CASO N.º 0071-15-IN, de fecha 17 de junio de 2017. [...]

Con el análisis efectuado queda de manifiesto que, **en el presente caso, está**

demostrado el despido intempestivo y la condición discapacitante de la extrabajadora, por lo que es procedente el pago de la indemnización del Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. [...]

c. Resolución del primer problema jurídico

15. De la resolución emitida por el tribunal de segunda instancia, corresponde revisar si ésta cumple con los criterios de motivación establecidos en la sentencia No. 1158-17-EP/21 emitida por la Corte Constitucional; resolución que se aleja del anterior test de motivación, y ahora, fija pautas jurisprudenciales sobre la motivación.

16. En primer lugar, se observa que la sentencia de segunda instancia contiene los elementos establecidos en los Arts. 90 y 95 del COGEP, como son: la mención de la o del juzgador que la pronuncie, la fecha y lugar de su emisión, la identificación de las partes, la enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado, la relación de los hechos probados relevantes para la resolución y la decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto; por lo que, aparentemente, la sentencia mantiene una estructura adecuada según la norma.

17. En un segundo momento, se procede a revisar que el criterio rector determinado por el tribunal de apelación es: dilucidar la procedencia de la indemnización correspondiente a la estabilidad laboral, establecida en el Art. 51 de la LOD; es decir, se cumple con fijar un punto central de controversia que debe ser resuelto a lo largo de la sentencia.

18. Para resolver el objeto de litigio, el tribunal de segundo nivel estableció como hechos fijados que: (1) la accionante fue desvinculada de su puesto de trabajo de forma unilateral e injustificada por parte de ETAPA EP, y (2) que la actora tiene una discapacidad del 30%, según se desprende del carnet del CONADIS adjunto al proceso, que fue otorgado en el año 2012 y se encuentra vigente; siendo las condiciones para que se pueda aplicar el Art. 51 de la LOD.

19. Para esclarecer si corresponde o no el pago de la indemnización dispuesta en el Art. 51 de la LOD, el tribunal de apelación realiza las siguientes consideraciones:

a) Cita sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia y reflexiona sobre la

natural lectura del Art. 51 de la LOD, mencionando que, la notificación al empleador respecto a la discapacidad del trabajador no es un elemento necesario ni requisito previo para obtener el beneficio de la indemnización constante en el precepto jurídico señalado.

b) Continúa revisando respecto a la alegación de que la accionante fue la que ocultó su condición de discapacidad al empleador, llegando a la solución de que no se produjo esta situación, sino más bien, que el empleador no actuó con la prolijidad debida para informarse sobre las particularidades de los trabajadores; puesto que, para probar este fundamento de la parte demanda, se adjuntó un solo documento denominado “*Nómina de personas con discapacidad*” (fj.110), donde consta que la trabajadora no había declarado tener ningún tipo de discapacidad; empero, al no establecerse una fecha en el mentado documento, y no presentarse otra prueba que respalde este argumento, existe duda sobre el momento cuando la accionante señaló no tener ninguna discapacidad, tomando en cuenta que la relación laboral duró 9 años, iniciando desde el 2010 y que al momento de comenzar, la ex trabajadora no poseía el carnet de discapacidad, que fue otorgado posteriormente, en el año 2012; por lo que, al amparo del principio in dubio pro operario, la prueba se ha revisado desde el punto de vista del derecho social, y en virtud de la duda existente, a favor de la parte trabajadora.

20. De lo narrado se desprende que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay se centró en analizar respecto al derecho establecido en el Art. 51 de la LOD, centrando su análisis en que no es un requisito previo haber notificado al empleador respecto a la condición de discapacidad. Posteriormente, se ha analizado respecto al supuesto ocultamiento de la condición de discapacidad por parte de la extrabajadora.

21. Sin embargo, de la lectura conjunta de la sentencia de segundo nivel, no se observa que el tribunal de segundo nivel haya tratado el alegato de la parte demandada que tiene que ver con el derecho a la intimidad y



la diferencia entre la condición de discapacidad y el estado de salud. Así como tampoco se observa que se hayan pronunciado sobre cuando inicia el rol de cuidador del empleador ante un trabajador en condición de discapacidad y si tiene incidencia el momento de notificación para que nazca el mismo; siendo fundamentos presentados por la parte demandada para justificar las razones por las que no debe ordenarse el pago de la indemnización del Art. 51 de la LOD.

22. Siendo así, estos fueron argumentos emitidos por la entidad demandada, cumplen con ser relevantes, según lo dispuesto en la Sentencia Nro. 1158-17-EP/21, que determina que [...] *los argumentos de las partes son especialmente relevantes cuando apuntan a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador.*”; y por tanto, debían ser considerados y analizados por parte de los jueces de apelación, y al no hacerlo, recaen en el vicio de incongruencia entre las partes, conceptualizado como la deficiencia motivacional en la que los juzgadores omiten resolver los argumentos de las partes procesales.
23. También es importante señalar, que, el principio constitucional de favorabilidad para el trabajador está directamente relacionado y debe aplicarse cuando exista una duda razonable sobre la aplicación de preceptos normativos; es decir, en caso de presentarse una incertidumbre sobre qué norma que se debe aplicar o el sentido en el que debe entenderse un articulado, entonces, el juzgador tiene la obligación de aplicarlo en el sentido que más beneficie a la parte trabajadora. Pero este principio **no puede** ser utilizado para examinar prueba. Al hacerlo, el tribunal de segunda instancia recae una incoherencia jurídica, que se genera cuando no se explica la pertinencia de la aplicación de las normas o principios constitucionales, según los antecedentes fijados.
24. Por las consideraciones expuestas, este tribunal considera que la sentencia de segunda instancia contiene vicios motivacionales de incongruencia e incoherencia; por lo que, acepta el cargo alegado por el caso segundo del Art. 268 del COGEP.
25. Al haberse aceptado el recurso por el caso segundo, resulta inoficioso realizar un análisis del caso quinto del Art. 268 del COGEP.

VII. Sentencia de Mérito

26. En amparo a lo establecido en el Art. 4 de la Resolución 072017 emitida por la Corte Nacional de Justicia que determina que, una vez casada la sentencia por falta de motivación, el Tribunal de la Sala Especializada de Casación dictará sentencia debidamente motivada.

a) Punto de debate

27. Este tribunal debe establecer que la presente sentencia de mérito solamente revisará aquellas circunstancias que han sido impugnadas en el recurso de casación y las que deriven de ello. Por consiguiente, al haber sido admitido por las partes procesales la existencia de la relación laboral, el tiempo de servicios, la forma de terminación de la relación laboral, la condición de discapacidad de la actora y que la notificación de dicha discapacidad se generó después de que terminó la relación laboral, estos puntos no serán materia de litigio.
28. El punto de debate se centrará en determinar si corresponde que la ex trabajadora reciba la indemnización por estabilidad fijada en el Art. 51 de la LOD, a pesar de que no notificó de su condición de discapacidad mientras duró la relación laboral.

b) Resolución del punto central de debate

29. Es necesario precisar que la discapacidad es una condición humana, que al mismo tiempo es un producto de construcciones sociales, y no una enfermedad; por lo que, inicialmente corresponde analizar si la situación de discapacidad es un hecho que debe ser reconocido y/o avalado por el empleador para su existencia, y a su vez, determinar inclusive si es un hecho que deber ser comunicado al empleador como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, disposición que establece una garantía de estabilidad laboral reforzada para personas en situación de discapacidad; es decir, afianza el derecho de estabilidad laboral ya previsto en el Art. 14 del Código del Trabajo.
30. La disposición en referencia se constituye como un complemento de importante desarrollo de los Arts. 11 numeral 2, 47 numeral 5 y 330 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su orden establecen: prohibición de discriminación por condición de discapacidad; la garantía de acceso al trabajo de personas en situación de

discapacidad en igualdad de condiciones y de manera remunerada en igual trato que a otras personas trabajadoras que ejecuten la misma actividad.

31. Por su parte, el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades establece:

Art. 51. Estabilidad laboral. Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho

(18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. [...]

32. El primer inciso, contempla –como ya se manifestó la garantía de estabilidad reforzada; el segundo inciso, prevé a su vez, una indemnización por la vulneración de esa garantía. Se debe precisar, que el legislador ha advertido que la indemnización procede siempre que la terminación de la relación laboral sea de carácter injustificado o arbitrario; esto significa, que una relación laboral entre una persona empleadora –natural o jurídica y una persona trabajadora en situación de discapacidad, puede terminarse por razones justificadas y legales, caso en el que, como es obvio, la indemnización no procedería.

33. No está en discusión, ni forma parte del objeto del presente recurso de casación, que la relación laboral terminó por un despido injustificado, que ha sido reconocido como forma de terminación de la relación laboral en la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, y a su vez, tampoco ha sido motivo de impugnación por parte de los sujetos procesales ni el casacionista.

34. Ahora bien, como se puede observar, la disposición en cita, para la procedencia de la indemnización por estabilidad especial, no contempla requisito de reconocimiento del empleador o notificación al empleador sobre la situación de discapacidad, por tanto, de acuerdo a una interpretación *pro homine* y de favorabilidad para el ejercicio de los derechos de las personas, el quehacer jurisdiccional no puede crear barreras ahí donde la Constitución ni la ley lo han hecho. La

interpretación realizada por el casacionista implica crear un requisito no establecido en la Constitución ni en ley, y, por tanto, resulta improcedente. Exigir requisitos no previstos en la Constitución o en la ley atenta contra los principios de aplicación de los derechos (Art. 11 numerales 3, 4, 5, 6 y 8 Constitución de la República).

35. En otras palabras, el requisito de reconocimiento y/o notificación al empleador no consta previsto en la ley, por tanto, además de un ejercicio hermenéutico de favorabilidad ya analizado, por el propio postulado constitucional de seguridad jurídica, no se podrían aplicar requisitos no determinados; pues si existe una norma clara, previa, pública y conocida en la que no se exige el requisito de reconocimiento y/o notificación, entonces, por el principio de seguridad jurídica, no se puede adicionar una condición a lo establecido con anterioridad.

36. Finalmente, en el presente caso, a la fecha de inicio de la relación laboral, el 10 de agosto de 2010, la accionante no tenía carnet de discapacidad; empero, a partir del 5 de septiembre de 2012, hasta la terminación de la relación laboral – 07 de agosto de 2019, contó con dicho documento; consecuentemente, no existe duda de que al momento en que se generó el despido injustificado, la señora Miriam Catalina Bravo Hernández, ya mantenía esta condición, estando debidamente acreditada con el documento habilitante para el efecto conforme se establece en la sentencia de apelación, y en cumplimiento de los Arts. 3 al 6 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades; por tanto, sin importar cuándo haya notificado la actora sobre su estado de discapacidad, se acreditó que durante la relación laboral y al momento que terminó la misma, ella padecía de esta situación; en consecuencia aplica ordenar lo dispuesto en el Art. 51 de la LOD.

37. Es importante mencionar lo que ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia Nro. 689-19-EP/20; en la que establece lo siguiente:

45. En consecuencia, es evidente que SECOM sí tenía conocimiento de la situación del accionante. Pero **aún si el certificado de sustituto no constaba en su expediente, la atención prioritaria y los derechos**



previstos en la Constitución para este grupo vulnerable son anteriores y deben ser respetados aún sin actos estatales como la expedición de un certificado. Es decir, la existencia del certificado, que es simplemente declarativo, constituye un medio de acreditación que obedece únicamente al reconocimiento de los derechos del accionante, mas no es un requisito constitutivo para el otorgamiento y ejercicio de sus derechos como miembro de un grupo de atención prioritaria. **Esto sin perjuicio de que su obtención sea necesaria para constancia y acreditación de su condición, lo cual garantiza a su vez el pleno ejercicio de sus derechos.**

38. Con esta resolución la Corte Constitucional confirma que no existe la necesidad de que la persona con discapacidad cuente con un certificado que acredite esta situación para hacer valer sus derechos; por lo que, menos aún, se podría exigir que el empleador conozca de esta situación para que el trabajador pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes y acceder a su derecho a la estabilidad laboral.

39. Respecto al alegato de la parte demandada que tiene que ver con el derecho a la intimidad y la diferencia entre la condición de discapacidad y el estado de salud, este tribunal analiza lo siguiente.

40. La Corte Constitucional en la sentencia Nro. 3-19-JP/20 y acumulados, que si bien está encaminada a resolver causas donde las accionantes son mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, también ha desarrollado el derecho al cuidado de forma general, señala lo siguiente:

114. El derecho al cuidado es un derecho universal. En consecuencia, no cabe una concepción que restrinja el derecho exclusivamente a las personas que no gocen de la autonomía suficiente para cuidarse por sí mismas, como podrían ser las personas recién nacidas, los adultos mayores, ciertas personas enfermas o con discapacidad. Tampoco se trata de un derecho particularísimo de las mujeres sino de cada persona. [...]

115. El cuidado alude a una necesidad humana, ya que todas las personas necesitan cuidados de otros a lo largo del ciclo vital. Sin embargo, se reconoce que hay períodos en que estas necesidades son más imprescindibles para la sobrevivencia, sobre todo al

comienzo y al final de la vida, aunque a lo largo de toda la vida se necesita de cuidados cotidianos frente a situaciones que podrían producir limitaciones a la autonomía.

41. Siendo así se puede establecer que el derecho al cuidado es un derecho intrínseco de todas las personas, en las que se incluyen a aquellas que tienen ciertas características especiales, como las personas enfermas, con discapacidad, embarazadas, adultos mayores, etc.

42. Continúa la sentencia antes mencionada estableciendo:

119. Un derecho reconocido, como en el presente caso el derecho al cuidado, permite a una persona o grupo de personas hacer o no hacer algo, y reclamar a terceros (funcionarios públicos o particulares) que hagan o no hagan algo. [...] El derecho otorga poder a su titular y condiciona o restringe el accionar de la persona o entidad obligada, sea estatal o privada. Finalmente, el reconocimiento de un derecho permite a su titular, cuando considera que éste se ha violado, reclamarlo judicialmente vía mecanismos de protección de derechos (garantías jurisdiccionales). [...]

122. Las obligaciones positivas exigen que la persona, entidad o el Estado ofrezcan las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho al cuidado, [...] Las obligaciones negativas exigen que las personas se abstengan de obstaculizar el ejercicio del derecho al cuidado [...]

43. En otras palabras, el derecho al cuidado permite a la persona exigir de terceros ciertas obligaciones positivas y negativas para el normal desenvolvimiento en razón de una situación o condición específica por la que esté pasando la persona.

44. Ante ello, se podría señalar que, para que la persona pueda ejercer su derecho al cuidado, y exigir esto de un tercero – como por ejemplo del empleador, el tercero deberá tener un conocimiento de esta exigencia o necesidad; pues de lo contrario, mal podrían activarse los mecanismos necesarios para proteger y cuidar a la persona.

45. Ahora bien, para el caso presente, no se debe confundir el derecho al cuidado con el derecho a la estabilidad; siendo dos situaciones diferentes; pues, como se desprende de la sentencia antes analizada, el derecho al cuidado sí prevé un conocimiento por

parte del sujeto pasivo, en este caso del empleador, para que, por ejemplo, ante un trabajador con condición de discapacidad, pueda tomar todas las medidas para evitar cualquier tipo de desmejora en su situación o brindarle un trato que asegure la igualdad material; empero, cuando la ley (Art. 51 LOD) regula la estabilidad de las personas con discapacidad; no establece un requisito previo de notificación o conocimiento del empleador para que pueda exigirse este derecho, como ya se analizó anteriormente de forma exhaustiva.

46. En conclusión, para que la persona con discapacidad exija el cumplimiento del derecho al cuidado, es necesario que el empleador conozca de su condición; empero, para que reclamar el derecho a la estabilidad, no es obligatorio que exista una notificación o conocimiento del empleador sobre la situación de discapacidad.

47. Por las consideraciones expresada en la sentencia de mérito, este tribunal concluye que la accionante tiene derecho al pago del Art. 51 de la LOD.

VIII. Decisión

48. Por los argumentos expresados en la presente sentencia, esta 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 plasmados en esta sentencia, casa el fallo dictado por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Azuay; cambiando únicamente la parte motiva de la decisión, manteniendo la parte resolutive en la que se confirma el fallo de primer nivel, respecto a los valores ordenados a pagar por la indemnización por despido intempestivo, bonificación por desahucio e indemnización del Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL (PONENTE)**. DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA **JUEZ NACIONAL**. DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL**.
Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

El derecho a la estabilidad de las personas con discapacidad solo exige el cumplimiento de dos requisitos: (1) demostrar que fue despido intempestivamente y (2) que se trata de una persona con discapacidad; por tanto, de darse estas dos situaciones se podrá exigir el pago de la indemnización equivalente a la mejor remuneración percibida durante el tiempo de la relación, multiplicada por 18.

VII

Juicio Nro. 01371-2020-01238

Fecha: miércoles 15 de noviembre del 2023, las 16h55

TEMA: Valoración de la prueba testimonial para el pago de remuneraciones complementarias.

SÍNTESIS

La actora en su demanda al pretender acceder al pago de la jornada suplementaria, complementaria y nocturna, presente caso, la prueba testimonial presentada no es suficiente ni pertinente para demostrar este derecho.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01371-2020-01238

Juez Ponente: Dr. Alejandro Magno Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 15 de noviembre del 2023, las 16h55. **VISTOS:** El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, competente para conocer el presente proceso se encuentra conformado por: el doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional Ponente; la doctora, María Consuelo Heredia, Jueza Nacional; y la doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional, quienes dictan sentencia en la causa N° 013712020 01238:

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

- 1.1. En la demanda presentada por Carmen Berenize Loja Berdugo y Brandon José Monteros Bohórquez en contra de Asociación Nacional Aldeas Infantiles SOS Ecuador, representada por Carlos Julio Guillermo Basantes en calidad de presidente y representante legal; solicitan se les cancele los rubros correspondientes a: horas extraordinarias, horas suplementarias y horas laboradas en jornadas nocturnas, decimotercera remuneración, costas procesales y honorarios de su defensa.
- 1.2. El juzgador de la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca, en decisión de 20 de septiembre de 2021, a las 09h47, resuelve declarar sin lugar la demanda presentada por los actores.
- 1.3. Inconforme con esta decisión la parte actora presenta recurso de apelación, por tanto, se remitió el proceso para su conocimiento y resolución, a la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- 1.4. El tribunal de Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en sentencia de mayoría de fecha 08 de febrero de

2022, a las 13h56, acepta el recurso de apelación interpuesto por la señora Carmen Bernize Loja Berdugo, y por ende, revoca la sentencia subida en grado y declara con lugar la demanda.

- 1.5. En virtud de la resolución emitida, la parte demandada interpone recurso de casación, señalando falta de aplicación del Art. 169 del Código Orgánico General de Procesos y del Art. 55 del Código del Trabajo; al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP.

- 1.6. En auto de 29 de agosto de 2022, las 15h10, la señora doctora María Gabriela Mier, Conjueza Nacional, admite a trámite el recurso de casación planteado.

- 1.7. Sorteado el tribunal de casación, se instaló la audiencia de fundamentación del recurso de casación el 17 de octubre de 2023, a las 15h30; y, la reinstalación el lunes 30 de octubre de 2023, a las 08h30, encontrándose en estado de motivar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

- 2.1. 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 los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 022021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por los sorteos de ley que obran a fs. 8 del cuaderno de casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

- 3.1. De la revisión del expediente, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o

violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. 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 el COGEP. 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 personas¹.

4.2. 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.

4.3. FUNDAMENTO DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA: La parte accionante fundamenta su recurso bajo los siguientes cargos:

(...) Brevemente cabe señalar como antecedente, que el presente recurso de casación deviene del juicio laboral No. 01371202001238, planteado de manera conjunta por Carmen Berenize Loja Berdugo y Brandon Jose Monteros Bohorques, quienes en su demanda expusieron como pretensión el pago de horas suplementarias, extraordinarias, jornada nocturna, diferencias de decimotercera remuneración,

en consecuencia, la diferencia del valor pagado por concepto de despido intempestivo; por su parte, la demandada a través, del señor **CARLOS JULIO GUILLERMO BASANTES**, presidente y representante legal de “Aldeas Infantiles SOS Ecuador”, alegó la negativa ante estas pretensiones de la parte actora (...) Por medio del presente Recurso de Casación se está determinando la violación de un precepto valorativo de prueba, a través de una norma procesal como lo es el Art. 169 del Código Orgánico General de Procesos, NO se busca bajo ningún parámetro que se realice una nueva valoración de la prueba por medio del presente recurso (...) **ABOGADO** El yerro en la valoración probatoria se da cuando no se valoran los medios de prueba en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica conforme el Art. 164 párrafo segundo del COGEP, lo cual es requisito indispensable para la decisión de la causa. La parte demandada, al exponer en su contestación la negativa simple respecto al pago de horas extraordinarias, suplementarias y Jornada nocturna exigidas en la demanda, obligó a la parte actora a probar los hechos por ella propuestos afirmativamente, sin embargo, de lo anterior se puede concluir, que los juzgadores de instancia, en su exclusiva potestad de apreciar y valorar la prueba, reconocieron que sus aportes probatorios (testimonios y declaración de parte) no ratificaron sus afirmaciones. Constituye deber primordial de los Juzgadores de instancia velar por el respeto y prevalencia del principio de legalidad y, como consecuencia, de la seguridad jurídica, en este sentido, correspondía al juzgador aplicar la norma del Art. 169 del Código Orgánico General de Procesos (...) Es decir, aunque existe norma procesal expresa, tanto Juzgador de primera como de segunda instancia imponen la carga probatoria a la parte demandada, cuando respectivamente, el primero manifiesta y el segundo ratifica la siguiente idea respecto a las horas extraordinarias, suplementarias y jornada nocturna (...) En el caso concreto, la demandada “Aldeas Infantiles S.O.S Ecuador” no generó una jornada de trabajo que exceda a la permitida por la ley para con

¹ Luis Armando Tolosa Villabona, “Teoría y Técnica de la Casación”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá- Colombia, 2008, pág. 13

la parte actora, al no existir dicha jornada suplementaria, extraordinaria o de jornada nocturna la pretensión de la actora respecto al pago de dichas jornadas no proceden, salvo si éstas eran efectivamente existentes y probadas en juicio, lo cual no se ha comprobado, según los propios juzgadores tanto de primera y segunda instancia no se logró demostrar fehacientemente para calcular las mismas y no vulnerar derechos. Por lógica, si los juzgadores de instancia al evaluar la prueba de manera global y con la sana crítica conforme dicta la norma debieron determinar que la actora no probó efectivamente las horas extraordinarias, suplementarias y de jornada nocturna, correspondía aplicar en el fallo la norma jurídica del Art. 169 del COGEP, que expresamente obliga al actor a probar sus proposiciones afirmativas frente a la negativa simple o absoluta de la demandada, con lo cual, a falta de prueba, ineludiblemente le correspondía también aplicar las normas sustantivas del artículo 55 del Código del Trabajo que reconocen la jornada prolongada de trabajo, sin embargo esto no ocurrió, pues, la falta de aplicación de la norma procesal supra hizo que los Juzgadores pasen directamente a liquidar la totalidad de horas suplementarias y extraordinarias invocadas en la demanda pero no probadas, error de derecho de la sentencia impugnada que me ocasionó agravio, mismo que debe ser reparado por Ustedes señores jueces nacionales (...).

44 RÉPLICA DE LA PARTE ACTORA: En los términos del Acta Resumen de la Audiencia de Casación constante en el proceso, en lo principal comparece la defensa técnica de la actora, quien expone:

“ EN RELACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LA CONTRAPARTE SOSTIENE QUE ÚNICAMENTE SE HA MENCIONADO UNA NORMA LA CARGA DE LA PRUEBA SIN QUE ESO CONSTITUYA FUNDAMENTACIÓN ALGUNA, ADEMÁS INDICA QUE LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDIÓ A LA PARTE ACTORA Y ES COMO SE ANALIZA EN LA DECISIÓN DE APELACIÓN. SEÑALA QUE LA PRUEBA TESTIMONIAL CONTENTIVA EN DECLARACIONES DE TRES TESTIGAS Y DE LA TRABAJADORA DIE-

RON CUENTA DE LOS TURNOS ROTATIVOS DE LAS CUIDADORAS, QUIENES TRABAJAN DE 7 AM A 7 PM. Y POR LUEGO INGRESAN OTRAS TRABAJADORAS DE 7 PM. A 7 DE LA MAÑANA; Y, DE IGUAL MANERA, UN FIN DE SEMANA SI Y OTRO NO. SOLICITA QUE SE RECHACE EL RECURSO INTERPUESTO Y NO SE CASE LA SENTENCIA RECURRIDA.” (SIC)

IV.1. PROBLEMA JURÍDICO:

5.1. De la fundamentación efectuada por las partes se desprende que los problemas jurídicos radican en:

1. Verificar si existe falta de aplicación del artículo 169 del COGEP, al momento de valorar la prueba testimonial para determinar si la actora tiene derecho al pago de horas extraordinarias, suplementarias y jornada nocturna.

IV.2. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

- a. SOBRE EL CASO CUARTO.** – Este caso procede: “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.”, 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 valoración 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. 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 equivocadamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba.

- b. La recurrente, al fundamentar su recurso en base a esta causal señala que se ha producido una falta de aplicación del artículo 169 del COGEP, al momento de valorar la prueba testimonial de la parte actora.
- c. La recurrente plantea que existe error en la valoración de la prueba en el testimonio de los testigos: Nancy Lucía Brito Tenesaca, Ana Lucía Morocho Pintado y Aida Piedad Paidá Coraiza.
- d. Tanto en la fundamentación oral como escrita del recurso de casación, indica la recurrente que los testigos son referenciales, pues no han estado en el mismo espacio físico de la actora, por lo que su testimonio no serviría para demostrar la jornada suplementaria, extraordinaria y nocturna.
- e. En la sentencia de mayoría de la Corte Provincial se encuentra que en el considerando “ 5.3. EL TRIBUNAL EN BASE DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES HACE EL SIGUIENTE ANALISIS RESPECTO A LA APELACIÓN DE LOS ACTORES” , los jueces Ad quem analizan que los testimonios aportados justifican el horario de trabajo indicado por la actora en la demanda, califica a los testimonios de congruentes, unívocos y concordantes.
- f. Frente a esto, este tribunal de casación revisa las declaraciones de cada uno de los testigos; y, en cuanto al testimonio de Nancy Brito Tenesaca (minuto 1:56 audiencia única), en el contrainterrogatorio realizado por el abogado de la parte demandada esta testigo declara:

Abogado: Estimada psicóloga, un favor. Usted nos ha señalado que fue coordinador de proyectos, coordinadora técnica y psicóloga, ¿fue educadora?

Testigo: No.

Abogado: Usted nunca realizó los turnos que nos acaba de señalar, de siete a siete, ¿verdad?

Testigo: Como coordinadora apoyé a algunos compañeros educadores porque nosotros éramos a un equipo técnico. En una ocasión una compañera educadora se enfermó, no había quien le reemplace. Entonces, como parte de solidaridad sería yo me fui a dormir en algunas ocasiones con los chicos.

Abogado: Pero usted no cumplió el horario.

Testigo: En sí, nosotros no cumplíamos ese horario porque, nosotros teníamos el horario de entrada como equipo técnico.

Abogado: En base a sus respuestas anteriores, ¿usted físicamente no trabajó en el mismo lugar que la señora Carmen Loja Monteros, en esos horarios? ¿Usted tenía otras actividades?

Testigo: Nosotros hacíamos visitas en los horarios que eran desde las ocho, que como equipo técnico ingresábamos, hasta las cinco de la tarde o en ocasiones en donde los chicos tenían alguna emergencia. Nosotros íbamos en horarios de la tarde, noche, me ha tocado ir de madrugada también. Entonces, en esos horarios.

Abogado: Recapitulando, físicamente usted no tenía el mismo lugar de trabajo que la señora, el suyo era distinto.

Testigo: Es que nosotros trabajamos en todos lados.

- 2. En cuanto a la testigo Ana Lucía Morocho Quintana (minuto 2:04) audiencia única), cuando el abogado defensor de la parte demandada le pregunta cuánto tiempo trabajó con la actora, esta responde:

Abogado: ¿Cuánto tiempo físicamente trabajó usted con la señora Carmen Loja en la misma casa?

Testigo: Diez meses.

- 3. La testigo Aida Paidá Coraizaca (minuto 2:15) indica en las preguntas realizadas por el abogado de la parte actora, que era educadora como la actora de la causa, cuando su abogado defensor le pregunta sobre el horario de la actora responde:

Abogado: ¿cuál es el horario que doña Carmen Bernice Loja Verdugo cumplía para para realizar las actividades que usted ha descrito? ¿Sabe usted o conoce?

Testigo: Sí, teníamos un horario de 12 horas rotativo, a veces una semana en la noche, otra semana en el día, pero turno de 12 horas.

Abogado: ¿y los fines de semana cómo laboraron?

Testigo: Los fines de semana también se quedaba un fin de semana y el otro fin de semana descansar, pero igual quedaban allá a dormir, los fines de semana a dormir y en el día también.

- 4. De lo transcrito, este Tribunal encuentra que los testigos son referenciales pues no se logra concluir que estos hayan presenciado por si mismos la jornada de labores de la actora, elemento esencial para que sean considerados “congruentes, unívocos y concordantes”; estos

testimonios no pueden ser la base para concluir que la actora laboró en las horas indicadas en la demanda.

5. El tratadista Devis Echandía indica “ para que pueda decirse que un testimonio sirve de prueba (completa o incompleta) de un hecho, es indispensable que en él conste que proviene de quien tenga conocimiento del mismo por haberlo percibido, que es capaz y tiene aptitud física y moral para el acto” .
6. Para que los testimonios aportados sirvan como prueba de la jornada indicada por la accionante, era necesario que los testigos corroboren claramente los hechos alegados por la actora, si bien los 2 testigos laboraban en la misma entidad que la actora, esto no significa que efectivamente laboraron conjuntamente con ella en el tiempo y lugares detallados en la demanda; los testigos no indican el tiempo efectivo que la trabajadora laboró en la Aldea SOS, por lo que no son suficientes para dar certeza de que la actora cumplió con el horario indicado para acceder al pago de horas suplementarias, extraordinarias y nocturnas.
7. Así encontramos, la psicóloga Nancy Brito no tenía el mismo horario que la actora, sus actividades no eran las mismas que la actora; al indicar en su testimonio que trabajaba de 08:00 a 17:00, únicamente, acudía a la fundación cuando había emergencias, no justifica la posibilidad de que haya presenciado por sí misma el horario de trabajo de la actora. La señora Ana Lucía Morochó Quintana, si bien tenía la misma actividad de la actora, únicamente indica que 10 meses estuvo trabajando físicamente con la actora. Finalmente, la testigo Aida Paidá Coraizaca indica que conocía a la señora Carmen Loja, declara que trabajaba 12 horas en un horario rotativo y que en cuanto al trabajo de los fines de semana se laboraba intercalando un fin de semana de trabajo y el otro de descanso. Por consiguiente, del análisis de los testimonios no se encuentra que exista detalle de la jornada indicada por la accionante que, según su demanda, era de dos semanas al mes intercalando primera y tercera semana de 07h00 a 19h00 y los fines de semana 48 horas seguidas de trabajo, ingresando al turno a las 07h00 el día sábado y dejando el turno del lunes a las 07h00; y las semanas dos y cuatro de 19h00 a 07h00, con descanso los días sábados y domingos.
8. La actora debía probar el haber cumplido con una jornada complementaria, suplementaria y

nocturna dentro del periodo que trabajo con la parte demandada (aldea SOS), esto es del 1 de febrero de 2016 al 21 de febrero de 2021, lo que no ha ocurrido, pues la prueba testimonial no pudo confirmar las horas exactas de las jornadas indicadas en la demanda. No existe prueba relevante y pertinente que determine el periodo de trabajo alegado por la accionante. La actora tenía la obligación de probar los hechos que propuso en la demanda y que la entidad accionada (Aldea Infantil SOS ECUADOR) negó en su contestación como exige el artículo 169 del COGEP. La Corte Provincial en su fallo se limita a indicar que los testimonios justifican que la actora ha laborado en las jornadas antes indicadas.

9. Finalmente, en el fallo de apelación existe contradicción respecto del análisis de la prueba denominada “ Informe Pericial” , sobre este medio probatorio se tiene:

*“ Si bien es cierto **el Informe Pericial** transcribe el texto escrito de un grupo de whatsapp, donde se afirma se reportaban las entradas y salidas en el último periodo, no existe constancia procesal de la titularidad de los números telefónicos que intervienen en dicha conversación, por lo que, no permite realizar un mayor análisis, no siendo un medio probatorio válido para justificar la pretensión de la actora. La prueba presentada en mensajes de watsaap de la actora no cumple con lo establecido en el Art. 202 del COGEP, **no cumple con el Art. 160 ibidem, (requisitos establecidos en la Ley Sustantiva Art. 8 y 54 Ley de Comercio Electrónico) por lo que no puede ser valorada esa prueba por insuficiente (...)** Siendo el TESTIGO, toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia, es obligación de los Juzgadores analizar las pruebas aportadas al proceso en su conjunto, de conformidad con las reglas de la sana crítica, entendiéndose ésta como la potestad que tiene el Juez para apreciar la prueba y los antecedentes de la causa, ciñéndose a la recta inteligencia, el conocimiento exacto y reflexivo de los hechos, la lógica y la equidad para examinar las pruebas actuadas en el proceso y de esta manera llegar con entera libertad a la decisión que más se ajuste con base a su experiencia y conocimiento, considera que la actora ha cumplido la jornada de trabajo que ha indicado en su demanda, además de las pruebas analizadas*

es necesario señalar que la prueba pericial no se valora como prueba plena, sin embargo en aplicación de las reglas de la sana crítica se tiene como un indicio que había las marcaciones de turnos. ” (lo subrayado y en negrita nos pertenece).

10. De lo transcrito se encuentra que los jueces provinciales primero consideran que la prueba pericial no se la toma por válida, pues no cumple con lo determinado en la ley para que pueda someterse a valoración; subsiguiente expresan que esa misma prueba da un indicio de las marcaciones de turno; ante esto este Tribunal de casación considera que no es viable que por un lado se indique que la prueba no es considerada legalmente actuada por insuficiencia y, por otro lado indicar que sirve como un indicio del hecho en discusión; este análisis violenta la metodología, que para el tratamiento de la prueba, está determinado a partir del artículo 158 del COGEP, en especial, el paso previo a la valoración de la misma, que no es otro que el examen de legalidad que el Juez y las partes deben someter al elemento probatorio, conforme lo determinado en los artículos 160 y 164 del Código ibídem; en el caso que nos ocupa los jueces empiezan analizando el aporte de la prueba pericial, para luego decir que no cumple con los requisitos de la Ley de Comercio Electrónico; es decir que dicha prueba no fue actuada conforme lo determina la ley y por lo tanto no puede ser sometida a la valoración que implica determinar su eficacia en cuanto al hecho que pretenda justificar; si los jueces determinan que no puede ser valorada, esto es que no puede ser revisada su eficacia, como es que luego dicen que “ *la prueba pericial no se valora como prueba plena, sin embargo en aplicación de las reglas de la sana crítica se tiene como un indicio que había las marcaciones de turnos* ”; este solo hecho resta peso a las conclusiones probatorias. Los jueces provin-

ciales no encuentran suficiente importancia en la prueba testimonial y es por ello que toman la prueba pericial, medio probatorio que consideraron sin validez por no ser producida como manda la ley; siendo ahí donde se encuentra la deficiencia valoración probatoria, pues existe una valoración arbitraria de la prueba, por lo cual se acepta el cargo formulado al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

11. Por lo expuesto, este Tribunal de casación observa que el análisis de los jueces provinciales no es adecuado, transgrede las normas alegadas pues la prueba testimonial y pericial no resultan suficientes, ni pertinentes; en tal virtud el acervo probatorio no logra justificar que la actora trabajara en la jornada indicada en su demanda; en consecuencia no procede el pago de horas suplementarias, complementarias y nocturnas en favor de la actora.

VII. Decisión

- 71 Por los razonamientos antes expuestos, al tenor de lo que dispone el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, 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**, se **CASA** la sentencia emitida por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay de 8 de febrero de 2022, a las 13h56, y declara sin lugar la demanda. **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

f) DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)**. DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL**. DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL**.

Certifico.

Resumen de fácil comprensión

La actora en su demanda al pretender acceder al pago de la jornada suplementaria, complementaria y nocturna, debe presentar prueba que apoye sus afirmaciones, en el presente caso la prueba testimonial presentada no es relevante y pertinente para que se determine que efectivamente la trabajadora laboró en la jornada indicada.



VIII

Juicio Nro. 17371-2020-02947

Fecha: *jueves 14 de diciembre del 2023, las 15h13.*

TEMA: Se casa el fallo recurrido al no haberse condenado en la instancia, como persona natural a la representante legal de la persona jurídica.

SÍNTESIS

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, decidió casar parcialmente la sentencia recurrida, por considerar que, al haber sido demandada la representante legal de la parte accionada en el presente juicio, por sus propios y personales derechos; se ha constituido en responsable solidaria de las obligaciones reclamadas y que han sido reconocidas en la sentencia de segunda instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17371-2020-02947

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 14 de diciembre del 2023, las 15h13.

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales, doctores: Katerine Muñoz Subía (ponente), Enma Tapia Rivera y Alejandro Arteaga García, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17371-2020-02947.

I. Antecedentes procesales:

- 1. Relación circunstanciada de la causa:** Blas Elías Galbán Barrera inició juicio de trabajo en contra del COMITÉ PRO MEJORAS DEL BARRIO VILLAS AURO-RA, representado por su Presidenta, Cristina Rocío del Pilar Plúa Salazar, a quien demanda además por sus propios derechos.
- 2. Objeto de la controversia fijado en audiencia única:** El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el día 22 de julio de 2021, a las 09h00, llevó a efecto la audiencia única dentro de la presente causa, en la que estableció como objeto de controversia, lo siguiente: “ 1) *determinar la existencia de la relación laboral;* 2) *procedencia del pago de la remuneración de octubre del 2019;* 3) *triple de recargo;* 4) *décimo tercer sueldo por todo el tiempo de servicios;* 5) *décimo cuar-*

to sueldo por todo el tiempo de servicios; 6) *vacaciones por todo el tiempo de servicios;* 7) *fondos de reserva;* 8) *horas extraordinarias;* 9) *indemnización por despido intempestivo;* 10) *desahucio;* 11) *pago de intereses;* y, 12) *costas procesales.*” (Sic)

- 3. Referencia a las partes dispositivas de las sentencias de primera y segunda instancias:**
- 4.** El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, dictó sentencia escrita el día 19 de agosto de 2021, a las 13h13, en la que resolvió declarar parcialmente con lugar la demanda y ordenó que la parte accionada pague al actor la cantidad de USD \$ 6.361,63, por concepto de remuneración de octubre de 2019, más el triple de recargo, décimas tercera y cuarta remuneraciones, vacaciones, despido intempestivo, desahucio y fondos de reserva, calculados desde el 1 de abril de 2016 hasta el 2 de octubre de 2019.
- 5.** El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dictó sentencia el 5 de mayo de 2022, a las 14h32, negando el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y aceptando parcialmente el deducido por la parte demandada y, en consecuencia, reformó la sentencia dictada en primera instancia en cuanto al periodo a calcularse – 01

de mayo de 2017 al 02 de octubre de 2019, ordenando que el COMITÉ PRO MEJORAS DEL BARRIO VILLAS AURORA, representado por su Presidenta, Cristina Rocío del Pilar Plúa Salazar, pague a favor del actor la cantidad de USD \$ 3.585,73.

6. Recurso de casación y actos de sustanciación: De la última decisión, el actor Blas Elías Galbán Barrera y la demandada Cristina Rocío del Pilar Plúa Salazar, por sus propios derechos y en calidad de Presidenta y Representante Legal del COMITÉ PRO MEJORAS DEL BARRIO VILLAS AURORA, interponen recursos extraordinarios de casación; el accionante al amparo de los casos **tres, cuatro y cinco**; y, la accionada, con sustento en el caso uno del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)**.

7. Mediante auto de 31 de agosto de 2022, a las 09h21, el Conjuez (E) de la Corte Nacional de Justicia, doctor Julio Enrique Arrieta Escobar, ordenó únicamente a la parte actora aclarar su recurso; lo cual fue cumplido mediante escrito presentado el 7 de septiembre de 2022, a las 14h20.

8. En virtud de lo expuesto, el Conjuez (E), a través de auto interlocutorio emitido el 4 de octubre de 2022, las 11h28, procedió a admitir a trámite los recursos interpuestos.

9. El actor denuncia la infracción de los siguientes artículos: (i) por el caso tres: 92 del COGEP; y, 35, 326 numerales 2 y 3, 82 y 76 numeral 1 de la Constitución de la República; (ii) por el caso cuatro: 159, 160, 164 y 169 del COGEP; y, 10, 36 y 42 numeral 14 del Código de Trabajo; y, (iii) por el caso cinco: 36 del Código de Trabajo.

10. La demandada por el caso uno denuncia la falta de aplicación de los artículos: 7, 11, 129 numerales 2 y 3, 129 inciso segundo, 130 numerales 1, 2, 3, 4 y 6, 156 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial; 9, 10, 1577, 1997 y 1698 del Código Civil; 107 numeral 2, 110 numeral 1 y 112 numeral 1 del COGEP; y, 21 del Código de Trabajo.

II. Competencia:

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación de conformidad con la Resolución N° 022021 de fecha 05 de febrero de 2021 y Resolución N° 042021

de 19 de febrero de 2021; 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; y, Resolución N° 042017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017. Y al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: “*Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.*”, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: “*Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.*”; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece: “*La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo*”, en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y, del sorteo de 16 de noviembre de 2023, a las 10h20, que obra a fs. 19 del expediente de casación.

12. El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87 Ibídem, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el martes 12 de diciembre de 2023, a las 08h30; y, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 Ut Supra.

III. Fundamentación del recurso de casación:

13. **Argumentos reproducidos por la parte demandada en el libelo de casación.**

14. Con fundamento en el **caso uno**, la parte demandada señala que el fallo incurre en



- falta de aplicación de los artículos 7, 11, 129 numerales 2 y 3, 129 inciso segundo, 130 numerales 1, 2, 3, 4 y 6, 156 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial; 9, 10, 1577, 1997 y 1698 del Código Civil; 107 numeral 2, 110 numeral 1 y 112 numeral 1 del COGEP; y, 21 del Código de Trabajo.
15. En este sentido, señala que el contrato de honorarios por obra, suscrito el 1 de mayo de 2017 entre la doctora Cristina Rocío del Pilar Plúa Salazar, en calidad de Presidenta del Comité Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora y el señor Blas Elías Galván Barre-ra, no reúne los requisitos exigidos por el artículo 18 del Código de Trabajo, pues el actor únicamente prestaba sus servicios en calidad de administrador y no percibía un salario sino honorarios, de lo que deviene que el accionante era mandatario y se su-jetaba a las reglas previstas en el artículo 2020 del Código Civil.
16. Consecuentemente, al no encontrarse el actor amparado por el Código de Trabajo, no tuvo dependencia laboral con el Comité Pro Mejoras, y en esa virtud, el tribunal ad quem debía declarar la nulidad por falta de competencia en razón de la materia, pues correspondía conocer la controversia por la naturaleza de la causa a los jueces de lo civil.
17. **Argumentos reproducidos por la parte actora en el libelo de casación.**
18. **Por el caso tres:** Denuncia el recurrente que, pese a que la sentencia reconoce la existencia de la relación laboral, no condena a la señora Cristina Plúa Salazar por sus propios derechos, sino únicamente en calidad de Representante Legal del Comité Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora.
19. Aduce que, aunque “*jamás fue un punto de debate que la señora Plúa no sea condenada por sus propios y personales derechos. Si no fue solicitado por la parte demandada, porque los jueces insisten en que no se le condene al pago de los valores que se determinan en la sen-tencia, más aun cuando en las dos instancias se reconoce la relación laboral. Resulta realmente impertinente que en un proceso en el que se condena a una persona jurídica al pago de derechos laborales e indemnización de despido, a la representante legal no se le condene por sus propios derechos saliéndose* totalmente de las pretensiones alegadas por el accionante y aquellas que en su contestación a la demanda reclame la parte demandada, no se cumple con el precepto del Art. 92 del Código Orgánico General de Procesos.” (Sic)
20. **Por el caso cuatro:** Expresa el recurrente que la sentencia vulnera los artículos 161 y 164 del COGEP, al valorar en forma defec-tuosa el contrato de trabajo que obra a fojas 10 del proceso y el certificado laboral que consta a fojas 8, pruebas que fueron solici-tadas, practicadas e incorporadas según lo determina el artículo 164 *ibídem*.
21. Con respecto al contrato de trabajo, aduce que, aunque aquel fue analizado y admiti-do como prueba de la relación laboral, no ha sido examinado en forma pormenoriza-da, pues no se observa que aquel fue sus-crito por el actor y la doctora Cristina Plúa Salazar, en calidad de Presidenta del Comi-té Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora, a quien se la demandó en esa calidad y por sus propios derechos; por tanto, el tribu-nal ad quem ignora el contenido de dicha prueba al señalar en su fallo que “*no hay prueba documental, por la cual la relación de servicios contratada haya sido a título con la persona natural. Ni en la demanda tampoco, se ha accionado contra la persona natural de manera solidaria (Art. 36) en la responsabi-lidad en la relación habida con el actor. (...)*”
22. En relación al certificado laboral, sostiene que el artículo 42 numeral 14 del Código de Trabajo, señala que es obligación del empleador conferir al trabajador los certifi-cados de trabajo que solicite; y que, en esa virtud, el certificado emitido a la “*Emba-jada de Argentina en Ecuador*” por parte de la doctora Cristina Plúa Salazar, en calidad de Presidenta del Comité Pro Mejoras, evi-dencia que el accionante trabajó en el Par-que Inteligente del espacio Público Seguro del Barrio Villas Aurora, desde el 1 de abril de 2016, percibiendo una remuneración de USD \$ 400,00. Por lo que, al no valorar aquella prueba, se desnaturaliza la relación laboral, en tanto se determina que los cer-tificados de trabajo son únicamente para “*finés personalísimos*” como sostiene la sen-tencia, cuando la norma no prevé ninguna clase de condicionamiento para aquellos, y se deja de lado la responsabilidad de quien suscribe tal documento.

23. En esta línea, expresa que las normas de derecho que han sido vulneradas como consecuencia de la errada valoración de las pruebas en referencia, son los artículos “ 161 y 164 del COGEP” , así como el artículo 36 del Código de Trabajo, al no condenarse solidariamente a la señora Cristina Plúa Salazar, por sus propios derechos; infringiéndose también los artículos 80, 111, 69, 188 y 176 del mismo cuerpo legal, al efectuarse la liquidación de los rubros adeudados en base a un valor inferior al que consta en el certificado de trabajo emitido por el empleador.

24. **Por el caso cinco:** Señala el casacionista, que la sentencia impugnada incurre en falta de aplicación del artículo 36 del Código de Trabajo, que en su parte pertinente señala: “El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.” Pues demostrado que la doctora Cristina Plúa Salazar, compareció al proceso en calidad de Presidenta del Comité Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora; y, reconocida la relación laboral en ambas instancias, debe aplicarse la solidaridad patronal entre el Comité y la doctora Plúa Salazar, a quien se le debe condenar – también-al pago de las indemnizaciones.

25. **Contestación a los recursos admitidos.**

26. La parte actora al efectuar la contestación al recurso de casación formulado por la parte demandada en la audiencia convocada, precisó – en lo medular – que:

(...) *Lo expresado no tiene nada que ver con la causal primera acusada, no se ha explicado cuáles fueron las normas procesales que fueron violentadas para que proceda este vicio, ni tampoco se ha expresado porque estaría inmersa en el artículo 107 o 112 del COGEP. Dentro de la fundamentación de esta casación no se habla de ninguna de las normas que se ha mencionado aquí. [...] en donde estuvo el yerro en la aplicación de normas procesales, por tanto, no se encuentra inmerso en ningún tipo de nulidad. Pero yendo al meollo del asunto, se dice que el juez era incompetente, pero el primer punto de debate fue probar la relación laboral, si los señores de la contraparte consideraban que era un mandatario debían probarlo, de hecho, por eso la parte actora pudo probar que existió la relación laboral, pero no se violentó ningun-*

na norma específica por falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales; ni aquí, ni en el documento se dice en qué manera fueron vulneradas. [...]

27. La parte demandada, al contestar al recurso formulado por el actor, ha señalado lo siguiente:

3.4.1. *Respecto a la causal tercera:*

El recurrente no precisa el o los asuntos que fueron materia del litigio y los asuntos omitidos por el juzgador de instancia.

El recurrente se abstiene de precisar si el vicio se trata A) de ultra petita o sea cuándo se otorga más de lo pedido. B) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, es extra petita. C) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido sea citra petita.

No especifica ni concreta cuál de estos yerros contiene la sentencia impugnada, omite señalar de qué manera se produjo la lesión.

3.4.2. *En referencia a la causal cuarta:*

Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba en la sentencia. Cuando se recurre por la causal cuarta, se requiere indicar lo siguiente:

- a) los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba infringida en la sentencia;*
- b) uno de los tres vicios o modos de infracción;*
- c) las normas de derecho que por cualquiera de los vicios hayan sido equivocadamente aplicados, en el recurso no señala el vicio;*
- d) las normas de derecho que por el vicio acusado no hayan sido aplicadas.*

3.4.3. *Respecto a la causal quinta:*

Cuando el recurso se basa por la causal quinta debe expresar con claridad las normas de derecho sustantivo los precedentes jurisprudenciales obligatorios infringidos; uno de los modos de la infracción, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación y por último, indicar el porqué de la omisión acusada ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

En el recurso al que damos contestación no contiene los elementos inherentes a una coherente fundamentación. No existe el rasgo indispensable, condición imprescindible de cada causal, es el requisito de la fundamentación en donde el recurrente demuestra cómo se produjo el yerro o transgresión.

IV. Problemas jurídicos:

28. Los problemas jurídicos a resolver en virtud de los casos planteados se resumen en



lo siguiente:

29. Por el caso uno: En el proceso ¿existe nulidad procesal insubsanable por falta de competencia del juez laboral para conocer la causa?

De proceder el vicio denunciado, este Tribunal de Casación procederá a declarar la nulidad; por ende, no será necesario analizar el problema jurídico que sigue.

Sin embargo, de no prosperar la denuncia por vicios procesales, se continuará con el problema jurídico que a continuación se plantea.

30. Por el caso tres: La sentencia impugnada ¿concede “*más allá de lo exigido en la contestación a la demanda*” al omitir condenar a Cristina Plúa Salazar por sus propios derechos?

31. Por el caso cuatro: El fallo impugnado ¿incurrir en falta de aplicación de los artículos 161 y 164 del COGEP, al valorar en forma defectuosa – según el recurrente –, el contrato de trabajo y el certificado laboral, lo que a su vez, ha vulnerado como consecuencia, el artículo 36 del Código de Trabajo, al no condenarse solidariamente a la señora Cristina Plúa Salazar, por sus propios derechos; y, los artículos 80, 111, 69, 188 y 176 del mismo cuerpo legal al haberse calculado los rubros adeudados, en base a un valor inferior al que consta en el certificado de trabajo emitido por el empleador?

32. Por el caso cinco: El fallo impugnado ¿incurrir en falta de aplicación del artículo 36 del Código de Trabajo, al no haberse condenado a la demandada Cristina Plúa por sus propios derechos?

33. Cuestiones Preliminares:

34. El actor recurrente, al amparo de los casos tres, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP, ha manifestado que la sentencia impugnada incurre en vulneración de normas procesales y sustanciales, al no haber – el tribunal de alzada – condenado a la demandada Cristina Plúa Salazar, por sus

propios derechos; por lo que, de encontrarse procedente alguno de los casos por aquel motivo, no será necesario el examen de los siguientes problemas jurídicos formulados en relación con aquella acusación

V. Análisis del Tribunal de casación:

35. Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

36. El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

37. Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.¹ De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye –también una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

38. Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto –conforme el artículo 266 del COGEP, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.² Es limitado, dado que el análisis del tribunal de

¹ El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional [...] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, “El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico”, CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

² Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley – artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

39. Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional –artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que, este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene –más allá de la defensa de la legalidad indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.³

40. Por el caso uno: En el proceso ¿existe nulidad procesal insubsanable por falta de competencia del juez laboral para conocer la causa?

41. El caso uno previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: “*Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.*”

42. Al respecto, este caso de casación procede por anomalías de naturaleza procedimental, exigiendo la infracción de normas adjetivas en sus tres motivos: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Determinando tres condiciones adicionales fundamentales: **i)** viciar el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; **ii)** gravedad de la transgresión en la decisión de la causa; y, **iii)** que la nulidad no hubiere sido subsanada en forma legal.

43. El artículo 107 del COGEP determina las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, siendo que la inobservancia de una de ellas conlleva la nulidad. Sin olvidar que, tal disposición también condiciona la declaratoria de nulidad específicamente a los casos en que la ley así lo ordene.

44. Entonces, de la interpretación del artículo 268 numeral 1 del COGEP en correspondencia con el artículo 107 último inciso *ibidem*, vemos que son dos los principios que regulan aplicación de las nulidades en nuestro ordenamiento jurídico, el de trascendencia y especificidad.

45. El primero exige del vicio tal gravedad, que en realidad cause perjuicio a una de las partes, e incluso indefensión, además de ser tan relevante que de no haberse producido, el resultado de la decisión fuere diferente⁴, o incluso, si la transgresión o anomalía procesal impide a la causa cumplir con su fin u objeto principal. Siendo obvia que, si la nulidad es subsanada, tácitamente la configuración del principio de trascendencia es descartada.

46. Mientras que el segundo, advierte la imperiosa necesidad de que los efectos que conllevan la nulidad de un acto procesal se encuentren expresamente contemplados en la ley. Es decir, “*no hay nulidad sin ley específica que lo establezca (...) debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable (...).*”⁵

³ Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales [...] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente [...] *Ibidem*. Pág. 112.

⁴ Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, “La Casación Civil”, Tomo II, Grupo Editorial IBAÑEZ, Bogotá – Colombia, Pág. 632

⁵ Eduardo Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Cuarta Edición, Editorial B de F, Buenos Aires – Argentina, 2016, Pág. 316 – 317.

47. Adviértase que en nuestro ordenamiento jurídico las nulidades no son exclusivas de la infracción de normas procedimentales previstas en la ley (COGEP), sino y sobre todo de la Constitución de la República, tanto más si el artículo 76 numeral 7 ibídem desarrolla el debido proceso, y dentro de este, el derecho a la defensa en todo proceso judicial, cuya violación o inobservancia deriva en indefensión, cuestión esta última que esencialmente trae como consecuencia la declaratoria de nulidad.
48. En definitiva, para que prospere el caso primero del artículo 268 del COGEP, a más de trasgresión de la norma procedimental en cualquiera de sus tres motivos, es indispensable la ocurrencia de las condiciones antes analizadas. Pues bien puede suceder que aun cuando se configure anomalías de carácter procesal, estas no sean lo suficientemente graves o trascendentes como para que amerite la declaratoria de nulidad.
49. En este sentido cabe observar que, según el artículo 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, los juzgadores/as y tribunales deben convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, siempre y cuando los vicios configurados no hubieren afectado al proceso de nulidad insanable ni provocado indefensión. Caso este último, en el cual, no es posible convalidación alguna, pues lo vulnerado es una garantía constitucional derecho a la defensa.
50. De ahí que, los juzgadores/as al examinar las formas procesales y la validez de la causa, si bien deben remitirse al régimen de nulidades del COGEP, procurarán también no obviar la efectiva aplicación del derecho a la defensa en toda la sustanciación del juicio, proscribiendo toda actuación u omisión que ocasione indefensión en perjuicio de cualquiera de las partes. Valiéndose además del ordenamiento jurídico en su contexto con el fin de determinar si –ante vicios procedimentales es estrictamente necesario declarar la nulidad de lo actuado.
51. El recurrente señala que el vicio procesal denunciado, se evidencia en el numeral primero de la sentencia impugnada, relativo a la competencia del tribunal para conocer la causa:

PRIMERO.- Competencia.- *El Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrado por los Jueces, en su orden, doctores: Oscar Chamorro González (ponente); Richard Buenaño Loja; y, Roberto Otavalo Castro; abogados cono-*
cimiento de la presente causa es competente para resolver el presente proceso de acuerdo a los artículos 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 256 del Código Orgánico General de Procesos y el sorteo correspondiente.

52. En este sentido, expresa el recurrente que la Sala de Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, determina ser competente para conocer la causa puesta a su conocimiento, sin considerar que la relación mantenida entre las partes ha sido de carácter civil, por lo que el tribunal ad quem, debía declarar la nulidad de lo actuado.
53. En esta misma línea, cabe señalar que si bien la competencia es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, al tenor de lo dispuesto en el artículo 107 numeral 2 del COGEP, y su omisión acarrea la nulidad, aquella ha de ser declarada si aparece de manifiesto en los términos expuestos en la demanda o su contestación.
54. En la presente causa, el actor ha comparecido al proceso reclamando el pago de ciertos haberes laborales, la indemnización por despido intempestivo y la bonificación por desahucio debidos por su ex empleador – Comité Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora ; frente a lo cual, la parte demandada ha opuesto como medio de defensa la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, así como: (i) falta de objeto y causa lícita y, (ii) falta de derecho del actor para proponer esta acción “*ya que los rubros reclamados no corresponden toda vez que no ha existido relación laboral de dependencia entre el actor y la hoy demandada y no como falsamente se ha atrevido a manifestar en su demanda.*”
55. Por tanto, como se evidencia, la recurrente al contestar la demanda nunca se exceptuó con la falta de competencia de los jueces laborales para conocer la causa; es más, alegó “*falta de derecho del actor para proponer la demanda*” objetando la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, la

cual constituye una cuestión de fondo que debía ser resuelta al dictarse sentencia.

56. Así pues, determinada en ambas instancias que la relación entre las partes es de carácter laboral, corresponde su conocimiento y resolución a la jurisdicción laboral y deviene en improcedente la acusación de nulidad por falta de competencia como aduce la recurrente.
57. En consecuencia, al verificarse la competencia de los jueces laborales para el conocimiento de la presente causa, no se observa vulneración de los artículos 7, 11, 129 numerales 2 y 3, 129 inciso segundo, 130 numerales 1, 2, 3, 4 y 6, 156 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial; 9, 10, 1577, 1997 y 1698 del Código Civil; 107 numeral 2, 110 numeral 1 y 112 numeral 1 del COGEP; y, 21 del Código de Trabajo, acusados al amparo del caso uno del artículo 268 del último cuerpo legal invocado.
58. **Por el caso tres: La sentencia impugnada ¿concede “más allá de lo exigido en la contestación a la demanda” al omitir condenar a Cristina Plúa por sus propios derechos?**
59. El caso tres previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: “*Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia*”
60. Este caso contempla vicios de naturaleza procedimental por incongruencia en la sentencia impugnada, identificados por faltar la debida correspondencia exigida entre lo decidido en el fallo frente a las pretensiones (demanda) y excepciones (contestación a la demanda).
61. Podemos reconocer tres clases de transgresiones que pueden afectar la congruencia de lo decidido. Así tenemos: *ultra petita* cuando el fallo resuelve más allá de pretendido en la demanda; *extra petita*, se configura al resolver cuestiones o puntos que no fueron materia del litigio⁶; y *citra petita*, ocurre al no resolverse sobre una de las pretensiones constantes en el libelo de demanda.
62. Al configurarse entonces uno de los tres motivos antes señalados, se entiende que la sentencia debe ser objeto de control de legalidad por parte de la Corte de Casación, dado que se encontraría afectada por vicios que atentan contra su congruencia o consonancia
63. Para verificar la existencia del yerro acusado, es necesario contrastar las pretensiones contenidas en la demanda, lo manifestado en la contestación a la demanda, el objeto del debate establecido en la audiencia única, lo controvertido en apelación y lo resuelto en sentencia.
64. De la lectura de la demanda que obra a fojas 12-14, se desprende que el actor solicitó como pretensiones el pago de los siguientes rubros: (i) remuneración correspondiente a dos días trabajados en el mes de octubre de 2019; (ii) décimas terceras y cuartas remuneraciones y vacaciones desde el 1 de abril de 2016 al 2 de octubre de 2019; (iii) fondos de reserva desde el 1 de mayo de 2017 al 2 de octubre de 2019; (iv) bonificación por desahucio; (v) indemnización por despido intempestivo; (vi) horas extraordinarias; y, (vii) costas procesales e intereses legales.
65. Por su parte, la demandada al contestar a la demanda, ha determinado en su acápite quinto de su escrito denominado “EXCEPCIONES”, lo siguiente:
1. *Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho planteados en la demanda, por cuanto se pretende sorprender a su Autoridad debido a que no existía relación de dependencia, al contrario había una prestación de servicios profesionales, recibiendo un honorario a cambio de sus servicios profesionales.*
 2. *Falta de objeto y causa lícita, por cuanto las pretensiones del actor rebasan los márgenes legales, pretendiendo confundir a la autoridad, manifestando que no se le han cancelado rubros que se encuentran debidamente realizados por concepto de honorarios, lo cual denota mala fe con que está actuando.*

⁶ Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 422.

3. *Falta de derecho del actor para proponer esta acción, ya que los rubros reclamados no corresponden toda vez que no ha existido relación de dependencia entre el actor y la hoy demandada y no como falsamente se ha atrevido a manifestar en su demanda.*
66. Entonces la litis ha quedado trabada con las pretensiones de pago de haberes laborales, indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio y, con las “EXCEPCIONES” de falta de causa y objeto lícitos y, falta de derecho del actor para proponer la acción; debiendo resolverse en un primer momento la existencia de la relación laboral y de ser procedente aquella, el pago o no de haberes e indemnizaciones reclamados.
67. Así, en la audiencia única quedó establecido como puntos de debate, los siguientes:
3.b) PUNTOS DE DEBATE: Puesto a consideración de las partes los puntos de debate, siendo éstos: 1) determinar la existencia de la relación laboral; 2) procedencia del pago de la remuneración de octubre del 2019; 3) triple de recargo; 4) décimo tercer sueldo por todo el tiempo de servicios; 5) décimo cuarto sueldo por todo el tiempo de servicios; 6) vacaciones por todo el tiempo de servicios; 7) fondos de reserva; 8) horas extraordinarias; 9) indemnización por despido intempestivo; 10) desahucio; 11) pago de intereses; y, 12) costas procesales.
68. En esa línea, la sentencia de primera instancia, al resolver los puntos controvertidos, determinó que la relación existente entre las partes era de carácter laboral y en consecuencia, ordenó el pago de los haberes reclamados. Sin embargo, la parte actora apeló de la decisión emitida, circunscribiéndose aquella – según lo determinado en la sentencia impugnada al siguiente objeto:
- Con base al texto de la fundamentación del recurso de apelación de la parte actora, ya sobre el fondo de la sentencia, el recurso se contrae al siguiente objeto: su oposición a que se haya desechado la demanda en contra de Cristina Plúa Salazar por sus propios derechos. Acusa que no hay motivación en la sentencia para excluirla de la solidaridad patronal con la persona jurídica, conllevando una incongruencia el fallo. (Énfasis fuera del texto original)*
69. Es por esa razón que la sentencia impugnada en su parte pertinente señala:
- 5.4.-** *Respecto a la oposición a que se haya desechado la demanda en contra de Cristina Plúa Salazar por sus propios derechos. El Art. 186 COGEP, manda que, el análisis del Juzgador debe hacerlo en el contexto de lo expresado en los testimonios y declaraciones, y en relación con otras pruebas. Nótese que en la causa no hay prueba documental, por la cual, la relación de servicios contratada haya sido a título con la persona natural. Ni en la demanda tampoco, se ha accionado contra la persona natural de manera solidaria (Art. 36 CT) en la responsabilidad en la relación habida con el actor. Ni tampoco la persona natural se halla incurso en esa responsabilidad solidaria entre empleadores como prevé el Art. 41 del Código del Trabajo. No ha lugar la apelación de la parte actora en este punto.*
70. De lo expuesto, deviene que el tribunal resolvió justamente lo peticionado por el actor apelante en su momento respecto de la responsabilidad personal y solidaria de Cristina Plúa Salazar, sin excederse o resolver más allá de lo solicitado; agregándose que, el hecho de que no se haya resuelto aquello en forma favorable no implica en forma alguna vulneración del principio de congruencia de las sentencias previsto en el artículo 92 del COGEP, pues lo importante y trascendente es que se resuelvan las peticiones realizadas por las partes y se decida sobre los puntos litigiosos del proceso, lo que, como se ha manifestado, sí ha sucedido en la presente causa, sin que pueda argüirse que se ha “concedido más de lo pedido” por no haberse condenado en forma personal a la representante legal del Comité demandado. En consecuencia, el cargo con fundamento en el caso tres del artículo 268 del COGEP deviene en improcedente.
71. **Por el caso cuatro: El fallo impugnado incurre en falta de aplicación de los artículos 161 y 164 del COGEP, al valorar en forma defectuosa – según el recurrente –, el contrato de trabajo y el certificado laboral, lo que a su vez, ha vulnerado como consecuencia, el artículo 36 del Código de Trabajo, al no condenarse solidariamente a la señora Cristina Plúa Salazar, por sus propios derechos; y, los artículos 80, 111, 69, 188 y 176 del mismo cuerpo**

legal al haberse calculado los rubros adeudados, en base a un valor inferior al que consta en el certificado de trabajo emitido por el empleador?

72.El caso cuatro previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: “*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.*”

73.En el caso cuatro del artículo 268 del COGEP nos encontramos ante la infracción indirecta de la ley sustantiva. Debemos entender que el error de derecho ocurre por la transgresión de normas aplicables a la valoración de la prueba, en sus tres motivos: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Lo que ocasiona o conduce a una equivocada aplicación o no aplicación de la norma sustanciales

74.Vemos entonces que se trata de un caso compuesto (medio – fin), al exigirse como primera condición la infracción de normas que regulan la valoración de la prueba. Y como segunda, que tal yerro derive en la transgresión de una norma de derecho sustantivo.

75.Debemos entender entonces que el caso en referencia procede cuando la valoración probatoria ocasiona un resultado arbitrario, ilógico o irracional. Equívoco que configura su ilegalidad pues se encuentra comprometida la validez jurídica de la prueba determinada por una norma en específico, afectada en uno de los tres motivos antes citados. Lo que propicia a su vez la infracción de una disposición de derecho material.

76.El artículo 164 del COGEP, dispone lo siguiente:

Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las

pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

77.La impugnación del recurrente respecto de la norma en mención se centra en dos situaciones puntuales: (i) Que no se valora el “*contrato de honorarios por obra*” y particularmente la responsabilidad de quien lo suscribe; y, (ii) Que el fallo no valora el certificado laboral que permite determinar el tiempo real de servicio y la última remuneración percibida, a efectos de calcular en forma correcta las indemnizaciones y haberes respectivos.

78.Para analizar los puntos en controversia, es necesario remitirnos a la parte pertinente de la sentencia impugnada, en la que se lee lo siguiente:

5.2. *Respecto a que, no existe una relación laboral. La parte demandada en resumen expresó, al oponerse a los hechos de la demanda: que, el actor nunca se halló bajo dependencia laboral esto es, no se hallaba en relación de subordinación o recibía órdenes; percibía honorarios profesionales por su gestión, por la administración del parque del barrio Villas Aurora; y, no tenía horario establecido de trabajo. Esta posición jurídica confronta los hechos narrados en la demanda, esto es: que, el actor laboró del 01 de abril del 2016 en relación de dependencia laboral del Comité Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora, inicialmente contratado por el presidente de la época, y posteriormente desde el 01 de mayo del 2017 la actual demandada en su calidad de representante legal del Comité Pro Mejoras, suscribe un contrato denominado “Contrato de Honorarios por Obra”. El Tribunal frente a la posición de las partes advierte, conforme el audio de la audiencia única oral de primera instancia (fs.51), que para sostener sus afirmaciones las partes anunciaron como prueba: a) “Contrato de honorarios de por obra” (fs.10 vta), en el contrato se verifica un honorario mensual de \$ 375 dólares cada mes, servicios que empiezan el 01 de mayo del 2017, y se describen el objeto del contrato, que aun cuando no expresa la administración del parque, si denota que esa fue su tarea principal, al igual que tareas de mantenimiento, limpieza y vigilancia, realización de eventos (colaborar), informar a la presidenta de todo las situaciones que ocurran y liquidar a la misma los ingresos económicos*



que se generen en el parque y, subordinado a un reglamento del Comité Pro Mejoras que administra el parque; [...]; c) “ Certificado de Trabajo” emitido a nombre del Comité pro Mejoras del Barrio “ Villa Aurora”, sin fecha de emisión, para la para la Embajada de Argentina en Ecuador, la emite la demandada en su calidad de Presidente del Comité, donde da razón que el actor es administrador del **parque inteligente espacio público seguro del Barrio, desde el 01 de abril del 2016 con una remuneración de \$ 400,00 dólares y, lo emite para ser usado para fines personales del actor; d) “ Declaración de parte de la demandada y su contrainterrogatorio” (16 minutos con 44 segundos a 25 minutos con 57 segundos del CD audio audiencia única de primera instancia), donde en conclusión se sostiene que hubo un contrato de administración al “ libre albedrío” del actor en cuanto a tareas y horarios en el parque, y su conclusión del contrato al 02 de octubre del 2019, sin embargo si admite que el actor le rendía cuentas e información como presidenta del Comité Pro Mejoras, desde el 01 de mayo del 2017 que fue designada representante del Comité en cuestión, admitiendo haber emitido el certificado de trabajo, aun cuando expresa con fecha anterior a su calidad de presidenta; e) “ Declaración de parte del actor” (27 minutos con 30 segundos a 50 minutos del CD audio audiencia única de primera instancia), donde se verifica que el accionante reconoce que laboró bajo contrato con la presidenta del Comité Pro Mejoras en tareas de administración desde el 01 de mayo del 2017, sin precisar y sin dar razón el tiempo anterior quien fue la persona que le contrató y a título o en qué calidad le contrató, pero sí reconoce que cuando se legalizó como persona jurídica, formalizó la relación de trabajo con la demandada, a quien rendía cuentas de sus actividades y de quien recibía instrucciones y directrices para la buena administración del parque [...] 5.3.- De manera que, la acusación del Tribunal, en los hechos narrados en la demanda, confrontados con el caudal probatorio producido por las partes, conlleva a establecer sin lugar a dudas, la existencia de una relación de servicios entre las partes y que, contiene los elementos propios que conceptualiza el Art.8 del Código del Trabajo, puesto**

que se logra diferenciar, por la prueba documental y testimonial, puesto que: se verifica un convenio individual de trabajo entre las partes (actor y demandado), donde son explícitos en referir los servicios lícitos y personales que desarrollaba el actor en provecho de la demandada, desde el 01 de mayo del 2017 al 02 de octubre del 2019, estableciéndose una dependencia, donde si bien no se define un horario o jornada diaria de labores, el actor las cumplía conforme su propia declaración, aun cuando no precisa un horario de entrada y un horario de salida regular (declaración parte actor), ello conforme a las actividades desarrolladas que reconoce desempeñaba el accionante conforme el contrato, además hay un pago mensual de una remuneración también contractualmente pactada en \$ 375,00 dólares mensuales, siendo su última remuneración a septiembre del 2019 precisamente esos \$ 375,00 dólares pactados (comprobante de egreso fs.31). Por lo que, sin lugar a dudas, se establece una labor con dependencia o subordinación a su empleadora (Comité Pro Mejoras del Barrio “ Villas Auras”). Verificándose como se manifestó todos elementos que caracterizan un contrato individual del trabajo. Se fija el período de labores del 01 de mayo del 2017 al 02 de octubre del 2019, como remuneración última \$ 375,00 dólares. **Sin que se pueda considerar como prueba a favor del actor la certificación emitida por la empleadora, la misma que fue emitida exclusivamente para ser usado ante la Embajada Argentina en el Ecuador, esto es para fines personalísimos del actor, y que es indudable que la información contrasta con el caudal probatorio documental que obra del proceso y en específico el contrato suscrito entre las partes.** (Énfasis fuera del texto original)

- 79.Como se observa, la sentencia impugnada, en su considerando 5.2. literal a), examina el “ Contrato de honorarios por obra” , estableciendo que en aquel se ha estipulado un honorario mensual de USD \$ 375,00, con vigencia desde 1 de mayo de 2017, así como las tareas que debía cumplir el señor Blas Elías Galbán Barrera como: mantenimiento, limpieza, vigilancia, realización de eventos, entre otros.
- 80.De igual manera, respecto del certificado laboral, expresa el fallo que este documento

fue emitido con “*fines personalísimos*” y que, aunque de su texto se desprende que el accionante laboró desde el 01 de abril de 2016, percibiendo una remuneración de USD \$ 400,00, no es menos cierto que aquel debe ser contrastado con las demás pruebas presentadas, tales como el contrato de trabajo, pero de la lectura de la sentencia se desprende que también fue analizado en conjunto – al tenor de lo dispuesto en el artículo 164 del COGEP con las declaraciones efectuadas por la parte actora y por la parte demandada, de las cuales se evidencia que el accionante “*reconoce que laboró bajo contrato con la presidenta del Comité Pro Mejoras en tareas de administración desde el 01 de mayo del 2017, sin precisar y sin dar razón el tiempo anterior quien fue la persona que le contrató y a título o en qué calidad le contrató*” y, que la demandada admitió “*que el actor le rendía cuentas e información como presidenta del Comité Pro Mejoras, desde el 01 de mayo del 2017 que fue designada representante del Comité en cuestión*”, es decir, más allá del certificado de trabajo, no existe otra prueba que permita determinar que la relación laboral inició en el 2016; razón por la cual, a criterio de este Tribunal, el tiempo de servicio determinado por los jueces de apelación desde el 1 de mayo de 2017 al 2 de octubre de 2019, así como última remuneración USD \$ 375,00, es correcta.

81. En consecuencia, sobre este punto, no se observa infracción de los artículos 161 y 164 del COGEP, así como tampoco de los artículos 80, 111, 69, 188 y 176 del Código de Trabajo, al haberse efectuado la liquidación de los rubros demandados en armonía con la última remuneración percibida, que como lo ha dejado sentado el tribunal *ad quem* fue de USD \$ 375,00. Por tanto, se desecha el cargo acusado al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP.
82. Ahora bien, con respecto a la no determinación de la responsabilidad solidaria de Cristina Plúa Salazar, con fundamento en que no se ha valorado en forma correcta el contrato de trabajo y el certificado laboral, este Tribunal considera necesario efectuar

las siguientes precisiones:

83. El actor demandó al COMITÉ PRO MEJORAS DEL BARRIO VILLAS AURO-RA, debidamente representada por la señora Cristina Rocío del Pilar Plúa Salazar, en “*su calidad de Presidente del Comité y por su propios y personales derechos.*”
84. Según el artículo 36 del Código de Trabajo: *Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador. Exceptúase de la solidaridad señalada en el inciso anterior a las entidades que conforman el sector público y a las empresas públicas. En consecuencia, no podrá ordenarse medida cautelar o ejecutarse sentencia alguna en contra de los representantes legales o administradores de las referidas entidades o empresas*
85. Es decir, representantes de los empleadores son todos aquellos que tengan poder de decisión en el negocio, como funciones de dirección y administración. Sin que sea necesario que estas capacidades se encuentren formalmente reconocidas mediante algún instrumento.
86. En estas circunstancias, la legislación laboral ha establecido la responsabilidad solidaria de los representantes de los empleadores. Lo cual tiene su explicación en el principio de protección que irradia al derecho al trabajo, cuyo propósito es salvaguardar los derechos del trabajador en los escenarios en que estos se vean comprometidos.
87. Es así que, conforme lo ha señalado esta Sala: “*El sentido de la responsabilidad solidaria contemplada en la citada norma, tiene como propósito asegurar el cumplimiento de los beneficios sociales que le corresponde al trabajador, en el caso de que por diversas circunstancias la compañía no cumpla con los créditos o rubros adeudados al empleado; es decir, tiene un carácter protector y garantista en pos de evitar el menoscabo en los derechos que legalmente le corresponden al trabajador.*”⁷

⁷ Véase sentencia dictada en el Juicio No. 1773120160503

88. La jurisprudencia también ha sido concorde en señalar, respecto de la norma en mención, que:

*Dice el inciso primero del Art. 35 (actual 36) del Código del Trabajo: representantes de los empleadores. Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. La disposición citada, de naturaleza excepcional, crea la posibilidad de una representación legal respecto de personas naturales o jurídicas, solo por el hecho de que el asignado como representante ejerza o desempeñe funciones de dirección o administración. Vale decir, que bien puede ser demandada una persona natural o jurídica por intermedio de una persona natural que obrando a nombre de otra, ejerza funciones de dirección y administración, aún cuando no fuere su representante legal según el rigor y formalismo del derecho común. Por tanto, según el precepto en análisis, el solo hecho de ejercer funciones de administración o dirección convierten a una persona en representante legal **de aquella a cuyo nombre ha ejercido o ejerce actividades administrativas o directivas**. CUARTA, La Sala concluye que en la especie, la persona natural demandada como representante de la Empresa de Productos Vitales, **si ejercía funciones de administración y dirección, conforme lo señala con acierto el fallo recurrido**, tanto más que la empresa accionada ejerció con amplitud su derecho a la defensa.⁸*

89. Entonces, en este caso corresponde determinar si Cristina Plúa Salazar, en calidad de representante del Comité demandado, tiene responsabilidad solidaria frente al trabajador.

90. La accionada, en su contestación a la demanda (fs. 54 vta.), señaló que “El actor de la presente demanda... nunca estuvo subordinado a recibir órdenes de ninguna persona que hayamos conformado la directiva, así como tampoco de ningún socio que es parte del Comité Pro Mejoras del Barrio Villas Aurora.”

91. Sin embargo, tal afirmación se contraponen con su propia declaración de parte en la admitió que “el actor le rendía cuentas e información como presidenta del Comité Pro Mejoras, desde el 01 de mayo del 2017 que fue designada representante del Comité en cuestión.” Agregándose además que, la accionada tampoco objetó haber suscrito el contrato de trabajo con el actor el 1 de mayo de 2017, en el cual figura en calidad de “Contratante” la doctora Cristina Plúa Salazar MBA, en calidad de Presidenta.

92. Entonces resulta evidente, que la señora Cristina Plúa Salazar, al haber ostentado la calidad de representante del COMITÉ PRO MEJORAS DEL BARRIO VILLAS AURORA, según lo prevé el inciso segundo del artículo 36 del Código de Trabajo, es responsable solidaria de los rubros reconocidos en la sentencia dictada en segunda instancia, dado que, se reitera, fue demandada también por sus propios derechos.

93. En este sentido, se acepta el cargo acusado al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP, en lo relativo a la falta de aplicación del artículo 164 *ibidem*, pues al no valorarse en conjunto la prueba aportada, se ha omitido condenar solidariamente a la señora Cristina Plúa Salazar, lo cual provocó la vulneración del artículo 36 del Código de Trabajo.

94. En este contexto, al aceptarse el cargo al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP, sería inoficioso pronunciarse respecto de la acusación planteada por la parte casacionista al amparo del caso cinco, relacionada con la vulneración del artículo 36 del Código de Trabajo.

VI. Decisión:

95. 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, resuelve:

Casar parcialmente la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 5 de mayo de

⁸ Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2678.

2022, a las 14h32, disponiendo que la señora Cristina Plúa Salazar, es responsable solidaria de los rubros reconocidos en la sentencia de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE.

f) DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA JUEZA

NACIONAL (PONENTE) DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA JUEZ NACIONAL DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA JUEZA NACIONAL

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

La Sala de lo Laboral decidió casar parcialmente la sentencia, por considerar que, al haber sido demandada la representante legal del Comité, por sus propios derechos, se ha constituido en responsable solidaria de las obligaciones reclamadas y que han sido reconocidas en la sentencia de segunda instancia.



Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA
DE LO CIVIL Y MERCANTIL
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 17305-2014-0400

Fecha: *jueves 19 de enero del 2023, las 10h10*

TEMA: Apreciación en conjunto de la prueba Art. 115 del Código de Procedimiento Civil. Causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

SÍNTESIS

El juez *a quo* acepta parcialmente la demanda, concediendo la servidumbre de tránsito al actor y disponiendo que se pague al demandado, la indemnización señalada. Lo cual, en la apelación, es ratificado por el *ad quem* al rechazar el recurso vertical. La Sala de casación estima que el vicio de errónea interpretación de una norma se produce cuando el tribunal de apelación, aplica aquella que es correcta para la resolución del problema jurídico, pero equivoca el sentido y alcance que su texto recoge. La parte demandada recurrente, ha alegado errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo cual es contrario a la técnica jurídica aplicable al recurso extraordinario de casación. La Sala realiza un análisis del referido artículo con la finalidad de responder el cargo alegado, explicando que dentro de un proceso judicial, lo que se prueba son proposiciones sobre hechos y no los hechos como tales. Es decir que la proposición de la parte actora, consiste en probar que la única vía de acceso posible a su predio se encuentra en el predio del demandado, por lo que procede la constitución de una servidumbre de tránsito. De tal manera que, una vez ordenados dichos medios de prueba pericial, e introducidos al proceso en legal y debida forma, correspondía su valoración en conjunto, con los demás medios de prueba aportados a la litis, en aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Concluyendo que, en base a las pruebas practicadas, el predio de la parte actora no tiene comunicación con un camino público; por lo que no existe error alguno que deba ser corregido, rechazándose el cargo alegado por la parte recurrente en base a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. La Sala declara improcedente el recurso incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17305-2014-0400

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
Quito, jueves 19 de enero del 2023, las 10h10.
VISTOS:

I

ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada

1. En el juicio especial que por servidumbre de tránsito sigue Jorge Raúl Pérez Aguilera, representante legal de la compañía SUMINISTROS INDUSTRIALES TECNICOS TEXTILES Y ESPECIALES SUMITTE, en contra de Robert Edward Corradini Busch, Diego Fernando Viteri Flores y María Sol Eguez Pérez, el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, emitió sentencia en la

que aceptó parcialmente la demanda, ya que en contra de los demandados Diego Fernando Viteri Flores y María Sol Eguez Pérez la declaró improcedente; concedió la servidumbre de tránsito a la parte actora; y, dispuso que esta última pague al demandado, Robert Edward Corradini Busch, la suma de USD 16.723,54.

2. De esta sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, al que se adhirió la compañía actora, mismo que fue conocido por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el que dictó sentencia el 26 de julio del 2018, las 16h07, en la que rechazó el recurso de apelación de la parte demandada y la adhesión de la compañía actora; y, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

b) Actos de sustanciación del recurso de casación

3. Inconforme con la sentencia dictada, la parte demandada interpone recurso de casación, en base a los casos 1 y 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, mismo que fue admitido a trámite mediante auto de 29 de junio de 2020, a las 10h13, emitido por el doctor Yuri Stalin Palomeque Luna, conjuez nacional.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada

4. La parte casacionista impugna la sentencia de apelación por las siguientes causales:

- Δ Causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es, 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.
- Δ Causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es, 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.

5. La parte actora cita la infracción de las disposiciones normativas contenidas en los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil; 883 del Código Civil; y, 473 del Código Orgánico de Organización, Autonomía y Descentralización.

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia

6. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); Wilman Terán Carrillo; y, David Jacho Chicaiza, es competente para conocer y resolver

este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

7. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

8. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República¹; 184² y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial³; y, 1 de la Ley de Casación⁴.

2.2. Validez procesal

9. En la tramitación de este proceso no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

III

FUNDAMENTOS DEL RECURSO PRESENTADO POR LA PARTE DEMANDADA

10. Como se mencionó en líneas anteriores, el recurso de casación fue admitido a trámite por las causales uno y tres del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que, a continuación se enunciará los argumentos presentados por la parte casacionista en el escrito del recurso.

3.1. Respetto de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

“[...] En la Sentencia Casada se dio una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la

¹ Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

² Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

³ Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

⁴ Art. 1.- Competencia.- El recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas.

Nota: Del Capítulo cuarto, Título IV; y, Capítulo dos, Título IX de la Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449, 20-X-2008) se establece que la Corte Nacional de Justicia reemplaza a la Corte Suprema de Justicia.

valoración de la prueba, específicamente el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, norma procesal que indica:

“Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”

Esta errónea interpretación del precepto jurídico de valoración de la prueba **en CONJUNTO**, concluyo en que los Jueces en la Sentencia equivocadamente resuelvan en la conclusión final del numeral Cuarto de la parte considerativa de la Sentencia que:

“En consecuencia, de la prueba pedida, presentada y practicada conforme a ley y apreciadas las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica confrontadas con las pretensiones y excepciones propuestas por las partes, el Tribunal concluye que se ha justificado el derecho a la servidumbre demandada y comparte en este sentido las motivaciones expuestas en la sentencia de primer nivel”

Lo efectivamente demostrado es que el actor posee un predio sin acceso a una vía pública, lo cual lo reconocen todos los litigantes, peritos y Jueces que han conocido la causa, por tanto debe tener una servidumbre de tránsito para acceder a su predio. Sin embargo, en la Sentencia casada para llegar a dicha conclusión la Sala se fundamenta en una equivocada valoración de la prueba constante en el informe del perito Francisco Herrera (fs. 33) en relación a la diligencia preparatoria de Inspección Judicial que se cita en la Sentencia casada y que indica: “La única posibilidad de acceso a la propiedad de la compañía SUMITTE CIA. LTDA., es por el lindero ESTE que al momento es privado y de propiedad del Sr. Robert Edward Corradini Busch. La vía de acceso por el lindero ESTE antes era vía pública, hoy es privada por resolución del Consejo Metropolitano de Quito (...)” y en el también equivocado Peritaje del Ing. Santiago Vargas, también transcrito en la Sentencia Casada indica “hasta el año 2006 esta franja era camino público”.

Estas citas que la Sala la enuncia en su numeral cuarto son ajenas a la verdad pues lo cierto es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en oficio No. ZN-MW270/ZN-M1884 que corre del expediente en copia certificada indica expresamente: “...no existe registro de al-

gún camino público en posesión del Sr. Corradini y que las aéreas que fueron de propiedad Municipal que correspondientes a la QUEBRADA (No de camino público) están actualmente rellenas y forman parte de propiedades particulares”. La resolución adoptada por el Consejo Metropolitano de Quito en sesión pública ordinaria realizada el jueves 9 de noviembre de 2006, mediante la cual se aprobó el Informe no. Ic-2006-557, de fecha 20 de septiembre de 2006, de las Comisiones de Expropiaciones, remates y avalúos, y planificación y nomenclatura, cambiando la categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado; y, la enajenación directa de fajas de terreno de propiedad municipal a favor de Robert Edward Corradini Busch y los cónyuges Diego Fernando Viteri Flores y María Sol Eguez Pérez, confirma que **NO SE TRATA DE UN CAMINO PUBLICO SINO DE UNA QUEBRADILLA RELLENADA**.

El error de apreciación de la prueba en su conjunto en la Sentencia Casada recae en considerar que la “controversia surge como consecuencia de la Resolución No. 3457 emitida por el Consejo Metropolitano de Quito el 09 de Noviembre del 2006 al considerar el informe No. IC-2006-556 y cambiar de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado y la venta directa de las fajas de terreno de propiedad.

Municipal ubicadas en la calle Cuenca, sector las Palmas, Parroquia de Nayon a favor de Robert Edward Corradini Busch y los cónyuges Diego Fernando Viteri Flores y María Sol Eguez Pérez por considerarlos como únicos propietarios, cuando en existen otros propietarios que hacían uso de esta vía de acceso, y al hacerlo de dominio privado ya no tienen acceso”, lo cual es falso pues no existía “otros propietarios” que hagan uso del supuesto “camino público”, pues eran quebradillas que rellenas y tan es cierto esto que por ello se nos adjudicó forzosamente las mismas, pues siempre el Municipio reconoció que eso no fue camino público ni mucho menos, pues sino ¿cómo nos va a adjudicar un camino público en remate forzado? para que luego nos demanden servidumbres de tránsito. Esta errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que haya conducido a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia queda de manifiesto no solo en la falsa premisa para justificar el acceso por el predio del lado Este al terreno del actor sino que, con dichos peritajes

se indujo a error a la Sala indicando falsamente que por el lado oriental es “técnicamente posible”, siendo al contrario, que es técnicamente imposible llegar a la parte útil de los terrenos del actor por el lado Este, ya que existe subida de 30 metros (lo que los peritos confirmaron con sus aparatos GPS pero no lo ponen en sus informes ni se analiza en la Sentencia Casada). La entrada por el lado Este es técnicamente imposible, por ser una subida muy empinada de 30 grados de inclinación pero en la Sentencia Casada simplemente descarta este análisis que es de vital importancia para la ejecución de la Sentencia evidenciando que en la misma Sala no aprecia la prueba en su conjunto, como dispone la norma citada del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil.

Efectivamente en los recaudos procesales el Municipio ya indicó que no es factible construir una calle con una pendiente de 30 grados de inclinación, pues existe un desnivel de 30 metros (más 1.5 metros de mi lado) vertical a escalar en 53 metros horizontal – hasta llegar a la torre de alta tensión la única parte del terreno del señor Jorge Pérez y no es factible poner una vía de acceso vehicular, solo pueden construir un camino peatonal, y estos documentos no se analizan en la sentencia generando una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba lo que condujo a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia, pues no se aplica los preceptos del Art. 473 del COOTAD que indica que las Sentencias que no observen las normas técnicas municipales sobre ordenamiento territorial son nulas, lo cual es por demás lógico pues el oficio No. 606-DGT-GU-2017 del Municipio de Quito, que obra de autos y no se lo cita en la Sentencia Casada expresa que no es factible un acceso a la parte útil y plana del predio del actor por el lado Este, por aspectos técnicos de niveles de altura y esta errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba condujeron a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia, específicamente el Art. 473 del Código orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que indica ya que bien es cierta esa no es una partición sino una servidumbre de tránsito el precepto legal es plenamente aplicable pues sin el criterio favorable del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito sobre la factibilidad de dicha servidum-

bre la misma resulta inejecutable como en el presente caso.” [Sic].

3.2. Respetto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

“[...] El actor de este proceso Jorge Pérez no demandó a todos los propietarios de los posibles predios sirvientes pues nunca pidió una entrada por las 6 hectáreas de los terrenos baldíos de los herederos de Carlos Alberto Simbaña R., su vecino colindante por el lindero Sur/Oeste o por los otros 2 terrenos en el SUR de su lindero que tienen acceso a 50 metros del terreno de Jorge Pérez a un camino público.

El Código Civil impone a los propietarios de terrenos sin acceso, que les obligue a utilizar la vía de menor afectación pues efectivamente el artículo 883 del Código Civil indica:

“Si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo cualquier otro perjuicio.”

La causa se instauró contra solo uno de los propietarios de los posibles predios sirvientes no aplicando en la sentencia la norma del art. 883 del código civil que obliga demanda a TODOS LOS COLINDANTES.

Es irrefutable que existen otros posibles predios sirvientes pues tanto en la Diligencia previa como en al Juicio principal de servidumbre de tránsito, los peritos indican que hay cuatro alternativas de acceso al predio dominante por tanto sin lugar a dudas la acción debió intentarse contra de todos los cuatro propietarios de los predios sirvientes para que el Juez otorgue la servidumbre de tránsito por cualquiera de las cuatro opciones posibles, siempre buscando la menor afectación, pero en este caso contrariando a la Ley y a la lógica se siguió la demanda contra solo un predio sirviente y contra dos ciudadanos que ni siquiera colindaban con el predio dominante.

Por lo expuesto NO SE APLICO LA NORMA DEL ART. 883 DEL CODIGO CIVIL al no haberse intentado la misma contra todos los cuatro propietarios de predios sirvientes colindantes con el actor de este proceso y haberse accionado únicamente en perjuicio de uno de ellos, tanto más cuanto por los otros posibles



predios sirvientes, que no fueron citados con esta demanda, la servidumbre de tránsito afecta en 14 veces menos que la ilegalmente otorgada en la sentencia cuya nulidad ahora se exige sea declarada.

Esta no aplicación de la norma de derecho es determinante en la parte dispositiva de la Sentencia casada pues por el lindero sur del predio del actor el predio tiene a solo 50 metros un acceso a camino público, pasando por una esquina de un terreno baldío de 60,000m² y no se cuenta con el dueño del predio que aparece catastrado a nombre de Carlos Alberto Simbaña Romero, quien debió ser parte procesal para que sea válida la tramitación de esta causa pues solo intentando la acción contra uno de los colindantes no se perfeccionó la traba de la Litis pues no se contó como todos los involucrados.” [Sic].

3.3. Orden de análisis de las causales alegadas.

11. Sobre el orden de estudio y resolución de las causales que se invocan, la doctrina casacional sostiene:

“[...] Estudiar el orden lógico implica que la Corte analiza los cargos, no en el orden de presentación como aparezcan en la demanda, sino que, por lógica, empieza por los cargos formulados por vicios in procedendo, y dentro de estos, por las causales constitutivas de la denuncia de nulidades procesales, la quinta en materia civil [...] Si se proponen varias causales, el examen debe realizarse primero a las causales constitutivas de vicios in procedendo, partiendo de las causales consagratorias de nulidades procesales, y luego de hace a las causales in iudicando [...]”⁵.

12. En este sentido, el orden de examen de las causales es el siguiente: en primer lugar, la causal segunda, a continuación, la quinta y la cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera, por considerar que este es el orden lógico que de-

ben aplicar los juzgadores al momento de resolver el recurso.

IV

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

13. De acuerdo con lo expuesto en los recursos de casación, este tribunal, para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea los siguientes problemas jurídicos:

Δ ¿Existe errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha causado la falta de aplicación del artículo 473 del COOTAD?

Δ ¿Existe falta de aplicación del artículo 883 del Código Civil?

V

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

14. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas⁶.

15. La motivación es la justificación de la decisión judicial⁷ y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión⁸, en un sentido u otro⁹; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho¹⁰.

16. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel– ha sostenido que:

“[...] lo que [...] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan

⁵ Luis Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la casación*, 2ª. ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2008, pág. 312.

⁶ Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

⁷ Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

⁸ En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

⁹ Ferrer, Jordi, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 187-188.

¹⁰ Nieto, Alejandro, Arbitrio judicial, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 157.

conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho [...]"¹¹

17. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar¹²; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso^{13, 14}.

18. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad¹⁵ de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica¹⁶.

19. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos

sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

"[...] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión [...]"¹⁷ [...] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha [...]"¹⁸

20. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

¹² Artículo 8. Garantías Judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: 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.

¹³ Ferrer, Jordi, Ob. cit., pág. 189-191.

¹⁴ A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de common law, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales —especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión— sepan por qué han ganado o perdido —coloquialmente hablando— el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal* inglesa, caso *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

¹⁵ El juicio de predictibilidad es una suerte de razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

¹⁶ Ferrer, Jordi, Ob. cit., pág. 191.

¹⁷ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

¹⁸ CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.¹⁹

21. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.²⁰

22. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

23. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, se ha alejado de forma explícita y argumentada del test de motivación establecido por la misma Corte en años anteriores, el cual estaba compuesto por los requisitos de lógica, razonabilidad y comprensibilidad; y, además,

ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación que se extrae del contenido de la disposición normativa recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma–, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de “i) *enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores* y ii) *explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*”²¹.

24. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta–, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

25. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.²²

26. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

27. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene “*alguna fundamentación normativa*

¹⁹ Ferrer, Jordi, Prueba sin convicción, pág. 189.

²⁰ Taruffo, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba” en *Discusiones: prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, pág. 89-90. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf> [Acceso 10/01/2023].

²¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pág. 58.

²² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, págs. 61, 61.1, 61.2.

y alguna fundamentación fáctica”, pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia²³.

28. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad²⁴.

29. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.²⁵

30. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.²⁶

31. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.²⁷

32. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.²⁸

33. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

5.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

34. Es necesario puntualizar que, en el Estado

constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

35. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

36. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

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

37. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

38. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

“[...] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos”.²⁹

39. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

40. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva³⁰, que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y

²³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

²⁹ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), pág. 27.

³⁰ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

41. A su vez, la Corte Constitucional³¹ desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.³² Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.³³

42. Por otro lado, la referida Corte vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.³⁴

43. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

44. A la vez, el artículo 8.1 de la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

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

45. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se tiene relación con la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde el texto de la Convención es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

46. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

47. Es decir, este derecho complejo –debido proceso– que implica, a su vez, otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben

³¹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

³² Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

³³ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP-CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

³⁴ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.³⁵

48. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica³⁶.

49. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetivo³⁷.

50. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predecibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna³⁸.

51. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

52. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

53. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el mar-

co del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

5.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

54. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o ‘ruptura’ de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.³⁹

55. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.⁴⁰

56. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación —en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso—, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

57. La casación no reactiva el *proceso productivo de juicio*, puesto que no admite ni actúa pruebas, no elabora hipótesis explicativas del hecho, no selecciona los medios probatorios, no organiza esos medios probatorios dentro de la argumentación, y

³⁵ Gozáini, Osvaldo, Ob. cit., pág. 24.

³⁶ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.

³⁷ MALEM, Jorge, “Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción” en Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.

³⁸ Ibíd., pág. 23.

³⁹ Rodríguez-Zapata, Jorge, Fundamentos de lo contencioso-administrativo, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4

⁴⁰ Rodríguez-Zapata, Jorge, Ob. cit.

tampoco decide sobre el fondo de la causa⁴¹, con la salvedad de los casos determinados jurisprudencialmente en atención a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

58. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: **i)** la interpretación uniforme de la ley; y, **ii)** la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.⁴²

59. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores in *iudicando* ya por errores in *procedendo*.

60. Mario Nájera, lo define como un “recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de

la ley por parte de los Tribunales de Justicia”.⁴³

61. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁴. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.⁴⁵

62. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

63. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.⁴⁶

64. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

Δ Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que

⁴¹ Igartua Salaverría, Juan, (2017) “Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediatez, sana crítica” en Revista de la administración pública, ISSN 0034-7639, N° 204, 2017, págs. 11-39 [online] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6237177> [Acceso 10/01/2023]

⁴² Taruffo, Michele, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, Boloña, Il Mulino, 1991, pág. 72-73.

⁴³ Nájera, Mario, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.

⁴⁶ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

Δ Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

Δ La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

65. El recurso de casación presentado por la parte demandada se apoya en las causales tercera y primera, por lo que, en atención al orden lógico, se analizará primero la causal tercera y luego la primera.

5.3.1. Resolución del problema: ¿Existe errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha causado la falta de aplicación del artículo 473 del COOTAD?

66. La tercera causal del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere a la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que provoquen la no aplicación o la equivocada aplicación de normas de derecho.

67. Por ello, para que prospere esta causal se debe: a) se deben citar normas relativas a la valoración de la prueba que le obligan al juzgador de instancia a valorar conforme la sana crítica racional- donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria⁴⁷-, los elementos de prueba que se aportan, esto es, aplicando las reglas

de la epistemología en general, las reglas del correcto entendimiento humano, es decir, las de la lógica –entre ellas el principio de razón suficiente- y la experiencia común⁴⁸; y, b) que dicha infracción en la valoración probatoria conduzca –indirectamente- a una equivocada aplicación de normas sustanciales en la parte resolutive de la sentencia. Eso significa que no es suficiente que, en la sentencia exista un vicio de derecho en la valoración probatoria, sino que es indispensable que este otro requisito concurra.

68. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameritan corrección.

69. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, señala:

[...] podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo al valorar medios probatorios no insertos en juicio. [...]⁴⁹

70. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad e incluso razonabilidad en la motivación como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración

⁴⁷ Dei Vecchi, Diego, *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2014, 37: 237-261

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 247.

⁴⁹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, juicio N° 1310-2011.

de las proposiciones presentadas por los sujetos procesales y que están vinculadas con el supuesto de hecho de una disposición normativa general.

71. En caso de que la valoración probatoria resulte arbitraria –injusta o ilegítima⁵⁰ o absurda –irracional⁵¹ el juez debe proceder a corregir dicho error. En otras palabras, es necesario que el tribunal de casación verifique que la valoración de la prueba resulte razonable –racional, legítima, aceptable y que goce de suficiencia–.

72. La parte demandada acusa errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que establece que la prueba debe ser apreciada en conjunto, razón por la cual, los jueces de apelación habrían resuelto equivocadamente en la sentencia, pues, realizan una equivocada valoración de la prueba constante en el informe del perito Francisco Herrera y del equivocado peritaje del Ing. Santiago Vargas.

73. Sostiene que las citas de esos peritajes, que son transcritas en la sentencia censurada, son ajenas a la verdad, porque no existe registro de un camino público del que se encuentre en posesión el demandado; a lo que añade, que no se trata de un camino público sino de una quebradilla rellena.

74. Señala que existe un error de apreciación de la prueba en conjunto, al considerar que la controversia surge como consecuencia de cambiar de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado, cuando en realidad existió una adjudicación forzosa de las quebradillas que rellenaron.

75. Manifiesta que con los peritajes se indujo a error a la Sala, indicando falsamente que por el lado oriental es técnicamente posible, cuando es todo lo contrario, pues, en realidad es técnicamente imposible llegar a los terrenos del actor por el lado Este, ya que existe subida de 30 metros, lo cual no consta en los informes periciales.

76. Añade que esa errónea interpretación del artículo

115 del Código de Procedimiento Civil, ha conducido a la falta de aplicación del artículo 473 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el cual establece que las sentencias que no observen las normas técnicas municipales sobre ordenamiento territorial son nulas; agregando también que, si bien el presente caso no versa sobre una partición sino sobre una servidumbre de tránsito, este último artículo es plenamente aplicable.

77. El vicio de errónea interpretación de una disposición normativa se refiere a que el tribunal de apelación, aplicó aquella que es correcta para la resolución del problema jurídico, pero equivocó el sentido y alcance que su texto recoge; de tal manera que, quien alega dicho vicio tiene que –necesariamente– explicar cuál es el sentido y alcance errados y cuáles son los correctos, con la finalidad de que se evidencie de manera clara el yerro en que han incurrido los jueces de segundo nivel.

78. La parte demandada no ha explicado cuál es el sentido y alcance correctos, ni mucho menos cuáles son los errados para explicar la manera en que ha incurrido el error de derecho, sino que únicamente ha alegado errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, sin que medie explicación alguna, lo cual es contrario a la técnica jurídica con la que debe ser presentado el recurso extraordinario de casación, evidenciando además, que el recurso así sustentado, ni siquiera debió pasar de la fase de admisibilidad.

79. Asimismo, cuando se recurre por la causal tercera, necesariamente se debe demostrar a través de la argumentación del recurso, la existencia de un yerro probatorio⁵², es decir, que el tribunal de segundo nivel ha valorado un medio de prueba que no se ha incorporado al proceso; ha omitido valorar un medio de prueba que sí se ha incorporado al proceso y que

⁵⁰ En este caso, el término ilegítimo alude a razonabilidad que tiene relación con el discurso performativo axiológico aceptable de la argumentación.

⁵¹ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 62-8, quien, a su vez, señala que los criterios de racionalidad se aproximan a los “estricta racionalidad” expuestos por Manuel Atienza en: Para una razonable definición de razonable”, *Doxa*, No. 4 (1987), 193 y ss. Para dicho autor este parámetro se relaciona con esquemas de corrección de los argumentos de carácter formal y, entre los elementos más característicos, se encuentran: 1) claridad y consistencia conceptual o lingüística. (2) consistencia normativa, esto es, justificar la aplicación de los mismos argumentos para la resolución de casos en los que los hechos sean similares. (3) Saturación o completitud. (4) Respeto de las reglas de la lógica deductiva. (5) Respeto de las cargas de la argumentación propias del control de constitucionalidad de las normas que se derivan del principio democrático e *in dubio pro libertate*, entre otros. (6) Consistencia y coherencia argumentativa entre las proposiciones que componen el fundamento de las decisiones.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, resolución 178 de 24 de junio de 2003, juicio 19-2003 Bravo vs. Palma.

es importante para la decisión; ha valorado medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; o, ha valorado un medio de prueba con trasgresión de la disposición normativa que lo regula; yerro que no ha sido indicado por la parte recurrente, lo que debió observarse en el auto de admisión.

80. Sin embargo, este tribunal con la finalidad de responder el cargo presentado, realiza un análisis de la sentencia censurada, específicamente en lo referente al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, mismo que establece que:

Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

81. Es decir, dicho artículo determina que el sistema de valoración probatoria que se debe seguir en materia civil, es el de la sana crítica racional, que se deben observar las solemnidades prescritas en el ordenamiento jurídico para la existencia o validez de ciertos actos; y, que el juez tiene la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas producidas.

82. La sana crítica racional ha sido entendida como “[...] un sistema en donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, es decir, las de la epistemología general, las reglas del correcto entendimiento humano; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común [...] Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incon-

trolable del sistema precedente [sistema de la íntima convicción], la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente la eventual arbitrariedad de ambos. [...] las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente fallibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable. [...] las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la aceptación de un enunciado fáctico está injustificada por irracional [...]”⁵³

83. Las reglas de la lógica como elementos del sistema de valoración vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, están conformadas por:

Regla de identidad, en virtud de la cual una cosa sólo puede ser lo que es y no otra.
Regla de la (no) contradicción, que significa que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, por ejemplo, que sea verdadera y falsa al mismo tiempo.

Regla del tercero excluido, según la cual entre dos proposiciones en la que una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera.

Regla de razón suficiente, a través de la cual, cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho de estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente.⁵⁴

84. Entendiendo además, que mediante estas reglas lo que se pretende es asegurar, formalmente, la corrección del razonamiento, es decir, que al partir de proposiciones verdades, el juzgador arribe a una conclusión también verdadera.

85. Las reglas de la experiencia⁵⁵ por su parte, son: “[...] Reglas que se refieren a una pluralidad de hechos o de comportamientos cuyo conocimiento se supone derivado de la experiencia que se tiene a partir de estos hechos o comportamientos y enuncian la que parece ser una regularidad en la ocurrencia de los mismos [...]”.⁵⁶

⁵³ Dei Vecchi, Diego, Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2014, 37, pág. 246-251.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la República de Chile, Tercera Sala, Rol No. 8339-2009, 29 de mayo de 2012.

⁵⁵ González Lagier, realiza una clasificación más amplia de las reglas de la experiencia y las divide en tres: aquellas de carácter científico o especializado que son aportadas por los peritos; las de carácter jurídico, que se derivan del ejercicio profesional del juez; y, las de carácter privado, que están dadas por la experiencia del juzgador, pero al margen de su profesión. Este autor, al igual que Limardo (“Repensando las máximas de experiencia, en *Quaestio facti*, N° 2, 2021, 115-153) también agrega que debería preferirse el término de generalizaciones por sobre el de máximas de la experiencia, para poder utilizarlas como garantía de un argumento sobre hechos, propio del modelo de argumentación de Toulmin.

⁵⁶ Taruffo, Michele, “Consideraciones sobre las máximas de la experiencia” en *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 440.

86. O, reglas que se obtienen al observar numerosos y similares casos reales⁵⁷

87. A lo que se agrega que, en la medida que el razonamiento probatorio es prototípicamente probabilístico, a excepción de las presunciones y las definiciones, las conclusiones a las que se arriba por medio de los “enunciados condicionales con referente empírico” –máximas de la experiencia– son únicamente probables, sea en mayor o en menor medida, en virtud del carácter probabilístico del conocimiento humano.⁵⁸

88. En este sentido, cabe resaltar que en el contexto del sistema de sana crítica racional, el juzgador debe valorar el apoyo que cada medio de prueba aporta a las hipótesis en conflicto, tanto de forma individual y en conjunto; de ahí que el resultado de la valoración de prueba es siempre contextual, pues, se refiere únicamente a un determinado conjunto de medios de prueba.

89. Por esta razón, la operación que debe realizar el juzgador, tiene que ver con juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio contribuyen a una hipótesis, y está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad⁵⁹, traducidos en las reglas antes mencionadas.

90. Ahora bien, entendiendo que dentro de un proceso judicial lo que se prueba son proposiciones⁶⁰ sobre hechos y no los hechos como tales –pues los hechos no son verdaderos ni falsos, simplemente ocurren o no–, sostener que una proposición (p) está probada, significa que el conjunto de elementos de juicio disponible en el proceso, apoya suficientemente a (p).

91. De tal manera que, una proposición será verdadera cuando se disponga de medios de prueba suficientes a favor de (p), y será falsa cuando no se disponga de ningún medio de prueba a favor o cuando estos sean insuficientes. Si es verdadera el juzgador la debe incorporar como tal en su razonamiento decisorio; sin embargo, la decisión del juzgador que consiste en no tener como verdadera una proposición, no significa que sea falsa, sino

que aquella no cuenta con el apoyo probatorio suficiente para ser declarada como verdadera.

92. En este sentido, si se tiene en cuenta que la proposición que pretendió probar la parte actora, es que la única vía de acceso posible al predio de la parte actora se encuentra en el predio del demandado, por lo que procede la constitución de una servidumbre de tránsito en el predio de la parte demandada, la actividad probatoria estaba encaminada precisamente a justificar ese único acceso.

93. Es más, al existir oposición del demandado, de acuerdo al artículo 884 del Código Civil, se acudió a la opinión de peritos para establecer, tanto el monto de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre, lo cual se realizó a través de dos peritajes, conforme se desprende de la sentencia censurada, efectuados por el perito Arq. Luis León Cevallos y por el Ing. Santiago Vargas.

94. La función de la prueba por peritos o pericial, es precisamente, verificar hechos y determinar sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que los produjeron y sus efectos.

95. Es una actividad que se realiza siempre por mandato judicial y por personas distintas a las partes procesales, que tienen conocimientos especializados ya sea técnicos, científicos o artísticos, y cuya actividad le suministra al juez argumentos o razones para la formación de un criterio razonado respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del juzgador⁶¹; o, sobre los cuales puede conocer pero no está obligado a ello y que son necesarios para la toma de una decisión.⁶²

96. De tal manera que, una vez ordenados por el juzgador dichos medios de prueba pericial, e introducidos al proceso en legal y debida forma, correspondía su valoración en conjunto con los demás medios de prueba aportados al proceso, en aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

97. En dichos peritajes consta lo que sigue:

⁵⁷ Igartúa Salaverría, J. *El Comité de Derechos Humanos, la Casación Penal española y el control del razonamiento probatorio*, Pamplona, Civitas, 2004, pág. 117.

⁵⁸ Limardo, Alan, “Repensando las máximas de experiencia, en *Quaestio facti*, N° 2, 2021, 115-153.

⁵⁹ Ferrer Beltrán, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho” en *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, Editorial CEJL, 2020, 31-58.

⁶⁰ Entendida como el significado de una oración descriptiva.

⁶¹ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo 2, 2ª. Ed., Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1972, pág. 287.

⁶² *Ibíd.*, pág. 289.

Arq. Luis León Cevallos: De fojas 75 a 84
“[...] 4.4.- DE ACUERDO A LA TOPOGRAFIA Y OCUPACION DE LAS PROPIEDADES DE SUS COLINANTES ES COMPLICADO TENER ACCESO POR LOS LINDEROS: NORTE, SUR Y OESTE A LA PROPIEDAD DE LA COMPAÑÍA SUMINISTROS INDUSTRIALES, TÉCNICOS TEXTILES Y ESPECIALES SUMITTE CÍA. LTDA. REPRESENTADA POR SU GERENTE GENERAL JORGE RAÚL PÉREZ AGUILERA. 4.5.- AL MOMENTO LA UNICA POSIBILIDAD DE ACCESO A LA PROPIEDAD DE LA COMPAÑÍA SUMINISTROS INDUSTRIALES, TÉCNICOS TEXTILES Y ESPECIALES SUMITTE CÍA. LTDA. [...] ES POR EL LINDERO ESTE COLINDANTE CON LA VIA PRIVADA DEL SR. ROBERT EDWARD CORRADINI BUSCH, EN 34.08 METROS LINEALES, VIA QUE SE ENCUENTRA EN PERFECTAS CONDICIONES, SIN NECESIDAD DE REALIZAR OBRAS COMPLEMENTARIAS QUE ERMITAN EL ACCESO Y SU FUNCIONALIDAD. 4.6.- PUESTO QUE LA VIA DE ACCESO MENCIONADA EN EL PUNTO 4.5 EXISTE. NO SE PRODUCE NINGUN TIPO DE AFECTACION FISICA NI AMBIENTAL. 4.7.- SE REALIZA EL AVALUO DE LA VIA EXISTENTE EN SU ESTADO ACTUAL [...] VALOR TOTAL 16,723.54 [...]” [sic].

Ing. Santiago Vargas: De fojas 288 a 333
“[...] CONCLUSIONES FINALES.- [...] a) Se constató la existencia física del predio del actor así como la inexistencia de vía alguna de acceso al mismo al momento de la pericia. b) Se realiza un análisis de la vía de acceso motivo de la demanda y de las tres vías de entrada al predio del Actor que menciona el Demandado. Se concluye que los accesos C y D, quedarían técnicamente descartados, ya que estos implicarían alteraciones en la calzada, ingreso por edificaciones y derrocamiento de elementos constitutivos de las mismas, estos accesos están en propiedad privada, dentro de un conjunto privado. c) Al analizar el posible acceso B al predio del Actor, y en el caso que se adopte como ingreso, se concluye que:

- a. La longitud de afectación al terreno privado 1 sería de 50m aproximadamente.
- b. Se debería realizar un desbanque del talud de suelo natural para formar el acceso, con las consecuentes obras de estabilización de taludes, protección del cerramiento de la propiedad 2, así como obras complementarias de desalojo y limpieza.
- c. Causaría una modificación de la topografía del terreno privado 1, así mismo este se encuentra sin nin-

gún tipo de infraestructura al momento de realizar la pericia, el acceso por esta vía, causaría un impacto ambiental generando partículas de polvo en suspensión, posible contaminación por combustión de derivados de petróleo de los vehículos que ingresarían, impacto auditivo y posible contaminación por desperdicios arrojados.

d. Se accedería a la parte alta occidental del predio del actor, la cual representa aproximadamente el 70 % del área del terreno topográficamente llana y que posee una afectación de redes de alta tensión que hacen que no se pueda realizar obras de infraestructura en esa porción del terreno.

e. El desnivel analizado entre la vía de acceso, calle Joaquín Lalama y el terreno del actor es de 1.50m con pendiente negativa.

f. El terreno privado 1 es propiedad privada dentro de un conjunto privado

d) Al analizar el posible acceso A al predio del Actor, y en el caso que se adopte como ingreso, se concluye que:

a. La longitud de afectación al terreno del demandado sería de 98m aproximadamente.

b. No es necesario realizar ningún tipo de intervención o construcción para el acceso.

c. No causaría ningún tipo de modificación topográfica al terreno del Demandado, el predio del Demandado se encuentra habitado, posee vegetación incorporada por el mismo, el acceso por esta vía, causaría un impacto ambiental generando partículas de polvo en suspensión, posible contaminación por combustión de derivados de petróleo de los vehículos que ingresarían, impacto auditivo y posible contaminación por desperdicios arrojados.

d. Se accedería a la parte baja oriental del terreno del Actor la cual representa aproximadamente el 30 % del área, esta porción no posee afectación, topográficamente quebrada, con posibilidad de albergar obras de infraestructura.

e. El desnivel analizado entre la vía de acceso a la propiedad del Demandado y predio del Actor, es de 0.50m en pendiente positiva.

f. El terreno del demandado es propiedad privada. [...]” [sic]

98. En ambos peritajes se concluye que la vía de acceso idónea a la propiedad de la parte actora es la que se encuentra en la propiedad del demandado, por lo que, evidentemente se ha justificado que:

- i) El predio de la parte actora se encuentra incommunicado del camino público.
- ii) El predio de la parte demandada es la vía de acceso más idónea para que pueda conectarse el predio de la parte actora al camino público.



iii) Por el beneficio a favor del predio de la parte actora (dominante) que se debe imponer judicialmente al predio del demandado (sirviente), la primera debe cancelar un valor para la servidumbre.

99. Medios de prueba que al ser valorados en conjunto con las demás pruebas presentadas, en aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, arrojan las mismas conclusiones que se encontraron en los informes periciales practicados, es decir, que el predio de la parte actora no tiene comunicación con un camino público; que el predio del demandado es la vía de acceso más idónea para que exista dicha conexión; y, el monto que debe pagarse al demandado por la limitación que deberá imponerse en su propiedad a través de la constitución de una servidumbre de tránsito.

100. Razones por las cuales, este Tribunal no encuentra que en la sentencia recurrida se haya interpretado erróneamente el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, ni mucho menos que la valoración probatoria del tribunal *ad quem* carezca de razonabilidad o de suficiencia, por lo que no existe error alguno que deba ser corregido, rechazándose el cargo alegado por la parte recurrente en base a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

101. Respecto de la violación indirecta, esto es, falta de aplicación del artículo 473 del COOTAD, no cabe pronunciamiento alguno, toda vez que se ha negado el cargo de errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

5.3.2. Resolución del problema: ¿Existe falta de aplicación del artículo 883 del Código Civil?

102. El recurrente menciona que la parte actora no demandó a todos los propietarios de los posibles predios sirvientes, debido a que no pidió una entrada por las seis hectáreas de los terrenos baldíos de los herederos de Carlos Alberto Simbaña R., su vecino colindante por el lindero Sur/Oeste o por los otros 2 terrenos en el Sur de su lindero que tienen acceso a 50 metros del terreno de Jorge Pérez a un camino público.

103. Sostiene que la causa se instauró contra solo uno de los propietarios de los posibles predios sirvientes, sin que se aplique en la sentencia recurrida el artículo 883 del Código Civil que obliga demandar a todos los colindantes, por lo que no se perfeccionó la traba de la litis al no contarse con todos los involucrados.

104. El artículo 883 del Código Civil establece que: Art. 883.- Si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros

predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo cualquier otro perjuicio.

105. Disposición que determina que el dueño de un predio que no tiene comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, tiene derecho para imponer a los otros –predios– la servidumbre de tránsito, siempre que esta sea indispensable, y pagándose el valor del terreno y los perjuicios que puedan provocarse, sin que en parte alguna de la disposición se establezca la obligación de demandar a todos los predios colindantes, sino a los que estén obstaculizando el paso al camino público.

106. Sin embargo, dicha disposición normativa sí fue aplicada, toda vez que en virtud de aquella, los jueces de apelación, al valorar los diferentes medios de prueba, establecieron en la sentencia que el predio de la parte actora no tiene comunicación con un camino público por interposición de otros predios; que de acuerdo a los informes periciales la servidumbre de tránsito debe constituirse en el predio del demandado; y, que debe pagársele un valor al propietario del predio sirviente, conforme se verifica también en el numeral 4.3.- de la sentencia recurrida.

107. Razón por la cual, no procede el cargo de falta de aplicación del artículo 883 del Código Civil, alegado en base a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

IV DECISIÓN

108. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, 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”, por unanimidad, resuelve:

108.1. Declarar improcedente, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia, el recurso presentado por Robert Edward Corradini Busch, demandado.

108.2. Por consiguiente, no casa la sentencia emitida el 26 de julio de 2018, a las 16h07, por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

108.3. Entréguese el monto caucionado a la parte actora.

108.4. Sin costas que declarar en sede de casación.

108.5. Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese y devuélvase.**

f) DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA.

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE). DR. WILMAN TERÁN CARRILLO **JUEZ NACIONAL (E.)** DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E).**

II

Juicio Nro. 09332-2019-00874
Fecha: 28 de julio del 2023, a las 15h44.

TEMA: Legitimación, *Ad causam*, legitimación *ad precesum*. Definición, diferencia.

SÍNTESIS

El recurrente invoca la falta de aplicación del artículo 107 numeral 3 del COGEP, por cuanto existiría ilegitimidad de personería de la parte actora. Al respecto, se precisa establecer cuál es la naturaleza jurídica de la legitimidad de personería, el artículo 107 numeral 3 del COGEP define la solemnidad sustancial común a todos los procesos. La legitimación en la causa, conocida también como *legitimatio ad causam*, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión. Para que exista la legitimación en causa, el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido; y, el demandado, la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatio ad processum*, se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro. En este segundo caso estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería. La falta de legitimación en la causa, no es convalidable, porque esta legitimación es un requisito esencial para que la parte procesal (actor o demandado) participe con idoneidad en el litigio; a contrario sensu, la falta de legitimación en el proceso, es convalidable, subsanable si se ratifica la comparecencia a juicio o lo actuado en el proceso. La ilegitimidad de personería al tratarse de una solemnidad sustancial, produce nulidad mientras que, la falta de legitimación activa o pasiva en causa, la inhibición, ya que el litisconsorcio necesario, impide dictar sentencia de fondo. En el caso, la Sala analiza la acusación del recurrente y concluye que la actora compareció debidamente con su acción de dominio, en cumplimiento del artículo 33 del COGEP, sin que dicha cuestión adjetiva, se subsuma en alguno de los casos de ilegitimidad de personería. Adicionalmente, la Sala aclara que el recurrente, como parte de su argumento, afirma que, el Juez de primer nivel, al tenor de los artículos 142 y 143 del COGEP, debía advertir la ilegitimidad de personería, pues no se cumplían los parámetros descritos en las normas invocadas al calificar la demanda, sin haber sido esta una de sus excepciones a la demanda. Finalmente, la calidad en la que compareció la actora está debidamente acreditada en la demanda; está consolidada la legitimidad de personería, por lo que, la debida justificación de la legitimación procesal o *legitimatio ad processum*, condujo a consolidar la legitimación en la causa o *legitimatio ad causam*, probando la titularidad del bien inmueble objeto de reivindicación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09332-2019-00874

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, 28 de julio del 2023, a las 15h44.

VISTOS: En virtud del recurso de casación planteado por Félix Espinoza San Lucas, demandado,

en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Ad quem; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el recurso extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso in examine, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

I.1.OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La abogada Marcia Marylin Quinteros Coello, en calidad de representante legal de la “Fundación Estrella de Amor”, en juicio ordinario, demanda a Félix Espinoza San Lucas, la reivindicación de un inmueble; en el siguiente contexto:

(...) Con el documento público que aparece de ESCRITURAS PUBLICAS, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, TOMO 39 de fojas 19225 a 19226, No. 8679, el uno de Junio de 2017, celebrada entre la M. Ilustre Municipalidad de Guayaquil, y la FUNDACION ESTRELLA DE AMOR, DEMUESTRO que mi representada adquirió la legítima propiedad del inmueble ubicado en la Cooperativa el Limonal manzana 2377 solar No. 8 sector 90, de esta ciudad de Guayaquil, compuesto de solar y edificación con los siguientes linderos: (...)

Es el caso señor Juez que el demandado FELIZ ESPINOZA SAN LUCAS pretende posesionarse ilegítimamente del bien inmueble, sin razón, ni justificación alguna, a pretexto de que por caridad se le dio hace unos años por el 2005 un lado del inmueble para que viva y cuide el terreno, por un tiempo limitado hasta hacer y concluir la edificación que se levanta en el predio Jardín de infantes, conforme el anexo 10 -11 -12 que contiene la descripción del proyecto arquitectónico jardín de infantes, plano, presupuesto de obra y fotografía de la edificación, la misma que se concluyó a finales del 2008. El demandado se ha negado a salir, manteniendo cerradas las puertas y no saliendo cuando se lo ha requerido, interponiendo recursos judiciales como fue primeramente la controversia ante la Municipalidad, iniciada mediante carta del 7 de Enero del 2013 (anexo 14), la misma que concluyó con resolución a favor de mi representada obteniendo las escrituras de compra-venta del solar de 11 de Octubre del 2016 (anexo 7) en base entre otras pruebas a la escueta socioeconómica del 13 de Julio del 2004 (anexo 13).

Posteriormente el demandado interpone el Juicio de Amparo Posesorio, en Agosto de 2015, con mala fe y con el solo objeto de retardar su salida del inmueble, la demanda que fue declarada sin lugar, conforme la sentencia del 5 de Junio del 2007 (anexo 2), mencionada anteriormente. Luego el demandado interpuso Recurso de Apelación ante la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Magistrados que con fecha 27 de Agosto de 2018 CONFIRMAN la sentencia subida en grado que declara sin lugar la demanda presentada por el mencionado Espinoza San Lucas (anexo 3).

Posteriormente el demandado interpone el Recurso Extraordinario de Casación en contra de la sentencia dictada en la causa de Amparo Posesorio, recurso que se declaró que No Procede en auto de 27-09-2018 (anexo 4). A pesar de todas las sentencias a favor de la Fundación, Señor Juez el demandado se ha negado a salir, manifestando públicamente que nadie, ni ningún juez lo va a sacar, y que espera a la fuerza pública haber si lo saca, profiriendo amenazas contra los miembros de la Fundación, continuando ilegalmente dentro de la propiedad de la Fundación Estrella de Amor, impidiendo el funcionamiento del local para lo que fue creado de asistencia social sin fines de lucro.

4.- Sobre el referido inmueble a finales del año 2008 la Fundación con recursos donados por sus miembros fundadores construyeron la edificación Escuela Jardín (no habitacional) que se levanta sobre el terreno, cuya foto adjunto para mejor ilustración. El demandado no ha querido salir, habiendo estado viviendo en la edificación sin justo título, deteriorándola y adaptándola a su comodidad y para lucrarse indebidamente de arriendos, ya que la edificación fue planeada y construida para que funcione una guardería gratuita en beneficio de la colectividad y no para vivienda.- El demandado no ha querido salir pese a muchos requerimientos, se ha escondido y puesto unas cámaras para saber quién llega y esconderse. (...)

Amparado en las normas legales contenidas en los Art. 933, 934, 941 y 939 del código Civil, los Arts. 141 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos "COGEP" que tratan sobre la demanda y procedimientos, así como el Art. 289 del mismo cuerpo de leyes, presento Demanda de Reivindicación. (...)

Solicito señor juez que en sentencia se condene al Demandado la RESTITUCION del inmueble de propiedad de mi representada la FUNDACION ESTRELLA DE AMOR, solar y edificación de la Cooperativa el Limonal manzana 2377 solar No. 8 sector 90, de esta ciudad de Guayaquil, con los siguientes linderos: NORTE solar No. 9 con 20,20 metros; al SUR calle pública con 20,10; por el ESTE solar No. 6 Y 7 con 38,45



metros; por el OESTE calle pública con 38,30 metros, medidas que hacen un área o superficie de 773,24 M2, de ser preciso mediante la fuerza pública, inmueble que el demandado no quiere entregar, a fin de que mi representada legítima propietaria haga uso del inmueble, para función social que es el fin para cual fue adquirido y construido, de tal manera que no se turbe, embarace o se despoje injustamente del dominio que le corresponde a mi representada; exijo el pago por parte del demandado de daños y perjuicios y más frutos y más prestaciones por ser poseedores de MALA FE; y el pago de costas procesales y honorarios por la defensa (...)" (Sic).

2. De autos se verifica que el accionado Félix Espinoza San Lucas, comparece al proceso, planteando excepciones en el siguiente sentido:

"(...) 1. Como excepción opongo la NEGATIVA PURA Y SIMPLE de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

2. Prescripción Adquisitiva Extraordinaria de Dominio de conformidad con el artículo 2410 del Código Civil, ya que estoy en posición con ánimo de señor y dueño, pública e ininterrumpidamente desde el 10 de febrero del 1999, es decir por más de quince años.

3. Prescripción extintiva de la acción de conformidad con el artículo 2415 del Código Civil, ya que han transcurrido más de 10 años para que la parte actora exija su reclamo sobre la propiedad del bien inmueble objeto de la presente demanda. (...)" (Sic)

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, el abogado Manuel Andrés Rosillo Reyes, Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Guayaquil, emite su sentencia aceptando parcialmente la demanda de reivindicación, la misma que es reducida a escrito el viernes 6 de diciembre de 2019, a las 15h25, en el siguiente contexto:

"(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta parcialmente la demanda propuesta por la Abogada MARCIA MARYLIN QUINTEROS COELLO, por los derechos que representa de la Fundación Estrella de Amor, en contra del señor FÉLIX ENRIQUE ESPINOZA SAN LUCAS; en consecuencia, se ordena que el demandado en el plazo de 60 días restituya a la Fundación Estrella de Amor, en la persona de su Representante Legal o quien haga sus veces, el Solar y edificación No. 8, de la manzana 2377, ubicado en la Cooperativa el Limonal, de esta ciudad de Guayaquil, compuesto con los siguientes linderos: NORTE: solar No. 9 con 20,20

metros; al SUR: calle pública con 20,10 metros ; por el ESTE: solar No. 6 y 7 con 38,45 metros; y, por el OESTE: calle pública con 38,30 metros, medidas que hacen un área o superficie de 773,24 MTS2, código catastral número 90-2377-008-0-0-0. Sin costas e indemnizaciones que regular conforme se analizó en el considerando séptimo de este fallo. Se deja a salvo, el derecho del demandado, para que inicie las acciones legales pertinentes por prestaciones mutuas si hubiera lugar y por cuerda separada.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE (...)" (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por el demandado, Félix Enrique Espinoza San Lucas, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia de 21 de agosto de 2020, las 15h44, rechaza el remedio procesal y confirma la sentencia del A quo, en el siguiente sentido:

"(...) En virtud de lo antes expuesto, este Tribunal de Mayoría de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Corte Provincial de Justicia del Guayas, conformado por Abg. Daniel Rodríguez Romero (ponente) y Abg. Johanna Tandazo Ponce, resuelve RECHAZAR el recurso de apelación presentado por la parte accionada, FÉLIX ESPINOZA SAN LUCAS y consecuentemente CONFIRMAR la sentencia venida en grado. No proceden costas procesales en esta instancia (...)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Félix Espinoza San Lucas, demandado, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 22 de marzo de 2021, las 10h37, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(...) CUARTO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por FÉLIX ESPINOZA SAN LUCAS, ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con los requisitos de los Arts. 266 y 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por el caso uno del Art. 268 del COGEP (...)" (Sic.)

7. El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272

y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 9 de julio de 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

10. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E)¹, al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, *ibídem*.

11. Así también, en aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama al doctor Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), para reemplazar al doctor Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (e), en virtud de la licencia legalmente otorgada.

12. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (E); y, David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

13. La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recur-

sos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; artículos 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL.

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de aquel cuerpo normativo.

15. El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

16. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral “6” de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 1 del artículo 268 del COGEP**, respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

“(…) 1. Las normas de derecho infringidas inherentes a la causal 1 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, en que ha incurrido el Tribunal de segunda instancia son las siguientes:

-Falta de aplicación de los Arts. 107.3 del Código Orgánico General de Procesos;

-Falta de aplicación del Art. 1561 del Código Civil;

-Falta de aplicación del artículo 142 y 143 Código Orgánico General de Procesos; sobre la calificación de la demanda (...)

¹ Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

En la parte de la sentencia que impugno existe La Sala ha aplicado indebidamente las disposiciones concernientes a la nulidad por legitimidad de personería. Ahora bien, el predio que se pretende reivindicar es el inmueble detallado en el considerando 3.1. de este fallo, el cual es de propiedad de la Fundación Estrella de Mar., la Ab. Marcia Quinteros Coello ha acreditado ser Presidenta de la Fundación Estrella de Mar, de acuerdo al documento remitido por el Ministerio de Inclusión Económica y Social de fecha 15 de enero de 2019 Sin embargo, no existe documento en el expediente que acredite que ella, como Presidenta, tiene la representación legal de la Fundación Estrella de Mar, o si esa representación la ejerce de manera individual o conjunta o, en su defecto, si ella no tiene ninguna representación legal al respecto. Tratándose de una fundación, debió haber adjuntado copia de sus estatutos en la que se indique si ella, efectivamente, ejerce la representación individual de dicha persona jurídica, pero aquello no ha sucedido en la especie más aún que en el documento emitido por el MIES no se indica que ella sea la representante o se indique parte del estatuto que así lo refiera.

Lo que se demuestra con el voto salvado del DR. PONCE en la cual si toma en consideración que la parte actora no demostró si la representante legal, tiene dentro de sus atribuciones presentar demandas en contra de terceros, ya que nunca adjunto el estatuto, ya que el documento del Mies solo dice que tendrá la representación, pero no habla que tipo de representación. (...) Señor Juez, la norma de derecho procesal que ha viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión es el de aplicación de los Arts. 107.3 del Código Orgánico General de Procesos; ya que la actora del presente juicio adjunto un documento en la cual es la representante legal, pero no adjunto el estatuto de la fundación en donde indique cuales son las atribuciones del representante legal de la mencionada fundación, lo que ha viciado de nulidad ya que los jueces debieron haber subsanado dicho error cometido, y declara la nulidad de todo el proceso a fojas de la calificación de la demanda, usted indica en su providencia que completa la norma procesal que ha viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, la norma que invoque es la proceso de nulidad insubsanable y no la indefensión, ya que dentro del artículo 268 del COGEP, indica lo siguiente: "1.- Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal" el artículo

indica con la letra "O" que puede ser una de las dos causas esto es que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable por que la fundación no adjunto los estatutos para saber si la representante legal tenía atribuciones de presentar demandas en contra de cualquier persona natural o jurídica. Por lo que dicha decisión y por no haber subsanada ese error si afecto en la causa de acuerdo a las normas previstas en el Art. 107 y siguientes previsto en el Art. 153 de la norma ibídem, pues incurrir en las trascritas conlleva la declaratoria de nulidad, la aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para cada caso, el juzgador que ha dado un sentido y alcance que no tienen, que es contrario al espíritu de la Ley y esto conlleva la Falta de aplicación del artículo 142 y 143 Código Orgánico General de Procesos; sobre la calificación madre la demanda y que el juzgador al momento de calificar la demanda debió haber revisado la documentación y haber ordenado que se complete la misma lo que ha conllevado a vicios de nulidad insubsanables (...) "(Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

17. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, al advertir que la demanda no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 142 y 143 del COGEP, incurre en error de omisión del artículo 107 numeral 3 ibídem, referente a la legitimidad de personería, como solemnidad sustancial, común a todo proceso, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

18. El Ecuador es "...un Estado constitucional de derechos y justicia..."; en esa ilación, tomando como referente el contenido del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por nuestro país, se considera lo siguiente:

19. El Ecuador es un Estado constitucional, pues: "...la constitución determina el contenido de la ley, el

acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”².

20. Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar los fallos o resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, debido proceso, y defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

“...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...”.

21. Este derecho, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional.

22. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano - Función Judicial, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión³; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁴.

23. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

24. Adicionalmente, resulta menester destacar que

el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”⁵.

25. Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, en concordancia con el precepto del artículo 11.9 ibídem.

26. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que “...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...”.

27. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

28. Finalmente, la CRE, determina que **el Ecuador es un Estado de justicia**, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que el mismo, tiene como

² Ramiro Ávila Santamaría, La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

³ Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: “(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; Art. 184: “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

⁴ Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190: “Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

⁵ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

objeto la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo, en procura de alcanzar sus fines, en la justicia especializada en materia civil y mercantil.

29. *Per se*, la casación, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación, dentro de su ámbito nomofilático y dikelogico.

30. La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*⁶

31. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas

que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

32. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *“Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a*

las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”*, en este sentido, *“rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”*⁷

33. El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

34. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266 del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

35. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que *“(...) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia”*.⁸

36. Ahora bien, el COGEP, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 267, textualmente señala:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que

⁶ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

⁷ Andrade, Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

⁸ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada”.

37. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamandrei, define la casación como un instituto judicial “...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”⁹

38. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores “*in iudicando*” existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de cada yerro acusado y admitido a trámite.

39. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 1 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

40. El debido proceso es un derecho de protección que contiene múltiples garantías para las personas; *per se*, implica la existencia de mecanismos de tute-

la y de efectividad concretos dentro de un proceso, como seguridad para las partes procesales de que sus derechos serán discutidos en un proceso justo e imparcial; el mandato de optimización analizado involucra la existencia de un procedimiento que debe desarrollarse conforme parámetros mínimos que permitan la defensa de sus intereses, en igualdad de armas.

41. La ordenación del proceso exige el cumplimiento de unos requisitos y condiciones mínimas de orden formal; partiendo de ese presupuesto, los Jueces tienen el deber de conducir los procesos dentro de los lineamientos preestablecidos, sin contradicciones, evitando yerros u omisiones que ocasionen perjuicios a las partes procesales; las actuaciones judiciales deben enmarcarse en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en cuanto no es discrecional al Juez ni a la partes, apartarse de la ley procesal que señala un camino y un orden para los actos procesales, de modo que deben -los Jueces- observar plenamente las formalidades propias de cada juicio, las mismas que se establecen como garantías normativas en la legislación procesal, observando el respeto de los derechos fundamentales y los principios que rigen el sistema procesal vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia.

42. La dirección de los procesos a cargo de los Jueces, debe respetar la forma del trámite fijado en la ley y sus actuaciones están sometidas a las reglas fijadas en ella, como límites-garantías para las partes procesales, considerando desde luego las formalidades esenciales o sustanciales que no pueden dejarse al arbitrio ni del Juez ni de las partes procesales, y las accidentales que no vulneren derechos fundamentales del debido proceso (derecho de defensa, etc.), esto es, que el debido proceso no se refiere a las meras formas.

43. En la estructura del COGEP, la nulidad procesal, *per se*, no es un recurso taxativo; es una garantía normativa que procura que el órgano jurisdiccional verifique las actuaciones de la causa en el ámbito procesal, para la concreción del debido proceso, en cualquier etapa del procedimiento o estado del juicio; la existencia de una causal de nulidad, acarrea una sanción extremadamente grave que se reserva para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos

⁹ Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que, para acceder a ésta, se deben observar ciertos principios procesales como: especificidad (*taxatividad*), trascendencia y convalidación, a saber: **a)** principio de especificidad o legalidad, el cual consiste en que no hay nulidad sin texto legal expreso; **b)** principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que además exista un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad, y **c)** principio de convalidación, el cual hace referencia a que, toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insanables.

44. Ergo, para arribar a una nulidad, la causa de la misma, debe estar expresamente consignada como tal en la norma jurídica y dicho motivo debe haber influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: en primer término, se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo término, el órgano jurisdiccional sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso.

45. La nulidad en el proceso es una declaración judicial que deja sin efecto un acto procesal por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley; que busca excluir todo o una parte del proceso en cuya sustanciación no se ha cumplido con las solemnidades esenciales exigidas por la ley adjetiva. La razón jurídica para la existencia de la nulidad es porque es el medio idóneo para impugnar la vigencia de un proceso que adolece de vicios sustanciales. Mediante éste se pone de manifiesto el interés del Estado para que se sustancien procesos que sean firmes y estén libres de vicios que afecten al ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales.

46. El Art. 169 de la CRE, señala:

“(...) El sistema procesal es un medio para la reali-

zación 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”.

47. El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional, es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, entre ellos el derecho al debido proceso y sobre todo la defensa.

48. En razón de lo anotado, se puede colegir que las causales de nulidad procesal buscan *“(...) proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez (...)”*¹⁰.

49. Al hablar de las nulidades procesales, la Corte Nacional de Justicia, ha indicado:

*“(...) la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto (...)”*¹¹.

50. Ahora bien, en el régimen procesal aplicable al caso, como garantía normativa, para garantizar el debido proceso, se ha establecido una causal de casación, la misma procede cuando se haya incurrido en vulneración de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad; así, el caso 2, del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...)

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

51. Conforme las ideas desarrolladas ut supra, en relación con la causal objeto de análisis, no toda violación del procedimiento es motivo de casación.

¹⁰ Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 647-2014. Acurio López.

¹¹ Corte Nacional De Justicia de Ecuador, caso Nro. 627-2012. Estado ecuatoriano Vs. García Sabando.

La garantía normativa es explícita al señalar que el cargo procede únicamente por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocando indefensión, bajo el supuesto de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

52. Santiago Andrade Ubidia, sobre este punto refiere:

“Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad; b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia).

Los vicios que privan al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no existe en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso, inciden en la constitución de la realidad procesal”¹².

53. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- “(...) Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma procesal violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas en-

tre sí (principio de no contradicción).

- El cargo elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma procesal, que debe ser identificada claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración).
- La violación de la norma procesal, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe haber viciado al proceso de nulidad insanable o causado indefensión y haber influido por la gravedad de la trasgresión en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (principio de trascendencia)”¹³

54. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerrores *in iure* acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, los jueces del Tribunal de apelación, omitieron aplicar al caso, las garantías normativas establecidas en los artículos 107 numeral 3, 142, y 143 del COGEP, y 1561 del Código Civil, lo que, a la vez, enervó la validez procesal y provocó indefensión.

55. En lo referente a la presunta vulneración del artículo 1561 de Código Civil, cabe advertir que dicha norma no tiene naturaleza procesal, por lo que la invocación de la misma bajo el manto de la causal 1 del artículo 268 del COGEP, soslaya los principios de no contradicción, debida fundamentación, demostración, y trascendencia, por tanto, la censura es improcedente.

56. Continuando con el estudio del caso, la **falta de aplicación** de la ley, acusada, en el caso 1 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas procesales, que ha debido aplicar, infracción que vicia al proceso de nulidad insanable o causa indefensión, que influye por la gravedad, en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

57. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, corresponde *prima facie*, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

¹² Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador, Andrade&Andrade Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005, 1era edición, p. 116 y 117.

¹³ Corte Nacional de Justicia, Sentencia caso No. 17230-2019-02515.

58. Conforme lo indicado *ut supra*, el problema jurídico planteado, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, al advertir que la demanda no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 142 y 143 del COGEP, incurre en error de omisión del artículo 107 numeral 3 *ibídem*, referente a la legitimidad de personería, como solemnidad sustancial, común a todo proceso, cuestión procesal que enervó la validez procesal, y de ser el caso, provocó indefensión?

59. Para dar respuesta al problema jurídico, es menester el estudio de las garantías normativas procesales cuya falta de aplicación se acusa.

60. Desde la órbita del régimen procesal vigente, el libro III, del COGEP, intitulado “Disposiciones comunes a todos los procesos”, en su título I “Actos de proposición”, capítulo I “Demanda”, desarrolla un sinnúmero de garantías normativas referentes al contenido de la demanda y los documentos que se deben acompañar a la misma. A su vez, el libro II, del COGEP, intitulado “Actividad Procesal”, en su título I, desarrolla un sinnúmero de “Disposiciones Generales”, por su parte, el Capítulo VIII, establece las garantías normativas de “Las nulidades”; así, desde el ámbito de la teoría general del proceso, emerge la legitimidad de personería como una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos (artículo 107 numeral 3 del COGEP). En este contexto, el desarrollo conceptual de las normas singularizadas *ut supra*, y su irradiación procesal, conforme lo indicado, se derivan de la teoría general del proceso, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de la demanda y su contenido, solemnidad sustancial, legitimidad de personería, y nulidad, todo lo cual tiene relación con las disposiciones generales de la actividad procesal.

61. En términos concretos el censor, acusa la falta de aplicación del artículo 107 numeral 3 del COGEP, por cuanto, según su argumento, Marcia Marylin Quinteros Coello, al presentar la súplica al órgano judicial, adjuntó un documento según el cual, presuntamente, justificaba ser la representante legal de la Fundación “Estrella de Amor”, que sin embargo de ello, no anexó el “Estatuto” de la Fundación, que singularice cuales son las atribuciones del representante legal de dicho ente ficticio; por lo cual, existiría ilegitimidad de personería de

la parte actora, cuestión adjetiva que al no haber sido subsanada, al tenor de los artículos 142 y 143 del COGEP, generó la nulidad procesal de la causa.

62. Al respecto, para dilucidar el problema jurídico planteado, *prima facie*, se precisa establecer cuál es la naturaleza jurídica de la legitimidad de personería como solemnidad sustancial; el artículo 107 numeral 3 del COGEP, señala lo siguiente:

“Art. 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: (...)

3. Legitimidad de personería”

63. Para abordar el tema, en breves líneas, corresponde referirnos a la “*Legitimatio ad processum*” y “*legitimatio ad causam*”. La legitimación en la causa, conocida también como *legitimatio ad causam*, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión; Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatio ad processum*, se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro. En este segundo caso sí estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en nuestro lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería.

64. Los casos en que no existe debida legitimación en la causa son los siguientes: **a)** Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser persona distinta a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y **b)** Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso¹⁴ (Litis consorcio obligatoria o necesaria).

65. La falta de legitimidad de personería se circunscribe en la falta de capacidad para comparecer a juicio: **a)** quien por sí solo no goza de capacidad; **b)** quien afirma ser representante legal y no lo es; **c)** el que afirma ser procurador y no tiene poder; **d)** el procurador con poder insuficiente; y, **e)** quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido aprobación.

¹⁴ Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004. Pág. 259.

66. La falta de legitimación en la causa, no es convalidable, porque esta legitimación es un requisito esencial para que la parte procesal (actor o demandado) participe con idoneidad en el litigio; a *contrario sensu*, la falta de legitimación en el proceso, es convalidable, subsanable si se ratifica la comparecencia a juicio o lo actuado en el proceso.

67. La ilegitimidad de personería al tratarse de una solemnidad sustancial, produce nulidad mientras que la falta de legitimación activa o pasiva en causa, desemboca en sentencia inhibitoria, ya que cuando no se encuentra debidamente constituido el litisconsorcio necesario, se impide dictar sentencia de fondo.¹⁵

68. Esta Alta Corte ha señalado que *“La falta de personería, ilegitimidad de personería o falta de “Legitimatio ad processum”, se produce cuando el actor o el demandado carecen de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos, o en la ausencia de apoderado o representante legal cuando el que comparece lo hace a nombre de un incapaz, o en la falta o insuficiencia de poder del que aparece en juicio como procurador judicial; (...) sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, impide que el proceso iniciado concluya con una sentencia de mérito, por lo tanto, de prosperar la excepción, el fallo no constituye cosa juzgada, ya que deja la facultad de reiniciar el debate procesal cuando la situación se subsane; esta excepción se conoce también en la doctrina como legitimidad procesal o legitimatio ad processum”*¹⁶.

69. Ahora bien, se observa que el censor, no está cuestionando que la parte actora no tenga la capacidad para activar la acción reivindicatoria; a contrario sensu, es claro que el argumento del recurrente, tiene relación exclusiva con la legitimidad de personería (*legitimatio ad processum*) que tiene Marcia Marylin Quinteros Coello, ya que increpa que dicha persona al comparecer al órgano judicial con la súplica, no justificó documentadamente su capacidad para comparecer a nombre y representación de la Fundación “Estrella de Amor”.

70. Delimitada la censura, es de relevancia, verificar los hechos procesales ciertos, que coadyuvan al análisis del problema jurídico; estos son:

- Marcia Marylin Quinteros Coello, comparece al órgano judicial y presenta la demanda de reivindicación, objeto de este proceso,

en calidad de presidenta de la Fundación “Estrella de Amor”.

- Al tenor de los documentos anexos a la demanda, Marcia Marylin Quinteros Coello, el 11 de octubre del 2016, a nombre y representación de la Fundación “Estrella de Amor”, compareció al otorgamiento de la escritura pública de compraventa realizada a favor de referida persona jurídica; es decir, desde el año 2016, dicha ciudadana ha comparecido como representante de la Fundación.
- La accionante, al presentar la demanda, en copia certificada, adjuntó a la misma, el oficio No. MIES-CZ-8-DDG2-2019-0016-OF de 15 de enero de 2019, suscrito por Adela Mora Cedeño, Directora Distrital del MIES, del cual se desprende que el registro de la Directiva de la Fundación “Estrella de Amor”, para el periodo 3 de octubre de 2018 hasta el 2 de octubre de 2020, constando como Presidente Marcia Marylin Quinteros Coello.
- Existen dos documentos de la entidad administrativa competente, que fuera de toda duda permiten concluir que la abogada arcia Marylin Quinteros Coello, tiene la representación legal de la Fundación “Estrella de Amor”.
- El Ministerio de Inclusión Económica y Social, por medio de Asesoría Jurídica inscribe la nómina de la Directiva de la Fundación, constando la señora Marcia Marylin Quinteros Coello, como Presidenta.

71. Estos hechos procesales ciertos, en convergencia con la esencia jurídica de la legitimidad de personería o *legitimatio ad processum*, coadyuvan a concluir que, en efecto, la Fundación “Estrella de Amor”, es una persona jurídica, al tenor de las reglas establecidas en el artículo 564 del Código Civil, por ello, al ser una *persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*, está sometida a registro y control del MIES, y requiere ser representada por su condición de incapacidad relativa en los términos descritos en el artículo 1463 del Código Civil; por ello, se estableció su directiva debidamente inscrita, de la cual, la ciudadana Marcia Marylin Quinteros Coello, ostenta la presidencia; en esa virtud, dicha ciudadana compareció en representación del ente jurídico (incapaz relativo),

¹⁵ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Proceso No. 13335-2016-00442, 23 de septiembre de 2022

¹⁶ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Proceso No. 813-2009, 31 de octubre del 2012.

¹⁷ COGEP: “Art. 33.- Representación de personas jurídicas en el proceso. Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial.”

con su acción de dominio, en cumplimiento además del artículo 33 del COGEP¹⁷, sin que dicha cuestión adjetiva, se subsuma en alguno de los casos de ilegitimidad de personería, todo lo contrario, con ello se aseguró la legitimidad procesal, tanto más que, de autos, no está justificado que dicha ciudadana no goce de capacidad para representar a la corporación, o que haya afirmado ser representante legal sin serlo.

72. Se insiste, Marcia Marylin Quinteros Coello, si ostenta legitimación de personería, en la presente causa, en esa virtud, planteó la acción de reivindicación; sumado a ello, no existe dato procesal en contrario que determine una cuestión distinta.

73. Continuando con el análisis, el censor, como parte de su argumento, afirma que, el Juez de primer nivel, al tenor de los artículos 142 y 143 del COGEP, debía advertir la ilegitimidad de personería, pues no estaban cumplidos los parámetros descritos en las normas invocadas, al calificar la demanda, por lo que la misma debía ser completada; ante este enunciado, es claro que, el *A quo*, consideró que estaban reunidos los requisitos de la demanda, frente a esta determinación judicial, el censor, en el momento procesal oportuno, no planteó como excepción previa la falta de legitimidad de personería, al tenor del artículo 153 del COGEP, por lo que este asunto procesal, no fue un tema inherente a la traba de la litis, el mismo emerge en la fase de impugnación, sin sustento válido conforme lo analizado.

74. En esa ilación, el Tribunal de Apelación, respecto al problema jurídico en estudio, esgrimió el siguiente argumento:

“...el Tribunal de mayoría, al valorar las pruebas en su conjunto, en franca y fiel aplicación de la sana crítica, de la revisión de los autos y lo practicado en audiencia en esta instancia, precisa que la calidad en la que comparece la Abg. MARCIA MARYLIN QUINTEROS COELLO, como Presidenta y Representante legal de la Fundación “Estrella de Amor”, si se encuentra debida y legamente acredita conforme el Oficio Nro. MIES-CZ-8-DDG2-2019-0016-OF que obra a foja a foja 20 ulta. de los autos suscrito y conforme obra a fojas 25-47 la escritura de compraventa de terreno objeto de la acción de reivindicación planteada la parte accionante, suscrito entre el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil a favor de la Fundación “Estrella de Amor”, representada por la Abogada antes

referida, consecuentemente es improcedente la nulidad solicitada por el accionado recurrente. (...)”

75. Ergo, el *Ad quem*, con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, da respuesta al cuestionamiento del censor, sobre el asunto analizado, sin que en dicha argumentación se incurra en la vulneración de ninguna norma adjetiva, tanto más que, se insiste, la calidad en la que comparece Marcia Marylin Quinteros Coello, como Presidenta y representante legal de la Fundación “Estrella de Amor”, está debidamente acredita conforme el Oficio Nro. MIES-CZ-8-DDG2-2019-0016-OF, adjunto a la demanda; ergo, está consolidada la legitimidad de personería.

76. Finalmente, la debida justificación de la legitimación procesal o *legitimatío ad processum*, condujo a consolidar la legitimación en la causa o *legitimatío ad causam*, pues de los hechos fijados como ciertos, la Fundación “Estrella de Amor”, debidamente representada por su presidenta, es la legitimada activa en la acción de dominio, pues referida persona jurídica ostenta la titularidad del bien inmueble objeto de reivindicación, ya que al tenor de los hechos fijados como ciertos, según la escritura pública de compraventa celebrada en la Notaría 55 del cantón Guayaquil, entre la Ilustre Municipalidad de Guayaquil y la Fundación “Estrella de Amor”, el día 11 de octubre del 2016, y el Certificado del Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, la parte actora justifica la propiedad del bien inmueble objeto de reivindicación, cumpliendo así uno de los requisitos para la procedencia de la acción.

77. Esta Alta Corte, ha indicado que, para la procedencia de la acción de reivindicación, se requiere: “1) que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada; 2) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende; 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica; y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado”¹⁸; en el in examine, al haberse justificado y consolidado todos los requisitos de ley, se validó la acción de dominio, conforme lo indicado.

78. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas procesales, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del

¹⁸ Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5007 (Quito, 17 de febrero de 2004).

medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran no aplicadas y violadas, y que por ende provocarían un error *in procedendo*; asimismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una falta de aplicación de los artículos 107 numeral 3, 142, y 143 del COGEP, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

79. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITU-**

CIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, RESUELVE:

80. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Félix Espinoza San Lucas, demandado, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando e in procedendo*, y los cargos acusados.

81. Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del COGEP, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (actora), por la demora, el valor total de la caución.

82. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

f) DR. DAVID JACHO CHICAIZA JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE). DR. CARLOS PAZOS MEDINA CONJUEZ NACIONAL (E). DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE JUEZ NACIONAL (E).

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que en la sentencia de apelación no se ha infringido ninguna solemnidad sustancial común a todo proceso, todo lo contrario, se ha respetado el debido proceso.

III

Juicio Nro. 01331-2019-00448
Fecha: 21 de agosto del 2023, a las 15h38

TEMA: Legitimatío ad processum. Legitimatío ad causam.

SÍNTESIS

La Sala observa que la recurrente incurre en una imprecisión al plantear su acción de nulidad de sentencia, basada en la ilegitimidad de personería (artículo 112 numeral 2 del COGEP), ya que, contradictoriamente, en el relato de los hechos hace referencia a cuestiones atinentes a la legitimación en la causa, al afirmar que no se consolidó “la personería de la parte actora en el juicio ordinario rescisión de contrato descrito en la narración de los hechos” y “por ende el litis consorcio de dicha parte procesal en el juicio en mención”. El Tribunal Ad quem, aborda la diferencia entre la “*Legitimatío ad processum*” y “*legitimatío ad causam*”, infiriendo que, se refería a un caso de falta de legitimación en la causa o falta de legítimo contradictor y no de ilegitimidad de personería, por ello concluyó que “al ser el argumento para sostener la ilegitimidad de personería que no se ha contado con el curador de la herencia yacente ni con los herederos presuntos y desconocidos de XX, la acción deviene en improcedente”; ergo, en dicho ejercicio argumentativo del Tribunal de apelación no se evidencia contradicción ni incompatibilidad, tampoco deficiencia motivacional, por lo que el cargo planteado por la impugnante, deviene en improcedente. Desarrolla, posteriormente, una línea argumentativa encaminada a sostener que la confusión afincada en la demanda respecto de lo que constituye la “*Legitimatío ad processum*” y la “*legitimatío ad causam*”, y el hecho procesal cierto que determina que la sentencia cuya nulidad se persigue, está ejecutada, en aplicación del penúltimo inciso del artículo 112 del COGEP, impedían que prospere la acción de nulidad de sentencia incoada. Por lo cual, la censura deviene en improcedente. La Sala rechaza el recurso incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01331-2019-00448

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, 21 de agosto del 2023, a las 15h38

VISTOS: En virtud del recurso de casación interpuesto por Cecilia Isabel Malla Lopez, actora, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la

Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. La ciudadana Cecilia Isabel Malla López, en juicio ordinario, demanda a Elsa Viviana Lopez Criollo y Widinson Leonel Lopez Maldonado, la nulidad de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de fecha 22 de junio del año 2018; en el siguiente contexto:

“(...) 1. Conforme se podrá advertir de las copias certificadas que adjunto a la presente con fecha

jueves 21 de abril del año 2011, a las 10H40, las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representante legales de sus hijos menores de edad a esa fecha, ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, propusieron una demanda en contra de la compareciente CECILIA ISABEL MALLA LOPEZ, solicitando la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa suscrito, con fecha 12 de noviembre del año 2007, ante la Dra. Maria Cristina Coellar Lituma, Notaria Segunda del cantón Gualaceo inscrita en el Registro de la Propiedad y Mercantil del cantón Chordeleg, el 26 de noviembre del año 2007, con el No. 425, suscrita por quien en vida fue el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA, a favor de la suscrita CECILIA ISABEL MALLA LOPEZ, para lo cual se adjunta a la demanda en referencia, la correspondiente escritura pública antes citada, respecto de los derechos y acciones del inmueble denominado La Delicia y de los derechos y acciones del cuerpo denominado Norchan, ubicados en la parroquia y cantón Chordeleg de la provincia del Azuay, demanda esta que recayera la competencia por sorteo en el Juzgado Vigésimo Segundo de lo Civil Temporal de Gualaceo; mismo que a la actualidad forma parte de la Unidad Judicial Civil, con sede en el cantón Gualaceo, provincia del Azuay asignándose a dicha demanda el No. 01622-2011-0244, misma que con posterioridad previo a sorteo para la Unidad, se lo signo con el No. 01331-2013-0918,

2. Dentro del mentado juicio con fecha 21 de octubre del año 2016, las 10H26, la señora Jueza de la Unidad Judicial Civil, con sede en el cantón Gualaceo, provincia del Azuay, ha emitido sentencia, declarando sin lugar la demanda, sin costas ni honorarios que regular, decisión esta que es apelada para ante la Sala de la Civil y Mercantil de la Corte provincial de Justicia del Azuay. Tribunal de alzada que con fecha 22 de junio del año 2018, las 14H15, procede a emitir sentencia, aceptando el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia recurrida, declarando con lugar la demanda propuesta por las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representante legales de sus hijos menores de edad a esa fecha, ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, y la rescisión del contrato bilateral, oneroso por lesión enorme, descrito

con anterioridad en el numeral 1 de esta narración, que es lo más sobresaliente de dicho pronunciamiento.

3. El proceso judicial signado actualmente con el No. 01331-2013-0918, en el cual se han obtenido las sentencias referidas con anterioridad, no se acreditado la legitimidad de personería de la parte actora, pues dentro del proceso ordinario por lesión enorme, seguido en mi contra, por parte de las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representante legales de sus hijos menores de edad a esa fecha, ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, no se contó con el correspondiente curador de la herencia yacente dejada por el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA, así como tampoco se contó con los herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue el señor Segundo Alfonso López Saquicela, conforme se puede advertir de los pronunciamientos vertidos en dicho juicio, tanto en primera como en segunda instancia, por lo tanto la sentencia emitida en segunda instancia por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que se encuentra ejecutoriada, debe ser declarada nula, al no haberse legitimado la personería de la parte actora, de conformidad con lo previsto en el art. 299 numeral 2 de nuestro Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo establecido en el art. 112 numeral 2 de nuestro COGEP, pues la legitimidad de personería de la accionante, nunca fue planteada y peor aún resuelta como excepción previa, por haberse tramitado el proceso judicial ordinario por lesión enorme, conforme las Normas previstas en nuestro Código Adjetivo Civil (...)

Fundamento mi derecho de acción en los arts. 502, 996, 998, 1255, 1263 y 1264, de nuestro Código Civil Ecuatoriano; arts. 43, 53, 82 incisos 3 y 4, 83, 346 numeral 3, 359 y 362 de nuestro Código de Procedimiento Civil; y, arts. 31, 32, 56 inciso segundo, 58, 112.2 de nuestro COGEP Disposición Transitoria Primera y Segunda de nuestro COGEP, por lo que demando a través de este libelo, a los señores ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WIDINSON LOPEZ MALDONADO. (hoy mayores de edad). (...)

La pretensión clara y precisa que se exige.-

Que en la sentencia que usted se digne emitir, acepte la demanda propuesta por la compareciente y declare la nulidad de la sentencia pronunciada en segunda instancia por parte de la Sala



de lo Civil y Mercantil de la Corte provincial de Justicia del Azuay, que yace de fecha 22 de junio del año 2018, las 14H15, por haber demostrado la falta de legitimación de personería de la parte actora al haber impulsado el juicio ordinario de rescisión de contrato por lesión enorme descrito en la narración de los hechos, al no haberse contado con el curador de la herencia yacente, ni haberse citado a los herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue padre de los accionados ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WIDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, esto es el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUI-CELA (...)" (Sic).

2. De autos se verifica que Elsa Viviana López Criollo, accionada, comparece al proceso, planteando excepciones en el siguiente sentido:

"(...) Alego como excepción previa COSA JUZGADA, en sus dos formas, cosa juzgada formal y cosa juzgada material, conforme lo manda el artículo 153.8 del Código Orgánico General de Procesos COGEP- (...)

3.3.- El artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos manda que la sentencia ejecutoriada es nula en los casos en los que taxativamente establece la ley pero existe una excepción en la norma que está contemplada en el inciso segundo del numeral 4.- del referido artículo y que dice. "Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta NO HAYA SIDO EJECUTADA".-

3.4. La sentencia dictada en el juicio de rescisión de contrato por lesión enorme signado con el No. 1331-2013-0918 está ejecutada, pues la misma se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Chordeleg con lo que las cosas volvieron a su estado anterior, tanto más que los demandados al ser sus únicos propietarios, el GAD Municipal de Chordeleg, en vista de que una parte de la Hacienda "La Delicia" fue expropiada, procedió al pago de la indemnización a sus legítimos herederos.- (...)

4.1. Litis pendencia.

4.2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;

4.3. Improcedencia de la demanda.- 1.- La ilegitimidad de personería.-

4.3. Falta de derecho de la actora, pues no le asiste causa o motivo alguno para demandar en la forma que lo hace.-

Las excepciones las alego unas en subsidio de las otras (...)" (Sic)

3. Así también, se verifica que el ciudadano demandado Widinson Leonel Lopez Maldonado, comparece al proceso, deduciendo excepciones en el siguiente contexto:

"(...) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho;

- Falta de derecho para proponer la presente acción, toda vez que la sentencia cumple con lo establecido en la norma.

- Mala fe de la parte actora, al presentar una demanda sin tener derecho alguno fallando a la verdad, tratando de hacer incurrir en error a su Autoridad (...)" (Sic)

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

4. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la abogada Eva del Pilar Pacheco Rodríguez, Jueza de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Gualaceo, Provincia del Azuay, emite su sentencia declarando sin lugar la demanda, la misma que es reducida a escrito el 21 de agosto del 2020, las 17h44, en el siguiente contexto:

"(...) "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", declara sin lugar la demanda por improcedente, con costas, la parte actora deberá pagar a la parte demandada 600,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a cada uno de los demandados y al Estado Ecuatoriano por los gastos del Estado en la prestación del servicio judicial un salario básico unificado por cuanto se ha observado abuso de ley conforme lo dispuesto en el artículo 284 COGEP. Oficiase a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura a fin de que se realice los trámites pertinentes para el cobro del monto fijado a favor del Estado Ecuatoriano. Por cuanto el auto interlocutorio de resolución de excepciones previas ha sido apelado por los demandados y actora; y, de admisión o no de la prueba por la parte demandada; así como la sentencia ha sido apelados por parte de la actora, apelaciones que fueron concedidas en efecto diferido y suspensivo respectivamente, las partes deberán fundamentar en el término de 10 días bajo prevenciones de ley. NOTIFÍQUESE (...)" (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

5. Frente al recurso de apelación interpuesto por la actora, Cecilia Isabel Malla Lopez, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, en sentencia de 8 de julio del 2021, las 14h57, rechaza

el remedio procesal y confirma la sentencia del A quo, en el siguiente sentido:

“(…) ‘ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA’, desestima el recurso de apelación interpuesto y, bajo la motivación expuesta confirma la parte resolutive de la sentencia recurrida, que declara sin lugar la demanda. Sin costas (….)” (sic)

1.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

6. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, Cecilia Isabel Malla Lopez, actora, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

7. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 16 de marzo del 2022, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

“(…) RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con la estructura del Art. 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por los casos dos y tres del Art. 268 del COGEP; (….)” (Sic.)

8. El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

9. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte.

10. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 17 de mayo del 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente cau-

sa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

11. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E)¹, al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

12. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E); y, David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

13. La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; artículos 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL.

14. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

15. El presente proceso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los

¹ Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso de casación, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión del mismo.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

16. En el *in examine*, el Conjuetz Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral “7” de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP**, respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

17. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP, señala:

“(...) En lo que hace relación de la causal 2da del art. 268 de nuestro COGEP, esto es: (...)

Conforme podrá advertir el Tribunal Casacional, de la sentencia pronunciada con fecha 8 de Julio del año 2021, por los jueces Ad- Quem (...) los mismos adoptan una decisión contradictoria e incompatible con los asuntos sometidos a la controversia, pues si tomamos en consideración que la compareciente pretende la declaración de nulidad de la sentencia pronunciada con fecha 22 de junio del año 2018, las 14h15, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que declara con lugar la demanda propuesta por las señoras SILVIA BEATRIZ CRIOLLO ZUMBA Y MARIA FELICIA MALDONADO JARA, en sus calidades de madres y representantes legales de sus hijos menores de edad, en ese entonces ELSA VIVIANA LOPEZ CRIOLLO Y WINDINSON LEONEL LOPEZ MALDONADO, al no contactarse con los curadores yacentes y herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue su progenitor el señor SEGUNDO ALFONSO LOPEZ SAQUICELA, es decir, al no existir legitimación de personería de dicha parte procesal como actora o legítima necesaria activa, dentro de dicho juicio de rescisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 112 numeral 2 de nuestro COGEP, cuando además del contexto de la contestación a la demanda podremos advertir que los accionados jamás argumentaron de que la sentencia pronunciada dentro del juicio de rescisión de contrato signado con el número 01331- 2013-0918, se encontraba ejecutoriada o alegaron la excepción previa de cosa juzgada, conforme lo establecido en el artículo 153. 8 de nuestro COGEP, pero los juzgadores analizan entre otras cosas, lo más sobresaliente que ellos consideran en su fallo, así, en el considerando CUARTO numeral 4.14, inferen textualmente (...)

así también en su considerando cuarto, numeral 4.16, analizan el certificado de gravámenes constante a fojas 30 y vuleta, en el que indican que con la inscripción de la sentencia por lesión enorme en el Registro de la Propiedad del Cantón Chordeleg, de fecha 30 de Julio del año 2018, se demuestra que se encuentra ejecutada la sentencia emitida por la Sala antes citada el día 22 de junio del año 2018, las 14h15, cuando no hay prueba alguna en el proceso, en el sentido de que se halle ejecutada la sentencia, con dicha inscripción, pues dicha razón debió devenir del juzgador de primer nivel, que ejecuto la sentencia emitida en el juicio de rescisión, previa razón del secretario, si se ha cumplido o no con dicha ejecución, y además debió ordenarse merced aquello el archivo del proceso por no tener nada más que cumplirse, y esto no sucedió, pues aquel criterio es elucubración de los jueces de segunda instancia, ya que se llega al colmo de rechazar el recurso interpuesto por esta parte procesal pese haberme dado la razón de que los demandados no conformaron el litis consorcio necesario- activo, y confirman la sentencia malhadada de la Jueza de primera instancia que declara sin lugar mi demanda, a quien pese haberle llamado la atención por confundir lo que son nulidades procesales y nulidad de sentencia, acorde a lo previsto en los arts. 111 y 112 de nuestro COGEP, ratifican su decisión, por lo que nos encontramos frente a una decisión contraria e incompatible porque no se sabe porque se rechaza el recurso y por ende la demanda propuesta, si los mismos juzgadores me dicen que tengo la razón, y no se alega excepción alguna de cosa juzgada por los demandados, habida cuenta inclusive de que los señores Jueces de segundo nivel, observando el derecho de tutela imparcial y expedita y el principio de imparcialidad concedidos en el art. 75 de nuestra Constitución de la Republica y art. 9 de nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, debían resolver única y exclusivamente la pretensión y la contradicción en relación a lo cual se trabó la litis, y nada más de aquello, por lo que al haberse resuelto de manera contradictoria e incompatible la cuestión controvertida, se advierte la arbitrariedad de los juzgadores del tribunal de alzada, quienes pretenden convertirse en otros abogados defensores más, de los demandados, y es más cuando sus considerandos son contradictorios y no guardan relación con la prueba que debió haberse evacuado, para demostrar las pretensiones de la acción y contradicción, denotándose un claro exceso de dichos operarios de justicia, cuando los mismos inclusive por las obvias y lógicas razones que advierten en su considerando CUARTO numerales 4.10 al 4.14, al denotar la supuesta falencia de la juzgadora, al interpretar de manera errónea y sesgada

los artículos 111 y 112 de nuestro COGEP, por espíritu de cuerpo, ratifican su decisión, cuando lo más obvio y lógico es que al advertir dicha equivocación corrijan el fallo de primer nivel, y lo reformen, sin declarar el error inexcusable de tan prestigiosa dama, y esto no ocurre en la especie, pues si damos lectura a la decisión de primer nivel que es ratificada por la sala, se puede advertir que mi demanda se rechaza, porque no hemos citado a los señores Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte provincial de Justicia del Azuay, que según la misma son legitimados pasivos en este tipo de acciones, y es en base a ello que ratifican dicho fallo, contradictorio e incompatible.

Además considero de que la decisión hoy recurrida, pronunciada por el Tribunal de Segunda instancia que yace fecha 08 de julio del año 2021, carece de la garantía de motivación prevista en el artículo 76 numeral 7 literal I de nuestra norma suprema en concordancia con lo prescrito en el art. 89 de nuestro COGEP, pues si por un lado en el considerando cuarto numeral 4.14, parte final establece que esta parte procesal me encontraría con toda la razón para haber demandado la nulidad de la sentencia pronunciada dentro del juicio de rescisión No. 01331- 2013-0918, pronunciada con fecha 22 de junio del año 2018, las 14h15, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que acredita la falta de legitimación activa necesaria acorde a lo previsto en el artículo 112 numeral 2 de nuestro COGEP, no se entiende porque los juzgadores toman una decisión en el sentido de rechazar el recurso y confirmar la sentencia subida en grado, sobre la base de analizar un certificado emitido por parte del señor Registrador de la Propiedad que no se sabe de qué cantón es, obrante a fojas 30 y vta., del proceso conforme lo determina en el considerando cuarto numeral 4.16, para argumentar de que la sentencia en referencia se encontraba ejecutada, cuando era obligación de la parte demandada solicitar al juez del juicio de rescisión del contrato en mención, de que a través de secretaria se siente la razón de que la sentencia en referencia se encontraba ejecutoriada y ejecutada, y esto no sucedió, por lo mismo no existe racionalidad en dicha decisión, porque los señores juzgadores suponen que al encontrarse inscrita la sentencia en el Registro de la Propiedad no sé de qué cantón, se encuentra ejecutada, y es ilógica la misma porque si los demandados no demuestran que existe ejecución de la misma y no alegaron cosa juzgada, los juzgadores no pueden de ninguna manera haber resuelto, en el peor de los casos rechazar el recurso y confirmar la sentencia de primera instancia, y no es nada entendible que dándome la razón en el considerando cuarto numeral 4.14 se rechace el recurso de apelación

interpuesto sobre la base de argumentar que habiendo un certificado del registro de la propiedad que obra de fojas 30 y vta., del proceso, la sentencia se encuentra ejecutada, de lo que se advierte un claro abuso del poder del tribunal de alzada quien pretende a toda costa beneficiar a la parte demandada, llegando al colmo de ratificar una decisión de primer nivel espuria e inmotivada, equivocada y falta de probidad de la juzgadora de primer nivel, a quien por hacerle un favor a la sociedad de Gualaceo deberían darle cursos de capacitación para que no confunda lo que son nulidades procesales versus las causales de nulidad de sentencia, y con ello haberse declarado el error inexcusable, y no haber tapado las barbaries de dicha juzgadora, tomando en consideración lo previsto inclusive en el art. 37 de nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se establece el perfil que debe cumplir la o el servidor de la Función Judicial (...)" (Sic)

18. Sobre el caso 3 del artículo 268 ibídem, refiere:

"(...) Como se puede advertir de la sentencia hoy casada pronunciada por los señores juzgadores de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con fecha 8 de julio del año 2021, las 14h57, la misma no resuelve el asunto sometido al litigio, pues de su parte expositiva considerativa y especialmente resolutive, se advierte que la misma no resuelve la procedencia o no de la demanda de nulidad de la sentencia pronunciada con fecha 22 de junio del año 2018, las 14h15, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro del juicio de rescisión del contrato 01331-2013-0918, al amparo de lo previsto en el artículo 112 numeral 2 de nuestro COGEP, esto es por falta de legitimidad de personería o legitimación necesaria, pues la misma se limita a rechazar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la sentencia recurrida por la Juez de primera instancia, pero que la sala analiza se dedica a analizar un certificado de gravámenes constante a fojas 30 y vta.. del proceso, para argumentar que se encuentra ejecutada la sentencia en mención, cuando la parte demandada no ha alegado cosa juzgada el momento de contestar la demanda y de conformidad con lo previsto en el artículo 153 numeral 8 de nuestro COGEP, y no declara si acepta o rechaza mi pretensión expuesta en mi demanda, y en que se sustenta, lo cual conlleva a determinar que en la sentencia hoy recurrida, existe un vicio de citár petita, pues los juzgadores no analizan porque es o no procedente la demanda y porque es o no procedente la contestación y excepciones propuestas por los accionados, y peor aún subsume su criterio de rechazo, a fin de que se resuelva el punto de la controversia o de litigio,



pues eluden pronunciarse sobre el fondo del asunto, citando criterios de legitimación de personería y de ejecución de sentencia, y se dedica analizar la equivocación de la juzgadora, respecto de lo que constituye nulidades procesales y nulidades de sentencia, en los términos antes citados en la sentencia casada, por lo que no resuelve absolutamente nada de lo controvertido, y que era obligación hacerlo, en cumplimiento de ellos derechos de la suscrita concebidos en los arts. 75, 76 y 82 de nuestra Norma Suprema, relacionadas con la tutela imparcial y expedita, el derecho a la defensa y la tutela imparcial y expedita (...)"(Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

19. Delimitados los cargos en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿La sentencia impugnada, contiene decisiones contradictorias o incompatibles, o adolece de motivación?

¿El Tribunal de apelación en su sentencia, incurre en un vicio de incongruencia (citra petita), al no resolver asuntos que fueron materia del litigio, eludiendo pronunciarse respecto del fondo del conflicto?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

20. El Ecuador es "...un Estado constitucional de derechos y justicia..."; en esa ilación, tomando como referente el contenido del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por nuestro país, se considera lo siguiente:

21. El Ecuador es un Estado constitucional, pues: "...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y proce-

dimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."².

22. Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar los fallos o resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, debido proceso, y defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

"...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..."

23. Este derecho, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional.

24. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano - Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión³; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión⁴.

25. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

26. Adicionalmente, resulta menester destacar que **el Ecuador es un Estado de derechos**, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

² Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

³ **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** "(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."; **Art. 184:** "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)".

⁴ **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190:** "Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

*“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”*⁵.

27. Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, en concordancia con el precepto del artículo 11.9 *ibídem*.

28. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *“...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...”*.

29. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

30. Finalmente, la CRE, determina que el **Ecuador es un Estado de justicia**, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que el mismo, tiene como objeto la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo, en procura de alcanzar sus fines, en la justicia especializada en materia civil y mercantil.

31. Per se, la casación, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación, dentro de su ámbito nomofiláctico y dikelógico.

32. La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*⁶.

33. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

34. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *“Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”*, en este sentido, *“rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el*

⁵ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

⁶ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”⁷

35. El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

36. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266 del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

37. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que “(...) La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia”.⁸

38. Ahora bien, el COGEP, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 267, textualmente señala:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y

precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada”.

39. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamandrei, define la casación como un instituto judicial “...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”⁹

40. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores “*in iudicando*” existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de cada yerro acusado y admitido a trámite.

41. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

42. El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem* (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (...)

⁷ Andrade, Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

⁸ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁹ Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

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.”

43. Ahora bien, dicho caso, establece la posibilidad de tres vicios del fallo que pueden dar lugar a que el mismo sea casado; el autor Santiago Andrade Ubidia, sobre el tema, señala:

*“Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive (...) 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 (...) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado”.*¹⁰

44. Ergo, del análisis de la causal de casación, se

estima que, para su configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

45. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo¹¹, son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

46. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación, e indica que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 89 del COGEP.

47. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional¹², doctrinaria¹³,

¹⁰ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador: “Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

¹² Desde la óptica del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha desarrollado el siguiente argumento, en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela: “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 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.)

¹³ Dentro del ámbito doctrinario, respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: “(...) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (...)”. (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

y jurisprudencialmente¹⁴.

48. La garantía de la motivación de las sentencias se halla establecida tanto en la norma constitucional como legal, asimismo desarrollada:

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

COFJ: “Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

COGEP: “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”.

49. En forma concomitante, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, per se, dicha cuestión constituye uno de los errores *in judicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

50. Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

51. Además, se debe ser enfático en lo siguiente:

¹⁴ Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho, la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

“(...) La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos” (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, p. 6).

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema de la motivación, ha desarrollado el siguiente argumento:

“Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte motivada, pues entre la una y la otra existe una relación causa y efecto, y forman una unidad” (Ecuador, Corte Suprema de Justicia Resolución N° .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90- 01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).

la obligación de motivar las resoluciones judiciales busca que la misma “reúna ciertos elementos argumentativos mínimos” y que la decisión cuente con una estructura mínimamente completa para establecer que es “suficiente”, es decir que, la argumentación contenga una “fundamentación normativa suficiente” y una “fundamentación fáctica suficiente”, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130 numeral 4 del 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”. (Énfasis añadido).

52. Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: “...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...”¹⁵ (Énfasis añadido).

53. Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre los preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectual les permite llegar a una adecuada conclusión.

54. La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, dictada dentro del caso No. 1158-17-EP, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, ha desarro-

llado pautas jurisprudenciales, que establecen el siguiente criterio rector:

“...En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. Esto quiere decir lo siguiente:

61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en “la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas”. O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, “[l]a motivación no puede limitarse a citar normas” y menos a “la mera enunciación inconexa [o “dispersa”] de normas jurídicas”, sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.

61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, “la motivación no se agota con la mera enunciación de [... los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]”, sino que, por el contrario, “los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [...] si no se analizan las pruebas”. En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en “la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas”, sino que se debe: “exponer [...] el acervo probatorio aportado a los autos”, “mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado” y “permitir conocer cuáles son los hechos”. Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes”¹⁶

55. Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida,

¹⁵ Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

la parte interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, infringieron el criterio rector señalado *ut supra*, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

56. En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de la motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, “*con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación*”¹⁷.

57. Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por la parte impugnante, en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia. Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación la parte recurrente?

58. Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debía ajustarse a los siguientes estándares:

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

59. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿La sentencia impugnada, contiene decisiones contradictorias o incompatibles, o adolece de motivación?

60. De los enunciados de la parte recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del Ad quem, incurre en la vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 89 del COGEP, por las siguientes razones:

- Que la decisión es contradictoria e incompatible frente al asunto sometido a la controversia, cual es la demanda de nulidad de la sentencia de 22 de junio de 2018, emitida en el caso No. 01331-2013-0918, por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay (que declaró con lugar la demanda propuesta por Silvia Criollo Zumba y María Maldonado Jara, representantes legales de sus hijos menores de edad Elsa López Criollo y Windinson López Maldonado), por no haberse contado con los curadores yacentes y herederos presuntos y desconocidos de quien en vida fue Segundo López Saquicela, es decir, por no haberse conformado adecuadamente el Litis consorcio activo necesario.
 - Que los accionados jamás plantearon la excepción previa de cosa juzgada, sin embargo, de ello, el Tribunal Ad quem, contradictoriamente desarrolla el tema aludido.
 - Que la decisión es contradictoria e incompatible, porque pese a que los mismos juzgadores de apelación, señalan que el fundamento planteado por el actor, en torno a la inadecuada conformación de la Litis consorcio activo necesario, en la causa No. 01331-2013-0918, es razonable, rechazan el recurso y por ende la demanda propuesta, lo que deriva en un vicio motivacional.
 - Que la sentencia del Ad quem, es inmotivada, ya que erradamente se valora un certificado de gravámenes para considerar que la sentencia dictada en el proceso No. 01331-2013-0918 está ejecutada, cuando aquella cuestión debía ser justificada mediante la certificación emanada del órgano judicial competente en aquella causa.
 - Que pese a sostener que la Jueza A quo, confunde la nulidad procesal con la nulidad de sentencia, el Ad quem, confirma la resolución de primer nivel, lo que vuelve a la decisión esbozada en la sentencia impugnada, en contradictoria e incompatible.
61. Ahora bien, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 33.

¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: **una fundamentación normativa suficiente, y una fundamentación fáctica suficiente**, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

62. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de motivación, observándose desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: la inexistencia; la insuficiencia; y, la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguna de estas tipologías elementales:

63. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica¹⁹.

64. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.²⁰ Manuel Atienza, señala que “el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión”, en este sentido “*motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión*”²¹

65. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprendibilidad²², conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

66. Incoherencia.- Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamenta-

ción jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

67. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación²³.

68. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente²⁴.

69. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho).

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

²¹ Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138

²² Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

²³ Ibídem.

²⁴ Ibídem.

La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.²⁵

70. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.²⁶

71. Ahora bien, relacionando el cargo casacional planteado por el censor, con el conflicto judicializado, y **la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada**, es de relevancia puntualizar la esencia de la misma como institución jurídica.

72. La acción de nulidad sentencia, ataca el principio de intangibilidad de la cosa juzgada, en cuanto significa “...en general la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarle. No constituye, pues, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzca.”²⁷

73. En la misma línea, la cosa juzgada es “un atributo de la sentencia firme que le otorga autoridad a la misma, prohibiendo a los jueces sustanciar otro proceso sobre la misma cuestión ya decidida –non bis in ídem-. Y además, dictar una sentencia que contradiga a la anterior (...) el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.

La sentencia en firme es inimpugnable en cuanto ha precluido todas las impugnaciones, es decir, no pueden oponerse contra ellas más recursos que puedan modificarla, en el mismo proceso o en otro futuro. También, es inmutable o inmodificable y consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La coercibilidad o imperatividad implica que la sentencia, básicamente de condena, es susceptible de ejecución procesal forzada, a pedido del ejecutante.”²⁸

74. La cosa juzgada, es una institución que constituye uno de los elementos sustanciales de la seguridad jurídica, desde que el efecto principal de la sentencia ejecutoriada, sobre el proceso, “...proviene de la energía jurídica de que está revestida, en virtud de la ley, y que la convierte en una norma inmutable y coercible, que da fin a la relación jurídica procesal, impide que se debata de nuevo el mismo asunto, y es susceptible de ejecución por el mismo órgano que la pronunció.”²⁹

75. Sin embargo, nuestro sistema procesal prevé como excepción, los casos en que una sentencia ejecutoriada puede ser anulada; en ese contexto, en la acción de nulidad de sentencia, “lo que se discute es si en el proceso en el que recayó la sentencia que se pretende su anulación, se sustanció observándose los requisitos esenciales para que exista jurídicamente y si el demandado tuvo o no la oportunidad de ejercer su defensa”(Sic)³⁰.

76. En ese contexto, desde la órbita del régimen procesal vigente, el libro II del COGEP, hace relación a la Actividad Procesal”, por su parte, el Capítulo IX, instituye las reglas generales sobre la acción de “nulidad de la sentencia”, a saber:

“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.*
- 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.*

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

²⁷ Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, II, Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, 1986, p. 30.

²⁸ Teoría General del Proceso, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 436-437

²⁹ Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, T. II, PUDELECO Editores, Quito, 2002, p. 750.

³⁰ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 26 de marzo de 2014, a las 11H00. Juicio 677 – 2012.

3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.

4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.

Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución.

La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República.”

77. Ahora bien, la demanda planteada por Cecilia Isabel Malla López, tiene relación con una acción de nulidad de sentencia por “ilegitimidad de personería” de la parte actora en el proceso No. 01331-2013-0918; consecuentemente, la teoría fáctica, probatoria y jurídica debía adecuarse a dicha causal.

78. Para abordar el tema, en breves líneas, corresponde referirnos a la “*Legitimatío ad processum*” y “*legitimatío ad causam*”. La legitimación en la causa, conocida también como *legitimatío ad causam*, es la que le permite a una persona formular o contradecir una pretensión; Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor). En cambio, la *legitimatío ad processum*, se refiere a la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro. En este segundo caso sí estamos frente a un presupuesto procesal, de modo que la falta de capacidad de quien se presenta como parte procesal o el no tener la representación que se invoca, ocasiona lo que en nuestro lenguaje procesal se conoce como ilegitimidad de personería.

79. Los casos en que no existe debida legitimación en la causa son los siguientes: **a)** Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser persona distinta a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y **b)** Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso³¹ (Litis consorcio obligatoria o necesaria).

80. La falta de legitimidad de personería se circunscribe en la falta de capacidad para comparecer a juicio: **a)** quien por sí solo no goza de capacidad; **b)** quien afirma ser representante legal y no lo es; **c)** el que afirma ser procurador y no tiene poder; **d)** el procurador con poder insuficiente; y, **e)** quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido aprobación.

81. La falta de legitimación en la causa, no es convalidable, porque esta legitimación es un requisito esencial para que la parte procesal (actor o demandado) participe con idoneidad en el litigio; *a contrario sensu*, la falta de legitimación en el proceso, es convalidable, subsanable si se ratifica la comparecencia a juicio o lo actuado en el proceso.

82. La ilegitimidad de personería al tratarse de una solemnidad sustancial, produce nulidad mientras que la falta de legitimación activa o pasiva en causa, desemboca en sentencia inhibitoria, ya que cuando no se encuentra debidamente constituido el litisconsorcio necesario, se impide dictar sentencia de fondo.³²

83. Esta Alta Corte ha señalado que “La falta de personería, ilegitimidad de personería o falta de “*Legitimatío ad processum*”, se produce cuando el actor o el demandado carecen de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos, o en la ausencia de apoderado o representante legal cuando el que comparece lo hace a nombre de un incapaz, o en la falta o insuficiencia de poder del que aparece en juicio como procurador judicial; (...) sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, impide que el proceso iniciado concluya con una sentencia de mérito, por lo tanto, de prosperar la excepción, el fallo no constituye cosa juzgada, ya que deja la facultad de reiniciar el debate procesal cuando la situación se subsane; esta excepción se conoce

³¹ Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004. Pág. 259.

³² Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Proceso No. 13335-2016-00442, 23 de septiembre de 2022

también en la doctrina como legitimidad procesal o *legitimatio ad processum*³³.

84. Ahora bien, estudiado el caso, se observa que la recurrente, en la postulación de los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda, incurre en una imprecisión, ya que plantea su acción de nulidad de sentencia, basada en la ilegitimidad de personería (artículo 112 numeral 2 del COGEP), sin embargo, contradictoriamente, en el relato de los hechos hace referencia a cuestiones atinentes a la legitimación en la causa, solo de esa forma se entiende que afirma que no se consolidó “la personería de la parte actora en el juicio ordinario rescisión de contrato descrito en la narración de los hechos” y “por ende el litis consorcio de dicha parte procesal en el juicio en mención”; la cuestión aludida derivó en que el *Ad quem*, en los numerales “4.14” y “4.15” de su sentencia, con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, aborde la diferencia entre la “*Legitimatio ad processum*” y “*legitimatio ad causam*”, infiriendo que, el proceso sometido a su conocimiento, se refería a “un caso de falta de legitimación en la causa o falta de legítimo contradictor y no de ilegitimidad de personería”, por ello concluyó que “al ser el argumento para sostener la ilegitimidad de personería que no se ha contado con el curador de la herencia yacente ni con los herederos presuntos y desconocidos de Segundo Alfonso López Saquicela, la acción deviene en improcedente”; ergo, en dicho ejercicio argumentativo del Tribunal de apelación no se evidencia contradicción ni incompatibilidad, ni deficiencia motivacional, por lo que el cargo planteado por la impugnante, deviene en improcedente.

85. Continuando con el estudio del cargo casacional, como parte de su formulación impugnatoria, también, la recurrente sostiene que en el juicio No. 01331-2013-0918, de rescisión de contrato, los accionados jamás plantearon la excepción de cosa juzgada, que sin embargo, de ello, el Tribunal *Ad quem*, contradictoriamente desarrolla el tema aludido; al respecto, de la revisión de la sentencia impugnada, se tiene que la accionada Elsa Viviana López Criollo, al contestar la demanda, en efecto deduce como excepción previa la de cosa juzgada formal y material; razón por la cual, la enunciaci3n que de ella hace el Tribunal de apelaci3n, en

ilaci3n con la acci3n de nulidad de sentencia y la seguridad jur3dica, no es incompatible ni contradictoria con el objeto del proceso, por lo cual se descarta el yerro acusado.

86. La recurrente tambi3n acusa que el fallo impugnado, es inmotivado, ya que en el, erradamente se valora un certificado de grav3menes para considerar que la sentencia dictada en el proceso No. 01331-2013-0918, est3 ejecutada, cuando aquella cuesti3n deb3a ser justificada mediante la certificaci3n emanada del juzgado competente de aquella causa; sobre este t3pico, cabe advertir que, la censura planteada procura que el3rgano de casaci3n justiprecie los medios probatorios, restando valor a un documento p3blico (certificado de grav3menes), e insinuando un pronunciamiento sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de otro medio de prueba que dicho sea de paso no obra del proceso, incurriendo la impugnaci3n, per se, en la vulneraci3n del principio de no debate de instancia, al pretender la valoraci3n probatoria.

87. Sumado a ello, revisada la resoluci3n objeto de estudio, se avizora que, con una fundamentaci3n jur3dica suficiente basada en el pen3ltimo inciso del art3culo 112 del COGEP, el cual, textualmente se3ala que “Las nulidades comprendidas en este art3culo podr3n demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dict3 sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada”, el *Ad quem*, luego de justipreciar los medios probatorios, como atribuci3n soberana que le compete, concluy3 que la sentencia cuya nulidad se pretend3a estaba ya ejecutada, pues la misma hab3a sido inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, raz3n por la cual, la acci3n incoada deven3a en improcedente; en este ejercicio argumentativo no se avizora deficiencia motivacional de ninguna3ndole, siendo improcedente la censura.

88. Como3ltimo punto, la recurrente acusa que, el *Ad quem*, pese a sostener que la Jueza A quo, confunde la nulidad procesal con la nulidad de sentencia, confirma la decisi3n de primer nivel, por lo cual, inculpa que la resoluci3n dealzada, es contradictoria e incompatible; ahora bien, revisados los numerales “4.9” a “4.13” de la sentencia impugnada, se observa que en efecto, el Tribunal

³³ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Proceso No. 813-2009, 31 de octubre del 2012.³⁴ Humberto Murcia Ball3n, “Recurso de Casaci3n Civil”, sexta edici3n, Ediciones Jur3dicas Gustavo Ib3ñ3es, Bogot3, 2005, Pag.506.

de apelación cuestiona el yerro en el que incurrió la Jueza de primer nivel, en lo referente a la hermenéutica y aplicación de los artículos 111 y 112 del COGEP; sin embargo de ello, luego de ese cuestionamiento, el Tribunal de apelación, se aparta del razonamiento errado esbozado por la Jueza de la Unidad Judicial, y desarrolla una línea argumentativa encaminada a sostener que la confusión afincada en la demanda respecto de lo que constituye la “*Legitimatío ad processum*” y la “*legitimatío ad causam*”, y el hecho procesal cierto que determina que la sentencia cuya nulidad se persigue, está ejecutada, en aplicación del penúltimo inciso del artículo 112 del COGEP, impedían que prospere la acción de nulidad de sentencia incoada; en ese sentido “...*desestima el recurso de apelación interpuesto y, bajo la motivación expuesta confirma la parte resolutive de la sentencia recurrida, que declara sin lugar la demanda...*” (El énfasis nos corresponde); en ese escenario, la decisión del *Ad quem*, no es contradictoria, incompatible, ni adolece de motivación, por lo cual, la censura deviene en improcedente.

89. Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 89 del COGEP, 130 numeral 4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; ergo, en el cargo planteado por el parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó los principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *Ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

VI.4. Estudio del caso 3 previsto en el artículo 268 del COGEP.

90. El numeral 3 del artículo 268 del COGEP, establece lo siguiente:

“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...)

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”.

91. El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: “...*la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,*”³⁴, en este sentido, “*la incongruencia del fallo puede revestir tres formas:*

a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita),”³⁵ en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle, señala al respecto:

*“El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente 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 estos casos (ultra o petita)”*³⁶

92. Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

“(...) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: sententia debet esse confirmis libelo, ne eat iudex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, iudex judicare debet secundum alligata et probata, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha

³⁴ Humberto Murcia Ballén, “Recurso de Casación Civil”, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, Pág. 506.

³⁵ Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).

³⁶ Enderle Guillermo Jorge, “La Congruencia Procesal”, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pág. 103.

de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso”.³⁷

93. En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del COGEP: “Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”, en relación con lo que dispone el artículo 91 *ibidem*: “La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio³⁸.

94. En tal virtud, la congruencia exige “al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso”.³⁹

“...Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada...”⁴⁰

95. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- “Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.

- Identificar, de ser el caso, la reconvencción esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.
- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvencción u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.
- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito *ut supra*, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*) (debida fundamentación y demostración).
- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).”⁴¹

96. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación en su sentencia, incurre en un vicio de incongruencia (*citra petita*), al no resolver asuntos que fueron materia del litigio, eludiendo pronunciarse respecto del fondo del conflicto?

97. La recurrente sostiene que “existe un vicio de *citar petita* (Sic), pues los juzgadores no analizan porque es o no procedente la demanda y porque es o no procedente la contestación y excepciones propuestas por los accionados o peor aún subsume su criterio de rechazo, a fin de que se resuelva el punto de la controversia o de litigio, pues eluden pronunciarse sobre el fondo del asunto” (Sic)

98. De los enunciados impugnatorios, dejando de lado el error de sintaxis en el que incurre la recurrente, al acusar una eventual “*citar petita*” (Sic), se advierte que la censura tiene que ver con el vicio de incongruencia de ***citra petita***, por presuntamente

³⁷ G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)

³⁸ Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

³⁹ Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101

⁴⁰ Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

⁴¹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Civil y mercantil, sentencia caso No. 03332-2018-00332.

no haberse resuelto lo que fue materia del litigio.

99. Ahora bien, revisados exhaustivamente los enunciados de la recurrente, se advierte que los mismos son reiterativos e idénticos con aquellos postulados en la censura planteada por el caso 2 del artículo 268 del COGEP; por ello, se infiere que incurre en la violación de los principios casacionales de autonomía y no contradicción.

100. Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas en las que incurre la impugnante, una vez delimitado el planeamiento demandatorio de la accionante Cecilia Isabel Malla López, cual es la acción de nulidad de sentencia por “ilegitimidad de personería” de la parte actora en el proceso No. 01331-2013-0918; determinadas las excepciones de los accionados Elsa Viviana Lopez Criollo y Widinson Leonel Lopez Maldonado (Cosa juzgada, litis pendencia, negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, improcedencia de la demanda, falta de derecho de la actora); analizada la traba de la litis; y, confrontado todo aquello con lo resuelto por el *Ad quem*, se llega a establecer que el Tribunal de apelación si resolvió lo que fue materia de litigio; en ese sentido, al tenor de lo ya explicado en los numerales 84 a 88 de esta sentencia, se ultima que, los Jueces de alzada, en su sentencia, al desarrollar una línea argumentativa encaminada a sostener que la confusión afincada en la demanda respecto de lo que constituye la “*Legitimatío ad processum*” y la “*legitimatío ad causam*”, y el hecho procesal cierto que determina que la sentencia cuya nulidad se persigue, estaba ejecutada, en aplicación del penúltimo inciso del artículo 112 del COGEP, impedían que prospere la acción de nulidad de sentencia incoada, de forma congruente desestimaron el recurso de apelación, y

confirmaron la parte resolutive de la sentencia de primer nivel que declaró sin lugar la demanda; en ese escenario, al no advertirse el vicio de *citra petita* acusado, ni otro vicio de congruencia, la censura deviene en improcedente.

VII. DECISIÓN.

101. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

102. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Cecilia Isabel Malla Lopez, actora, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

103. Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del COGEP, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (demandada), por la demora, el valor total de la caución.

104. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID JACHO CHICAIZA JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE). DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA JUEZ NACIONAL. (E) DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE JUEZ NACIONAL (E).

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la actora, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución si cumple con la garantía de la motivación, y no incurre en ningún vicio de incongruencia, al negar la acción de nulidad de sentencia.

IV

Juicio Nro. 23331-2017-01429

Fecha: viernes 25 de agosto del 2023, las 12h43.

TEMA: Motivación fáctica errónea. Elementos de una demanda de usucapión y de dominio.

SÍNTESIS

Por el caso dos del artículo 268 del COGEP, contra la sentencia de mayoría de la segunda instancia, la Sala de Casación casa parcialmente el fallo. Revoca la sentencia de primer nivel, acepta la demanda de reivindicación, y rechaza la contrademanda de prescripción adquisitiva de dominio de la parte demandada. El ad quem niega la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y la reconvención de reivindicación, el objeto y fundamento de los recursos de apelación interpuestos, hace referencia al presunto incumplimiento de los presupuestos configurativos por una parte de la usucapión y por otro de la acción de dominio. Lo que lleva a concluir al tribunal de casación, que la sentencia efectivamente adolece de deficiencia motivacional en el tipo de apariencia motivacional, por el vicio de incoherencia lógica y casa parcialmente el fallo recurrido. La Sala estima que la acción reivindicatoria debe contener los tres requisitos enunciados, no solo para la pretensión de la demanda, sino también para producir la prueba, que lleven a la convicción judicial de que la acción es admisible. En el caso, la actora no cumplió con dos de los requisitos indispensables para que opere la prescripción, como son el tiempo de posesión, de al menos 15 años; y, la singularización del predio. Sin embargo, como sustento de la impugnación de la decisión que negó la reivindicación, se dice que el predio si está debidamente singularizado, es decir, que para la prescripción no hay tal singularización, pero sí para la reivindicación, tesis absolutamente contradictorias, al no haber igualdad de requisitos para ambos casos. Como no se justifica este presupuesto fundamental el Juez de origen niega la contrademanda reivindicatoria, criterio con el que coincide este Tribunal de apelación con el criterio de mayoría. Enfatizando en que al no estar el bien individualizado para la prescripción de dominio tampoco lo está para la procedencia de la acción de dominio. No obstante, de la misma sentencia objeto de casación, en la parte en que se hace constar los fundamentos de hecho de la demanda y contrademanda, se desprende que los demandados reconvinentes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión, lo cual evidencia, el yerro del ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23331-2017-01429

Juez Ponente: Dr. Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, viernes 25 de agosto del 2023, las 12h43.

VISTOS. - En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 06 de abril del año en curso, el infrascripto Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por los ciudadanos Diana Samaniego Vásquez y Yenán Reyes Asanza, dentro del

juicio ordinario de prescripción extraordinaria de dominio con reconvención de reivindicación. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. Los cónyuges Rocío del Carmen Vasco y Ernesto Velásquez, presentan demanda de prescripción

extraordinaria adquisitiva de dominio contra los cónyuges Diana Samaniego Vásquez y Yenan Reyes Asanza, refiriendo que desde el 02 de noviembre de 1998 se encuentran en posesión como señores y dueños de un lote de terreno de la superficie de 10051,81 m² ubicado en el km. 12 vía Santo Domingo Quevedo, margen izquierdo sector Las Orquídeas, parroquia Luz de América, de la ciudad de Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas. En tal razón, demandan que se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del referido inmueble.

2. Los demandados Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vásquez, al contestar la demanda manifiestan, que son los propietarios del inmueble ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo Quevedo de una superficie de doce hectáreas, tal como consta de la escritura pública celebrada el trece de noviembre del 2006, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006. Que los accionantes son invasores y que es falso que mantienen posesión tranquila, continua, ininterrumpida, pacífica y publica con ánimo de señores y dueños. Solicitan que se deseche la demanda.

3. Acto seguido, reconvienen a los demandantes con la reivindicación de la parte de su inmueble que se encuentra en posesión de los demandados, delimitado al NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88 metros y que el inmueble referido está ubicado en el km 12 de la vía Santo Domingo Quevedo y tiene una superficie aproximada de 10051,808 m².

4. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Santo Domingo, mediante sentencia de 3 de septiembre de 2019, desecha la demanda y la reconvención, por no reunir los presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y de la reivindicación.

5. Ambas partes procesales, proponen recurso de apelación, ante Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, resuelto en voto de mayoría el 30 de noviembre de 2020, las 10h03, rechazando los recursos de apelación y confirmando la sentencia de primera instancia.

6. De la sentencia de mayoría, tanto los actores

como los demandados reconvinentes proponen recurso de casación, mediante auto interlocutorio de 29 de junio de 2021, el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina, rechaza el recurso de los actores y admite a trámite el recurso interpuesto por los demandados Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vásquez.

7. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante “COGEP”, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

8. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

9. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

10. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjuces de dicho órgano jurisdiccional.

11. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

12. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Rita Bravo Quijano por licencia del doctor Roberto Guzmán Castañeda, encargada según acta de sorteo de 05 de abril del año en curso; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en



virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 *ibídem*; por mandato del inciso primero del artículo 269 del “COGEP” y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

13. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del “COGEP”. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

14. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimiento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

15. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

16. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

17. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades ¹.

18. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

19. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho ²; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes ³.

20. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

- a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnado en casación.
- b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
- c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

21. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta

¹ Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

² Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

³ Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución⁴; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

22. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.

2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.

3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.

5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (*defensa del ius constitutionis*)⁵.

23. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del “COGEP”, deter-

mina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

24. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en

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:

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**”. (Énfasis añadido).

⁵ Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

25. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(...) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.

Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.⁶

26. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

27. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del “COGEP”, los casacionistas Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vázquez, a través de su defensa técnica, fundamentaron el recurso en torno a los casos dos y cinco del artículo 268 del “COGEP”, desistiendo de la fundamentación del cargo por el caso tres de casación; en lo principal señalaron:

27.1. Con fundamento en el caso dos contemplado en el artículo 268 del COGEP, afirmaron que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de motivación, toda vez que no cuenta con una relación suficiente y coherente de los argumentos esgrimidos en la resolución.

27.2. Que la decisión se fundamenta en premisas falsas, siendo que tanto en la demanda, su contestación, reconvencción y contestación de la reconvencción; e incluso en la apelación, las partes coincidieron con relación a la singularización del inmueble de la controversia, que aquel se trata del mismo bien requerido en prescripción y exigido en reivindicación.

27.3. Que pese a las afirmaciones de las partes, la sala concluyó de manera ilógica, que el bien a reivindicar no cumple con el criterio de singularización, lo que derivaría en evidente déficit de motivación.

27.4. Por el caso cinco, en la misma línea argumentativa, acusaron la errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil, toda vez se determinó como único punto de debate en apelación, el tiempo de posesión del inmueble, ya sea para resolver la prescripción adquisitiva de dominio o la reivindicación.

27.5. Que sin embargo la Sala, decidió negar los recursos planteados, tomando como elemento concluyente de la decisión, la presunta falta de singularización del inmueble, aun cuando; en la demanda, reconvencción y fundamentación de la apelación, se coincidía en que se trata de una cuota determinada de un bien singular, claramente identificada.

27.6. Agregan que para la reivindicación, la individualización y singularización del inmueble no es requisito indispensable ni riguroso sino que basta elementos razonables que lleven a la convicción del juzgador.

28. La contraparte, Roció del Carmen Vasco y Ernesto Velásquez, a través de su procurador judicial, refutaron la impugnación casacional descrita, indicando:

28.1. Que la sentencia de segunda instancia, el logia, razonable y comprensible.

28.2. Además de ser congruente en sus decisiones y compatible en cada una de sus afirmaciones.

28.3. Que la sala de apelación, para tomar la decisión, contrastó la prueba con los fundamentos de hecho y derecho.

28.4. Con tales consideraciones, indicaron que no existe vulneración por errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

29. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

29.1. ¿Existe falta de motivación en el voto de mayoría expedido por el tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas?

29.2. ¿La sentencia de segunda instancia ha resuelto lo que no era materia del recurso de apelación?

29.3. ¿Existe errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil en la sentencia de segunda instancia?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

30. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Énfasis añadido).

31. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación (...) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁷.

32. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Cor-

te, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

33. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben “*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*”; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del “COGEP”

34. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando “(...) *la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*”

35. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

36. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutoria del

⁷ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.º 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.º 193, párr. 152.

fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

37. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito sine quo nom de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

38. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

39. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida⁸.

40. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "... requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (...) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el por qué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal..."⁹

41. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica

debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia¹⁰.

42. Según han manifestado los reivindicantes hoy casacionistas, la sentencia impugnada se basa en premisas que no se adecuan a la realidad procesal, toda vez que en aquella se habrían resuelto cuestiones que no eran materia del litigio y del recurso de apelación.

43. En ese sentido, examinado el voto de mayoría del ad quem, se tiene que aquel luego de identificar las partes procesales, establecer como válido el proceso y enunciar los fundamentos de hecho y derecho tanto de la demanda como de la reconvención; con respecto a los fundamentos de los recursos de apelación propuestos por ambas partes procesales, en el considerando Quinto se indica que aquellos se retrotraen a:

(...) por una parte, interviene el Abogado Marco Enrique Aguilera mediante Procuración Judicial de la parte actora Ernesto Vásquez y Rocío Vasco, quien en lo sustancial manifiesta, que en la sentencia no se ha tomado en cuenta la inspección judicial, como que no se hubiese realizado esta diligencia, más sin embargo, dice que sí se ha realizado la inspección judicial, con lo que se ha probado la existencia del bien inmueble y su singularización; que en el proceso no solo hay un demandado, ...; que los demandados no son dueños del bien inmueble, que únicamente tienen compra de derechos y acciones, más no el dominio; solicita que se tome en cuenta estas alegaciones y que con la prueba de manera exacta, con base constitucional, se ha probado que sus defendidos no son invasores; que en predio hay personas que viven por más de quince y veinte años, que incluso hay menores de edad que han nacido ahí; ...; solicita que se valore además la prueba testimonial practicada en el juicio; razones por las que pide que se acepte el recurso de apelación y se revoque la sentencia subida en grado, declarando que ha operado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en favor de sus defendidos; así también que se ratifique la decisión del Juez que

⁸ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.

⁹ Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

negó la reconvencción propuesta, que perseguía la reivindicación del inmueble objeto del juicio. Por otro lado interviene el Ab. Yenan Reyes Asanza, como parte demandada, quien en lo principal refiere que el recurso planteado por los actores es infundado, pues a su criterio considera que es una barbaridad que los demandantes hayan hecho alusión que no son dueños del predio; que se ha probado que los actores sin duda alguna son invasores; que no se cumplen los requisitos para que opere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; que los testigos que han declarado son personas inocentes, y han sido llevados a declarar para perjurar, que ni siquiera tenían conocimiento que iban a ser llamados a rendir declaración; que sus declaraciones han sido contradictorias, cometiendo el delito de perjurio; que no se ha cumplido con el requisito del tiempo de permanencia que prevé la ley, y la singularización del bien inmueble para que opere la prescripción extraordinaria de dominio; solicita que el Tribunal confirme la sentencia subida en grado y se rechace el recurso de apelación interpuesto; en cuanto a la reconvencción refiere que se han justificado los tres requisitos fundamentales que determina la ley; primero, que han justificado ostentar el derecho de dominio; que los actores se encuentran en posesión del inmueble; y, que el pedio se encuentra debidamente singularizado; que esto se ha justificado con los dos informes planimétricos, así como con la inspección judicial; que el Juez hizo mal en no conceder la reivindicación,..(Sic)

44. De lo anterior se establece, que al haberse negado la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y la reconvencción de reivindicación, el objeto y fundamento de los recursos de apelación interpuestos, se constriñó al presunto cumplimiento de los presupuestos configurativos por una parte de la usucapión y por otro de la acción de dominio. Por lo que la sala de apelación tenía carta abierta para verificar si en la causa han concurrido o no los elementos de lo demandado y reconvenido.

45. Con respecto a los requisitos de las figuras descritas, la Sala apelación en voto de mayoría, específicamente en el apartado Sexto, señala que no se han configurado los elementos que exigen tanto la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio como los de la reivindicación, señalando en lo principal:

(...) En el caso de examen los actores del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ... Conforme el análisis de la prue-

ba aportada ante el Juez de primer nivel se ha logrado acreditar los siguientes hechos. - Se ha probado la existencia de un contrato de cesión de derechos posesorios en favor de los actores, acto a través del cual como bien han señalado los demandados no se transfiere el derecho de dominio, y por otro lado dicho contrato data de hace nueve años atrás, lo que deja en evidencia que no se cumple con el tiempo mínimo de posesión que es de quince años, conforme previsión del artículo 2411 del Código Civil. Por otro lado, es importante destacar que, de acuerdo a las pericias tendientes a inspeccionar ocularmente el predio, no se ha podido establecer fehacientemente su singularización, en los dos informes periciales se hacen constar linderos y dimensiones discordantes, hecho que ha sido reconocido por los mismos demandados quienes afirman que a los peritos Viteri, y Benavides no se les permitió realizar la inspección judicial, y hacen una defensa a ultranza de la sentencia recurrida en que el Juez negó la demanda de prescripción por falta del cumplimiento de las exigencias legales, la del tiempo de posesión de al menos 15 años, y la singularización del inmueble. Para que prospere la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio deben cumplirse con los requisitos antes señalados,... Ante los hechos expuestos el Juez hizo lo correcto al negar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio,... en cuanto al recurso de apelación que negó la reconvencción y las alegaciones efectuadas por los actores de la contrademanda de reivindicación es preciso señalar quePara la procedencia de la acción de dominio o reivindicatoria, conforme la disposición legal invocada es indispensable la concurrencia de tres presupuestos fundamentales.- Que el demandante acredite el derecho de dominio sobre el predio a reivindicar; que el demandado se encuentre en posesión del bien; y, que el inmueble esté debidamente singularizado. La acción reivindicatoria de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. La acción debe dirigirse contra el actual poseedor, y el bien tiene que ser una cosa singular, definida. El Juez de origen niega la demanda por considerar que no se ha cumplido con el requisito de singularizar el bien objeto de la acción reivindicatoria... **Insistimos que es fundamental para el éxito de la acción reivindicatoria que el accionante debe tomar en cuenta los tres requisitos enunciados, no solo para redactar la demanda, sino también para producir la prueba, que lleva a la convicción judicial de que la acción es admisible. En**



esta parte es necesario recalcar que los señores Yenán Reyes Asanza y Esthela Samaniego Vásquez, han hecho una defensa vehemente de la sentencia que negó la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, coincidiendo con el Juez de origen que los demandantes de esta causa no cumplieron con dos de los requisitos insoslayables para que opere la prescripción, como son el tiempo de posesión, de al menos 15 años; y, la singularización del predio. Sin embargo, como sustento de la impugnación de la decisión que negó la reivindicación, dicen que el predio si está debidamente singularizado, es decir, que para la prescripción no hay tal singularización, pero sí para la reivindicación, tesis absolutamente contradictorias, por qué para el uno sí y para el otro no. Si no se ha logrado justificar este presupuesto fundamental el Juez de origen hizo lo correcto al negar la contrademanda reivindicatoria, criterio con el que coincide este Tribunal de apelación con el criterio de mayoría...[Sic] (El énfasis nos corresponde)

46. En virtud de lo citado, concluye el tribunal que el bien con demanda simultánea de prescripción adquisitiva de dominio y reivindicación no se encontraría debidamente singularizado, enfatizando en que al no estar individualizado para la prescripción de dominio tampoco puede estarlo para la procedencia de la acción de dominio.

47. No obstante, de la misma sentencia objeto de casación, en la parte en que se hace constar los fundamentos de hecho de la demanda y contrademanda, se desprende que los demandados reconvinentes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión cuyos linderos y dimensiones se encuentran identificados como un cuerpo cierto de 12 hectáreas, dentro del cual se encuentra la porción de terreno que se ha pretendido prescribir por un lado y por el otro reivindicar. Tal como aparece en el considerando CUARTO del fallo:

De fojas 27 a 29 de los autos comparecen los ciudadanos Ernesto Velásquez Castillo y Rocío del Carmen Vasco Nacimba, demandando la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio en contra de los señores Diana Esthela Samaniego Vásquez y Yenán Poe Reyes Asanza, quienes en lo modular refieren que desde el 02 de noviembre de 1998, se encuentran en posesión del inmueble objeto de la demanda, con ánimo de señores y dueños en forma pública,

pacífica, notoria, y sin clandestinidad por más de 18 años en forma ininterrumpida del lote de terreno de una superficie de 10051,81 metros cuadrados ubicado en el km. 12 de la vía Santo Domingo - Quevedo, margen izquierdo sector Las Orquídeas, parroquia Luz de América, de la ciudad de Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas singularizado dentro de los siguientes linderos y dimensiones: NORTE: Con terreno de posesión del señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, del señor Franco Armijos en 18,23 metros, y del señor César Angamarca en 19,10 metros; SUR: Con terreno de posesión del señor Kléber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: Con la calle pública, en 81,75 metros y con propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: Con terreno de posesión del señor César Angamarca, en 6,92 metros y con calle pública en 100,88 metros... De fojas 300 a 313 los demandados señores Diana Esthela Samaniego Vásquez, Yenán Poe Reyes Asanza, dan contestación a la demanda y reconvienen a los actores con contrademanda de reivindicación, entre otras cosas, sostienen lo siguiente: Que tal como lo reconoce la parte actora somos propietarios del inmueble ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo - Quevedo, de una superficie de doce hectáreas, trece áreas tal como consta de la escritura pública celebrada el día trece de noviembre del 2006, ante el Notario Noveno encargado del cantón Quito Dr. Juan Villacís Medina, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006;.. (Sic)

48. Contrastados los enunciados y fundamentos de la sentencia en examen, resulta evidente para este Tribunal de casación, que el voto de mayoría enervado adolece de insuficiente motivación fáctica, conforme se explica en las siguientes líneas.

49. Según la Corte Constitucional del Ecuador, para que la fundamentación fáctica se considere suficiente, ha de contener una justificación de los hechos dados por probados en el caso, pues la motivación sobre los hechos no puede consistir en la mera descripción de las actividades probatorias de las partes, sino que ha de existir demostración que la prueba ha sido analizada, de manera que se permita conocer las razones que llevaron a la conclusión del fallo, la fundamentación fáctica puede ser obviada

o tener un desarrollo mínimo, solo cuando se trate de cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos no requieren ser probados¹¹.

50. En los términos que ha sido dictada la sentencia en análisis, esto último no es el caso, pues en todo momento se hace énfasis en que las partes debían cumplir con ciertos requisitos para la procedencia de sus demandas, por lo que era su obligación insoslayable precisar las razones por las que se concluyó que en el caso no habrían concurrido los requisitos para la procedencia de la demanda y a su vez de la reconvencción.

51. La sentencia de mayoría del ad quem en su parte considerativa luego de describir cada una de las aseveraciones de la parte actora y demandando como fundamento de sus recursos de apelación e indicar cuáles son los elementos que la ley exige para el éxito de las demandas de prescripción extraordinaria de dominio así como de la reivindicación; se limita a expresar en reiteradas ocasiones, que coindice con el análisis efectuado por el Juez de primera instancia, pero no presta argumento alguno en cuanto a las consideraciones por las cuáles en sintonía con el juez de primera instancia se llega a determinar que en cuanto a la demanda de usucapión no se cumple con los requisitos de al menos 15 años de posesión ni de singularización del predio, requisito que según se indica, tampoco se cumple con respecto a la pretensión de reivindicación.

52. De lo analizado, queda evidenciado que el tribunal de apelación incumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación fáctica suficiente, toda vez que al hacer suyos los argumentos del juez a quo, no efectúa pronunciamiento autónomo sobre los requisitos que se afirma incumplen los demandantes, mucho menos se efectúa análisis que aporte a las razones de la decisión de rechazo de ambas demandadas. aquello lleva a concluir a este tribunal de casación, que la sentencia efectivamente adolece de deficiencia motivacional en el tipo de apariencia motivacional, por el vicio de incoherencia lógica.

53. La Corte Constitucional ha explicado, que una decisión decae en vicio motivacional de incoherencia lógica cuando existe contradicción entre “los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones”. En el caso, según el contenido de la sentencia impugnada, transcrito en líneas anteriores, es

inmutable que los demandados reconvinientes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión cuyos linderos y dimensiones se encuentran identificados como un cuerpo cierto, dentro del cual se encuentra la porción de terreno que se ha pretendido prescribir por la parte actora.

54. En efecto, la cosa que se exige recuperar por medio de la reivindicación, ha de ser singular, pues existen casos como el actual, en que la desposesión no es todo el predio sino de parte de aquel. En estos casos, más que una formalización precisa de la parte del inmueble que sus propietarios exigen recuperar, lo prioritario es que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado; y, a partir de aquello determinar la procedencia o no de la demanda reivindicatoria.

55. En ese sentido, queda en evidencia que el tribunal de apelación pese a establecer en los antecedentes de la decisión y según las precisiones de las propias partes procesales, que los reconvinientes son propietarios de un bien de mayor extensión y que existe identidad entre lo que exigen los actores y requieren los contrademandantes, exige formalización adicional sobre el requisito de singularización para la prescripción de dominio y la reivindicación, requisito que en cuanto a la acción de dominio exige otro tipo de demostraciones procesales para determinarse cumplido.

56. En suma de lo analizado, habiéndose corroborado que el fallo de mayoría del tribunal de apelación adolece de deficiencia motivacional, este Tribunal encuentra mérito para CASAR la sentencia impugnada y procede a dictar la que corresponde de conformidad con el artículo 273 numeral 3 del COGEP. Sin que sea necesario el análisis de los cargos que restan, por cuanto el hecho de la detección de un yerro rompe el fallo impugnado.

7.2. Motivación y análisis de mérito

57. Los señores Ernesto Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, demandan a los señores Diana Sthela Samaniego Vázquez, Yenan Poe Reyes Asanza y de conformidad con la Décima Disposición General del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización al señor alcalde del Cantón Santo Domingo.

58. Demandan la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un lote de terreno de 10051,81 m² ubicado en el km. 12 vía Santo

¹¹ Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 61

Domingo Quevedo, margen izquierdo sector Las Orquídeas, parroquia Luz de América, de la ciudad de Santo Domingo provincia Santo Domingo de los Tsáchilas.

59. Singularizado dentro de los siguientes linderos y dimensiones NORTE: con terreno en posesión del señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, señor Franco Armijos en 18,23 metros y señor Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con terreno en posesión del señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con la calle pública, en 81,75 metros y con propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con terreno en posesión del señor Cesar Angamarca, en 6,92 metros y con calle pública en 100,88 metros. Predio del cual señalan se encuentran en posesión por más de 18 años, sin la interferencia de nadie.

60. Por su parte los demandados Diana Sthela Samaniego Vázquez y Yenan Poe Reyes Asanza al contestar la demanda manifiestan que son propietarios del inmueble ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo Quevedo, de una superficie de doce hectáreas, trece áreas tal como consta de la escritura pública celebrada el día trece de noviembre del 2006 ante el Notario Noveno encargado del cantón Quito Dr. Juan Villacis Medina debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006.

61. Que aceptan que el inmueble en la parte que se pretende prescribir se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88 metros y que el inmueble referido está ubicado en el km 12 de la vía Santo Domingo Quevedo y tiene una superficie aproximada de 10051,808 m².

62. Que no aceptan que la parte actora se encuentre en posesión material del inmueble por el tiempo establecido en el artículo 715 del Código Civil por lo menos durante 15 años ininterrumpidamente, toda vez que el inmueble está en depósito de la ex CONSEP por lo que el inmueble no es susceptible de apropiación y de dominio particular y por lo tanto no puede ser objeto de prescripción.

63. Que el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas ordenó por varias ocasiones la entrega del inmueble a los legítimos propietarios es así que en decreto de fecha 05 de enero del 2015 a las 14h39 en el proce-

so penal signado con el N° 23241-1998-0059 ordenó: “...ejecútese la restitución al nuevo propietario siempre y cuando no tenga otra orden de prohibición en su contra. De la documentación que adjunta y que son instrumentos públicos el legítimo propietario dice ser la señora Diana Sthela Samaniego Vázquez...”.

64. Que al existir orden judicial a través de la autoridad competente de que se entregue el inmueble a los legítimos propietarios y que la posesión sobre el predio depende de la restitución ordenada con antelación por parte del Tribunal de Garantías Penales a la institución competente en este caso INMOBILIAR.

65. Que los accionantes son invasores o traficantes de tierras y que es falso que mantienen posesión tranquila, continua, ininterrumpida, pacífica y publica con ánimo de señores, que su posesión es viciosa al omitir señas que existe escritura pública de cesión de posesión y venta de mejoras suscrita entre Ana Monserrate Llor Palacios y Ernesto Velásquez celebrada el 30 de mayo del 2016 ante el Notario Quinto del cantón Santo Domingo, y que de acuerdo a esta cesión de derechos posesorios el señor Ernesto Velásquez Castillo entro en posesión de dos lotes de terreno ubicados en el km. 12 de la vía Santo Domingo-Quevedo, por lo que es falso que los actores se encuentren en posesión del inmueble desde hace 18 años.

66. En ese sentido solicitan que se deseche la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y a la par reconviene a los actores con la reivindicación del predio objeto de la demanda.

67. Precisan que los linderos específicos del inmueble que se pretende reivindicar se encuentra, comprendido dentro de los siguientes linderos: NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88 metros y que el inmueble referido está ubicado en el km 12 de la vía Santo Domingo Quevedo y tiene una superficie aproximada de 10051,808 m².

68. La parte reconvenida, al momento de contestar la reconvencción manifiesta que la demanda es improcedente por haber prescrito y extinguido las acciones y derechos ajenos y que adicionalmente los reconvinientes no estarían legitimados para demandar.

69. Fijada la controversia con la prescripción adquisitiva de dominio del lote de terreno descrito en la demanda y reconvencción con la reivindicación

del mismo. Una vez practicada la audiencia de juicio, el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Santo Domingo, resuelve declarar sin lugar tanto la demanda como la reconvencción.

70. Ambas partes formulan recurso de apelación, fundamentado los demandantes que la sentencia del juez de primera instancia les causa agravio, toda vez que cumplen con los fundamentos legales de la prescripción adquisitiva; criterios que considera probados con la prueba documental testimonial y pericial practicada.

71. De igual forma los contrademandantes señalan que no es requisito riguroso la individualización, determinación de linderos y superficie del predio a reivindicar.

72. Que en el caso, los actores han aceptado que se encuentran en posesión del bien objeto de la controversia, por lo que no es punto de discusión la individualización del predio objetado.

73. Ahora bien, acorde al artículo 163 del COGEP, deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieren prueba y según el artículo 169 del mismo cuerpo de ley, es obligación de la parte actora presentar prueba de cargo a su petición y de la demandada prueba de descargo; en concordancia el artículo 163 numeral 1 del COGEP, establece que no requieren ser probados los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción.

74. El caso, de las afirmaciones de las partes procesales; y, de la prueba admitida y practicada, se tiene como hechos ciertos los que siguen:

- a) Que los demandados y reconvinentes son propietarios de un predio de 12 hectáreas ubicado en el kilómetro doce de la vía Santo Domingo Quevedo, tal como consta de la escritura pública celebrada el día trece de noviembre del 2006 ante el Notario Noveno encargado del cantón Quito Dr. Juan Villacis Medina debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad el día 28 de diciembre del 2006.
- b) Que dicha propiedad de 12 hectáreas, en el año 1996 fue puesta bajo custodia del CONSEP y actualmente INMOBILIAR, conforme se dispuso a partir del operativo policial denominado Júpiter.
- c) Que en el año 2015, dentro del proceso penal signado con el N° 23241-1998-0059 se ordenó restituir a sus actuales propietarios dicho bien inmueble.

d) Que dentro del predio de los demandados se encuentran en posesión los actores de un lote de terreno de un área de terreno cuyos linderos y dimensiones señalados en la demanda y aceptados en la contrademanda son: NORTE: con el señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, Franco Armijos en 18,23 metros, Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con el señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con calle pública en 81,75 metros y propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con señor Cesar Angamarca en 6,92 metros y calle pública en 100,88.

e) Que al área total de posesión de los demandantes no es de 10051,81, pues según el informe pericial practicado en juicio por el ingeniero Jaime Revelo y su testimonio en audiencia de juicio, la diferencia de los linderos que constan en la demanda y reconvencción con los linderos y dimensiones que constan su informe pericial, es porque hay una significativa diferencia en cada uno de los linderos y dimensiones del inmueble materia de la Litis; y, conforme la pericia realizada el área total es de 8973,83 metros cuadrados.

f) Que en mayo del 2016, los actores entran en posesión del lote de terreno arriba descrito a propósito de la cesión de derechos posesorios efectuada por la señora Ana Loor Palacios.

75. En virtud de los hechos probados y de las demandas planteadas, corresponde a este Tribunal, pronunciarse en primer momento acerca de la solicitud de prescripción extraordinaria de dominio de los señores Ernesto Velásquez Castillo y Rocío Del Carmen Vasco Nacimba, toda vez que al tenor del artículo 603 del Código Civil una de las formas adquirir el dominio es precisamente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y de ser procedente el derecho de dominio de los demandados, sobre la porción de su propiedad exigida adquirir por prescripción, se extinguiría; resultando en ese escenario inoficiosos el análisis de la acción reivindicatoria.

7.2.1. Análisis de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

76. Dicho esto, la usucapión como modo de adquirir el dominio, se configura como un título constitutivo de dominio, por cuanto la ley es la que establece las condiciones para adquirir determinados derechos reales y pueda ser declarado



judicialmente el derecho de propiedad, y como se constituye entonces en originario de dominio, pues no deriva de un título traslativo anterior, siendo la prescripción adquisitiva un modo primario del dominio, extinguiendo entonces la titularidad anterior.

77. De manera específica el artículo 2398 del Código Civil, establece salvo las excepciones que establece la Constitución, se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales.

78. Del contenido de la norma arriba señaladas en concordancia con los artículos 715 y 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales por prescripción exige: 1) Que la demanda se dirija contra quien funge como el legítimo propietario del bien; 2) Que la cosa, requerida en prescripción, esté perfectamente singularizada e identificada, sea susceptible de prescripción, encontrándose dentro del comercio humano; 3) La posesión de la cosa tenida y ejercida con los requisitos o condiciones legales y por al menos quince años.

79. Con respecto a los requisitos de este instituto, la Ex Corte Suprema así como la actual Corte Nacional de Justicia, han ratificado que son elementos de procedencia de la demanda, los siguientes:

1er. Requisito: Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunarias, las cosas que están fuera del comercio. 2do. Requisito: La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de un cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).- La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de Ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida,

mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva. 3er. Requisito: Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la Ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes. 4to Requisito.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.- 5to requisito.- Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad.¹²

80. La ausencia o insuficiente demostración de alguno de los requisitos descritos, determina el rechazo de la demanda.

81. Volviendo al caso que nos ocupa, sin lugar a duda el predio es comerciable y de dominio privado; en lo que atañe al requisito de que la demanda se instaure en contra del legítimos propietarios, este elemento tampoco está en discusión, pues en la misma contestación de la demanda y reconvención de los demandados, así como con el certificado del registro de propiedad se determina que los demandados Diana Sthela Samaniego Vázquez, Yenán Poe Reyes Asanza, son propietarios del predio de 12 hectáreas dentro del cual se encuentra la porción que requieren prescribir los actores.

82. En lo que respecta al requisito de debida singularización del bien, exigido tanto en la prescripción adquisitiva de dominio como en la reivindicación, su análisis se debe efectuar teniendo en cuenta que en la prescripción y en la acción de dominio, este requisito tiene connotaciones y formas de estimación distintas.

83. Esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ha venido desarrollando como criterio en cuanto al cumplimiento del requisito de singularidad que:

La cosa que se reclama en restitución, no puede ser otra que la realmente poseída por el demandado, valiendo para el propósito la descripción y características de la misma, pues cuando se trata de reivindicar una porción de un inmueble de mayor extensión, no se puede exigir los linderos con absoluta exactitud y precisión, entendiéndose que el demandante busca recuperar la totalidad de lo que ya es de su propiedad. Es decir, mientras

¹² Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio nº 0569-2010 de 6 de Octubre de 2010. Resolución 569-2010-MB.

lo exigido guarde relación con lo poseído por el demandado y lo que efectivamente le pertenece al actor, no es necesaria una precisa delimitación sino únicamente una identificación referencial, que estará siempre determinada o singularizada por la posesión material del demandado. Cosa distinta sucede con el requerimiento de identidad y singularización de la prescripción adquisitiva de dominio de una porción, en la que no es suficiente la simple caracterización del predio, en vista que si se llegara a determinar su procedencia, de no estar explícitamente indicada su superficie, cabida y ubicación, sería imposible efectuar un posterior deslinde, respecto a un predio de mayor superficie, faltando en ese caso el cumplimiento del requisito de la identidad, esencial para la viabilidad de la usucapión...[Sic]¹³

84. Esta disquisición en el examen del cumplimiento del elemento de singularidad y determinación del predio, dependiendo de si se trata de usucapión o de acción de dominio, resulta importante por cuanto en lo que se refiere a la prescripción extraordinaria de dominio, al ser un título originario o primigenio de dominio, no se puede ordenar sin la certeza de sus características, dimensiones y ubicación.

85. Usucapir sin estos elementos podría dar lugar a una serie de consecuencias, tales como: extinguir la propiedad sin certeza de que efectivamente el propietario es dueño de lo que posee el demandado; declarar la propiedad de lo que no está en el comercio humano, suponiendo por ejemplo, que la posesión esté en parte de un bien comerciable y en parte de uno estatal; o peor aún, que la posesión sea menor, como en el caso, a la que verdaderamente ha venido detentando con anífo y señor y dueño el demandante, siendo precisamente el hecho de la posesión determinada, la que configura el futuro derecho a acceder a la propiedad por prescripción.

86. Como vemos la singularización y determinación, exacta y precisa de los linderos y dimensiones del bien raíz, no puede tomarse a la ligera cuando se demanda prescribir un predio, menos cuando el lote de terreno se encuentra en un bien de mayor extensión, en que necesariamente para el perfeccionamiento y disposición del dominio de los prescribientes, se requiere deslindar del predio mayor, la parte del predio prescrita.

87. Precisamente en el caso, este elemento no se cumple, por cuanto los actores tanto en su demanda como en la pericia que adjuntan como medio de prueba en el caso, precisan que se encuentran en posesión de un área de 10051,81 m2 ubicado en el km. 12 vía Santo Domingo Quevedo, con la linderación y dimensión que sigue: NORTE: con terreno en posesión del señor Pedro Velásquez en 58,56 metros, señor Franco Armijos en 18,23 metros y señor Cesar Angamarca en 19,10 metros; SUR: con terreno en posesión del señor Kleber Mayorga en 77,25 metros; ESTE: con la calle pública, en 81,75 metros y con propiedad privada en 48,56 metros; OESTE: con terreno en posesión del señor Cesar Angamarca, en 6,92 metros y con calle pública en 100,88 metros.

88. No obstante, en el proceso ha quedado probado que la extensión de lo que poseen los demandantes Ernesto Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, es menor a lo que exigen en su demanda, pues según el informe pericial del ingeniero Jaime Revelo el área total es de 8973,83 m2. Concluyéndose por tanto, con respecto a la prescripción extraordinaria de dominio, que no se ha cumplido con el elemento de singularización y determinación del predio. En lo que atañe a la reivindicación, el análisis de este requisito con sus connotaciones dentro del referido instituto, se efectuará en líneas precedentes.

89. Sin perjuicio de lo indicado, los actores tampoco cumplen con el tiempo de posesión mínima de quince años, pese a que afirman haber estado detentando el predio, se ha probado que su posesión fue a partir de una denominada cesión de derechos posesorios efectuada por la señora Ana Loor Palacios a los actores en el año 2016.

90. La posesión es un hecho y como tal debe ser mantenida en el tiempo de manera personal o por interpuesta persona a nombre de quien se considere poseedor, pues según el artículo 715 del Código Civil, *“posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”*.

91. De allí que la cesión de la posesión a los actores, no sirve para justificar el tiempo de quince años de posesión del predio que requiere la prescripción adquisitiva, dicha cesión no transfiere ni

¹³ Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio N° 09319-2018-00596 de 24 de marzo de 2022. Resolución 0028-2022-J

crea ningún derecho a los actores, como hemos dicho la posesión es un hecho.

92. Con las consideraciones realizadas, este tribunal determina que no se han configurado los elementos que den derecho a los actores a adquirir en bien inmueble por prescripción.

7.2.2. Análisis de la demanda de reivindicación.

93. Al tenor del artículo 595 de Código Civil, el derecho real, es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona; son derechos reales el dominio, la herencia. Los usufructos, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales, tales como la reivindicación.

94. El dominio según el artículo 599 *ibídem*, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea este individual o social.

95. Para que proceda la acción reivindicatoria, el actor debe probar la titularidad del dominio a su favor y que efectivamente a quien demanda se encuentre en posesión del bien que reclama restituir, lo que deriva en la existencia de identidad entre lo poseído y la cosa exigida; debiendo determinarse fehacientemente la cosa singular a reivindicar.

96. Por lo tanto, el éxito de la demanda de reivindicación depende de la concurrencia de los siguientes elementos, a saber:

- 1) Que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada (artículos 933 y 936); 2) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende (artículo 937); 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica (artículo 939); y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado (artículo 933).¹⁴

97. En el caso, ha quedado justificada la propiedad de los señores los señores Diana Sthela Samaniego Vazquez, Yenan Poe Reyes Asanza, de un predio de 12 hectáreas de un bien ubicado en la vía Quevedo Santo Domingo y que en aquel se encuentran poseyendo desde el año 2016 los señores Ernesto

Velásquez Castillo y Rocio Del Carmen Vasco Nacimba, un predio de 8973,83 m².

98. En lo respecta a los requisitos de identidad y singularidad del predio, conforme quedó explicado en líneas anteriores, en la reivindicación lo que interesa es la identificación plena del bien raíz, pero dicha identificaron solo exige indicar la ubicación y caracterización del inmueble a reivindicar.

99. Al tenor de los artículos 933 y 936 del Código Civil, la reivindicación puede versar sobre una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada.

100. Necesariamente la cosa a reivindicar ha de ser singular, pues como hemos dicho, la desposesión puede ser de todo o de parte de una cosa, pero siempre, ha de tratarse de una privación efectiva de la posesión, hecho que en el presente está demostrado.

101. De manera que, ya sea que se trate de un cuerpo cierto o de una parte de un predio de mayor extensión, se ha de tener especial atención, en si el inmueble o porción poseída es la misma que el propietario exige reivindicar, debiendo observarse efectuarse la identificación del predio a partir de lo que efectivamente está en posesión de los requeridos.

102. Y, partir de dicha identificación, la descripción, caracterización y ubicación del predio no requiere exactitud en cuanto a su superficie, la cual puede variar dependiendo de los instrumentos con que se mida o de los accidentes geográficos propios de los inmuebles, precisión que sí se exige en la prescripción de dominio; en la cual se tolera cierto margen de error por las circunstancias descritas, pero en el caso la diferencia de lo que dice estar en posesión supera el rango de lo tolerable.

103. Pero para reivindicar esta diferencia en la cabida de predio se suple en virtud del derecho propietario de los reconvinentes, pues aquellos intentan recuperar la totalidad del dominio de lo que ya es de su propiedad, de manera que se les permita usar y gozar su inmueble.

104. Por ello es que esta Sala enfatiza en que mientras lo exigido guarde relación con lo poseído por el demandado y lo que le pertenece al actor, no es necesaria la exacta delimitación del bien, bastando su identificación referencial, que estará siempre

¹⁴ Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Juicio 70-2012 de 06 de agosto de 2013.

determinada o singularizada por la posesión material del demandado.

105. En el caso, es inmutable que los demandados reconvinentes son copropietarios de un inmueble de mayor extensión cuyos linderos y dimensiones se encuentran identificados como un cuerpo cierto, dentro del cual se encuentra la porción de terreno que se ha pretendido prescribir por un lado y por el otro reivindicar.

106. En ese contexto, el fragmento del inmueble pretendido recuperar por los reconvinentes, se encuentra adecuadamente singularizado para efectos de la demanda de la reivindicación en estimación de la porción del predio que se encuentran ocupando los señores Roció del Carmen Vasco Nacimba y Ernesto Velásquez Castillo.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, resuelve:

1. Aceptar parcialmente el recurso de casación planteado los demandados, Yenan Reyes Asanza y Diana Samaniego Vázquez, por el

caso dos del artículo 268 del COGEP, contra el voto de mayoría de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 30 de noviembre de 2020, las 10h03.

2. En tal razón, acogiendo el recurso de apelación de los reconvinentes Diana Samaniego Vázquez y Yenan Reyes Asanza, se revoca la sentencia de primer nivel y se acepta la demanda de reivindicación, disponiendo que los ciudadanos Roció del Carmen Vasco Nacimba y Ernesto Velásquez Castillo restituyan de manera inmediata el predio materia de la controversia a sus propietarios, en la porción de terreno que se encuentran poseyendo indebidamente.
3. Se rechaza la demanda de prescripción adquisitiva de dominio de los señores Roció del Carmen Vasco Nacimba y Ernesto Velásquez Castillo.
4. Se ordena la cancelación de las inscripciones de las demandas.
5. **Notifíquese, devuélvase y cúmplase.**

f) DR. ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**. DRA. RITA BRAVO QUIJANO **CONJUEZA NACIONAL (E)**. DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**.

Resumen de fácil comprensión

Al haberse demostrado todos los presupuestos de la demanda de reivindicación, se ordena la restitución del terreno a sus legítimos propietarios.

V

Juicio Nro. 17230-2020-10852

Fecha: viernes 25 de agosto del 2023, las 12h45

TEMA: Resolución de contrato de prestación de servicios de tracto sucesorio. Cuando procede una acción de daños y perjuicios en una acción resolutoria.

SÍNTESIS

La Sala acepta el recurso de casación interpuesto que acusa falta de aplicación de los artículos 1453, 1505, 1561, 1562 y 1573 del Código Civil, al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP y casa la sentencia del ad quem, aceptando la demanda de daños y perjuicios, ordenándose a la parte demandada el pago correspondiente al lucro cesante, daños y perjuicios e intereses. La Sala aclara que, ante la terminación anticipada, unilateral del contrato, en virtud de sus cláusulas, cabe la demanda por responsabilidad de daños y perjuicios, correspondiendo a la administración de justicia determinar, si el contrato terminó legalmente o de manera arbitraria. La Sala hace un análisis importante sobre la motivación y sus elementos. Concluye que el contrato ya no estuvo vigente, y que por el acuerdo de las partes, se pueden establecer cláusulas de resolución o terminación del contrato, sin que medie decisión judicial. Así, el artículo 1583.1 del Código Civil, establece como una de las formas de extinción de las obligaciones, la convención de las partes que sean capaces de disponer libremente de lo suyo. Lo cual no obsta a que el perjudicado con la terminación del contrato, acuda a la justicia ordinaria a fin de que se determine si la terminación anticipada ha sido legal, en los términos del contrato. Pues, de verificarse arbitrariedad en la terminación unilateral del contrato, se configura el incumplimiento del mismo, lo que en los términos del artículo 1572 del Código Civil otorga derecho al contratante cumplido a ser indemnizado por daños y perjuicios, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante. La Sala estima contradictorio que el tribunal de apelación, después de determinar que el contrato ya no se encuentra vigente, exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato del artículo 1505 del Código Civil, desconociendo la cláusula de terminación del contrato pactada por las partes en el contrato. En los contratos de tracto sucesivo, no cabe la condición resolutoria tácita del 1505 del Código Civil, pues en esta clase de contratos las obligaciones se van cumpliendo en el tiempo, lo que imposibilita demandar la resolución contractual cuyo efecto sería retrotraerla a su estado anterior.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17230-2020-10852

Juez Ponente: Dr. Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
Quito, viernes 25 de agosto del 2023, las 12h45
VISTOS. - En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 1 de junio del año en curso, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por el abogado David Crespo Crespo en su calidad de Gerente General de la compañía GLOBALPARTNERS S.A., dentro del juicio

ordinario de resolución de contrato con condena a daños y perjuicios. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. La compañía GLOBALPARTNERS S.A., debidamente representada, comparece demandando en procedimiento ordinario a la compañía

Constructora IZYFCO CÍA LTDA., en la persona su Gerente General y representante legal, expresando que celebró contrato con la demandada, de “servicios de asesoría legal y gestión de negocios para la planificación, desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario de aproximadamente 300 departamentos en el sector San Isidro del Inca”. El cual IZYFCO habría incumplido al haber terminado el contrato anticipadamente, en diciembre del 2019. En ese sentido, demanda que en sentencia se declare: 1) La resolución del contrato de asesoría y patrocinio de 10 de septiembre de 2018 suscrito entre las partes; 2) Se condene a la demandada, al pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento y resolución del contrato.

2. La compañía demandada Constructora IZYFCO CÍA LTDA contesta la demanda, alegando entre otras cosas que de acuerdo a la cláusula Quita del contrato de asesoría y patrocinio legal, cualquiera de las partes de manera unilateral podía resolver anticipadamente el contrato, por lo que el 3 de diciembre de 2019, de forma expresa manifestó a la actora mediante comunicación, su voluntad de terminar el contrato, motivando en el hecho de que *“el estado del proyecto ya no requería asesoría continua”*.

3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, mediante sentencia de 16 de junio de 2021, declara sin lugar la demanda por falta de derecho de la parte actora.

4. La compañía demandante, propone recurso de apelación, ante Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelto el 18 de marzo de 2022, las 15h01, rechazando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia.

5. De la decisión del ad quem, la parte actora Compañía GLOBALPARTNERS S.A. presenta recurso de casación, calificado y admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 14 de julio de 2022, por el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina.

6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante “COGEP”, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de perso-

nal N°. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Rita Bravo Quijano por licencia del doctor Roberto Guzmán Castañeda, encargada según acta de sorteo de 15 de mayo del año en curso; y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del “COGEP” y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del “COGEP”. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación,



a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimiento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión,

dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades¹.

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores in iudicando o errores in procedendo, en que pudiese haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho²; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes³.

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

- a) Fin nomofilático: relativo al control de legalidad del fallo impugnado en casación.
- b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
- c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

20. En resumen, el control de legalidad de las sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución⁴; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación,

¹ Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

² Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

³ Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

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:

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**". (Énfasis añadido).

la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.

2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.

3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.

5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)⁵.

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del “COGEP”, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias

resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.

3. La determinación de las causales en que se funda.

4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(...) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.

⁵ Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.⁶

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del “COGEP”, la casacionista GLOBALPARTNERS S.A, a través de su defensa técnica, fundamentó el recurso en torno al caso cinco del artículo 268 del “COGEP”, por falta de aplicación de los artículos 1453, 1505, 1561, 1562, 1572 del Código Civil; refiriendo en lo principal que:

26.1. Que sus pretensiones exigidas en la demanda, de manera sucesiva, se reducen a que: 1) Se declare la resolución del contrato objeto de la controversia por el incumplimiento de la demandada; y, 2) que se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y resolución del contrato. Que en ese contexto, es falso lo que el tribunal ad quem afirma en su sentencia, en cuanto a la existencia de pretensiones distintas.

26.2. Que en el caso, lo que se ha producido es una terminación de hecho del contrato por parte de la constructora demandada, pero que dicha terminación unilateral no ha sido conforme a derecho, por lo que en la sentencia recurrida se habrían producido la falta de aplicación del artículo 1453 del Código Civil, pues frente a la existencia de un contrato reconocido por ambas partes con obligaciones bilaterales para las partes, que fuere terminado unilateralmente, lo que correspondía dice, era que se disponga el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del contrato.

26.3. Siendo que según el artículo 1561 del mismo cuerpo de ley, el contrato es ley para los celebrantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento de los contratantes o por causas legales, por lo que ante un contrato válido el tribunal de apelación, debió hacer respetar los términos del contrato, ante la terminación ilícita del contrato.

26.4. Que según las cláusulas contractuales, no existía un plazo definido del contrato, sino que aquel se encontraba ligado al tiempo de ejecución del proyecto inmobiliario, y que para su terminación anticipada de forma unilateral, previo aviso, correspondía pagar a la actora, por los servicios efectivamente prestados, debiendo realizar las partes una liquidación de aquellos, correspondiendo el pago del saldo pendiente.

26.5. Dice la parte recurrente que la demandada no cumplió con su obligación de pagar los valores pendientes en el término pactado en el contrato en caso de terminación unilateral, por lo que la terminación del contrato no se perfeccionó de derecho solo de hecho.

26.6. Que, de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales, en casos de terminación unilateral del contrato, hay derecho a la indemnización de daños y perjuicios, siendo que cuando las obligaciones no se cumplen hay lugar a la acción de daños y perjuicios, toda vez que los contratos deben cumplirse de buena fe y que aun cuando se llegare a considerar que no cabe la resolución del contrato por considerarlo extinguido de pleno derecho, cabe la reparación del daño.

26.7. Que según el artículo 1572 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, como en el caso, en el que, al no haberse pagado por los servicios efectivamente prestados, se debía condenar al pago de los daños.

26.8. Debiendo aplicarse, según su criterio, también el artículo 1505 del Código Civil, por el cual, en virtud de la condición resolutoria tácita que envuelve a los contratos bilaterales, procede demandar ya la resolución o

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

el cumplimiento del contrato con indemnización de daños, por lo que considera, que al haberse demostrado el incumplimiento de la parte demandada y con la terminación de hecho del contrato anticipadamente y de forma dolosa, la demanda era procedente.

- 26.9. Precisa que GLOBAL PARTNERS, con la celebración del contrato, buscaba un beneficio de más de 250.000 dólares, derivados de la ejecución de las actividades del contrato, cuyo beneficio económico no pudo alcanzar por la decisión arbitraria de la constructora demandada.
27. La contraparte, Constructora IZYFCO CÍA LTDA, por medio de su defensa técnica refutó la impugnación casacional descrita, indicando:

- 27.1. Que la parte recurrente, al fundamentar su recurso, mutila la sentencia impugnada, toda vez que en la decisión se analizó el contrato objeto de la controversia.
- 27.2. Que en virtud de dicho contrato, se determinó que su terminación no fue ilegítima, sino que fue notificada la parte actora de conformidad con las estipulaciones contractuales.
- 27.3. Que durante la vigencia del contrato se cumplieron con las obligaciones adquiridas, por lo que alega que no hay incumplimiento y que no procedería la demanda de daños y perjuicios.
- 27.4. Que en ese sentido, no cabía la aplicación de las normas enunciadas en el recurso de casación. Afirmando que no se ha individualizado el vicio por el cual se acusa la infracción de la serie de normas aludidas en el recurso planteado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

28. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

- 28.1. ¿Existe falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad contractual, de los artículos 1453, 1505, 1561, 1562, 1572 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

29. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. **No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.** Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Énfasis añadido).

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación (...) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁷.

31. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

32. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar

⁷ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.º 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.º 193, párr. 152.

las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *“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”*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso cinco del artículo 268 del “COGEP”

33. El caso cinco de casación, regula los vicios in iudicando, producidos por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, denominada también error de subsunción.

34. La naturaleza de esta casual, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

35. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

El vicio que la causal primera imputa al fallo es la violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto; lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar

cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.⁸

36. En fin, esta casual supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respecto a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

37. Escuchada que ha sido la sustentación del recurso planteado, se tiene que el cargo propuesto a la luz del caso cinco del artículo 268 del “COGEP”, se sostiene en la presunta infracción de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad contractual.

38. En ese sentido, revisado en el contenido del fallo endilgado, se tiene que los hechos que constituyen el fundamento de la decisión de segunda instancia, aparecen a partir del considerando “OCTAVO” y se constriñen a lo que sigue:

(...) En primer lugar, cabe señalar que la parte actora en la demanda plantea dos pretensiones distintas, pero no de forma alternativa: la primera, es que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Compañía demandada y en consecuencia, se declare la resolución del contrato por dicho incumplimiento. En esta pretensión no se demanda indemnización de daños y perjuicios, sino únicamente la resolución del contrato por el incumplimiento de la Compañía demandada; mientras que en la otra pretensión dice: “De considerarse terminado el contrato, se condene a la compañía demandada al pago de daños y perjuicios por falta de pago de algunos servicios por asesoría legal y patrocinio que dice efectivamente ha prestados o realizado en favor de la Compañía demandada Constructora IZYFCO CÍA LTDA, señalando para ese efecto los montos de cada uno de los rubros reclamados, y los intereses de esos montos; así como el pago de los servicios de asesoría legal y patrocinio que expresa no se podrán ejecutar, conforme se ha señalado en la demanda. Sin embargo, como podemos advertir, al fundamentar el recurso de apelación, existe un solo pedido que

⁸ Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

une las dos pretensiones constantes en la demanda, es decir, que se declare la resolución legal del contrato y el pago de daños y perjuicios correspondientes, compuestos por el daño emergente y el lucro cesante, sin tomar en cuenta que la propia parte actora en su demanda, planeó que, “En caso de que se considere que el contrato se encuentra terminado, solicita como pretensión de forma independiente se condene a la demandada Constructora IZYFCO CÍA LTDA. al pago de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante), cuando en la primera pretensión, al pedir que se declare la resolución del contrato, no se solicita la indemnización de daños y perjuicios.... Por otro lado, la cláusula Quinta del Contrato de Asesoría y Patrocinio Legal que obra del proceso, establece lo siguiente: “Cualquiera de la partes podrá dar por terminado el presente contrato de forma unilateral, previo aviso motivado por escrito a su contraparte. En este caso, se procederá conforme lo acordado en el literal c. del numeral 4.1. de la cláusula cuarta”. En virtud de lo pactado en esta cláusula contractual, la Compañía IZYFCO mediante comunicación de fecha 3 de diciembre de 2019 (fs. 298), le notifica formalmente al Gerente General de GLOBAL PARTNERS SOLUCIONES LEGALES la intención de dejar de contar con los servicios profesionales de la firma de abogados que representa, dejando así sin efecto el contrato suscrito el 10 de septiembre de 2018, en virtud de que el estado del proyecto ya no requiere de asesoría continua. Es más, la propia parte actora reconoce que el mencionado contrato se encuentra terminado,... En tal virtud, con el propio contrato que obra del proceso y lo expresado por la accionante, la parte demandada ha justificado el hecho de que el contrato se ha dado por terminado conforme a la cláusula contractual mencionada, consecuentemente, mal se puede declararse resuelto un contrato que ya no se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda... En cuando al pago de indemnizaciones de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante), de forma independiente como plantea la parte actora en la segunda pretensión, el Art. 1505 del Código Civil, determina lo siguiente: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su

arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”. De acuerdo con esta norma legal la indemnización de perjuicios procede únicamente si se demanda la resolución o el cumplimiento del contrato, por lo tanto, no cabe de forma independiente demandar únicamente el pago de daño emergente y lucro cesante, pues, así se ha pronunciado en forma reitera la jurisprudencia. Así por ejemplo cuando se manifiesta lo siguiente: “Se requiere por tanto, para ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato “con indemnización de perjuicios” sea declarada mediante sentencia, por tratarse de la condición resolutoria tácita y, en consecuencia se declare al deudor en mora”...[Sic]

39. De lo citado, resaltan dos premisas en torno a las pretensiones de la parte actora, la primera en lo que atañe al requerimiento de resolución del contrato, pretensión que según el razonamiento de la sala de apelación, no procede por cuanto el contrato ha terminado unilateralmente previo a la presentación de la actual demanda. Y la segunda, entorno a la reparación por daños y perjuicios, negada por el tribunal, al considerar que no puede demandarse de manera independiente los daños y perjuicios, sin que medie demanda de cumplimiento o resolución del contrato, según lo dispuesto en el artículo 1505 del Código civil.

40. Dichas afirmaciones resultan a toda luz incontrastables con el derecho de libertad contractual que cobija a los contratantes, pues así como se celebra una convención, por voluntad de las partes, aquella puede resolverse por anuencia de los mismos contrayentes de la obligación, siendo que al tenor de los artículos 1561 y 1562 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado vincula legalmente a las partes y aquel no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo o por causas meramente legales, debiendo ejecutarse de buena fe obligando a los suscribientes a las cláusulas convenidas y a las obligaciones que se desprenden de la naturaleza del contrato.

41. De allí que, no cabía que la sala de segunda instancia, ante el hecho cierto e irrefutable de la terminación anticipada del contrato por parte de la constructora demandada IZYFCO LTDA, que motivó inclusive la decisión de negar la resolución del contrato, se exija el acogimiento de la parte actora a la facultad de ejercer la condición resolutoria tácita del contrato del artículo 1505 del Código Civil, la cual, como ha señalado en casos análogos esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de



la Corte Nacional de Justicia, solo puede ejercerse ante contratos vigentes no extinguidos.

42. Lo anterior estriba en el principio de autonomía de la voluntad contractual, que según la doctrina se traduce en la libertad de los contratantes de determinar el contenido del contrato⁹, por ende son aquellos los que consienten a las obligaciones que cada uno adquiere.

43. Esta sala ha enfatizado en que la facultad resolutoria tácita opera cuando:

(...) resulta extraño que el Tribunal de apelación exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato conforme al artículo 1505 del Código Civil,... lo cual denota la falta de atención a la estipulación resolutoria expresa, constante en la cláusula Décima Octava letra b del contrato – clausula resolutoria – que en general puede ser y de manera particular (dentro de la especie) se encuentra incorporada al contrato por parte de los celebrantes, que lo han hecho en ejercicio de su libertad contractual, por la cual, están facultados también a establecer el objeto del contrato para determinar las formas en que este pueda ser resuelto. Por ello, es un sin sentido, exigir que el acreedor opte por una de las acciones de la norma en mención (resolución o cumplimiento), ya que el contrato ha terminado por el previo acuerdo de voluntades, al pactar los contratantes formas por las que cualquiera de los dos partes o en conjunto, puedan tener la potestad de deslindarse de sus obligaciones, quedándole a la administración de justicia, en vista de la impugnación de incumpliendo del contrato ya concluido, la tarea de determinar si la relación contractual ha fenecido en los términos estipulados dentro del contrato objeto del juicio; o si por el contrario, la terminación unilateral ha sido arbitraria, al margen de lo convenido en el contrato, originando por tanto el derecho a exigir daños y perjuicios...de forma inapropiada, dice la sentencia en alusión que razona teniendo como antecedente el criterio de

la ex Corte Suprema de Justicia, referente a lo que dicha Corte ha dicho así: “...para deducir la acción de daños y perjuicios el demandante debió hacerlo conjuntamente sea con la acción de resolución o con la de cumplimiento del contrato, más en ningún caso de manera independiente, pues estas son las acciones establecidas por la ley contra la parte que no cumple las obligaciones del contrato, esto es lo pactado, y la indemnización de daños y perjuicios deviene de la admisión de cualquiera de ellas...” (GJS XIII, No. 5, p. 1008)... más el Tribunal de apelaciones, no toma en cuenta que dichos criterios tienen sentido cuando estando vigente el contrato, el acreedor en uso de su facultad resolutoria, activa a la administración de justicia, una vez que ha requerido y constituido en mora al deudor, cosa que no sucede en el presente caso, donde la peculiaridad es que la vida del pacto contractual ha fenecido, evento por el cual si opera la indemnización de daños y perjuicios...¹⁰

44. Volviendo al caso, al haberse terminado unilateralmente el contrato por parte de la empresa demandada, afincada en la cláusula Quinta del contrato de asesoría y patrocinio legal, según la cual, cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato de forma unilateral, previo aviso motivado.

45. Resulta obvio que ya no estamos frente a un contrato vigente, y si bien la declaración unilateral de terminación no sujeta en forma dirigida a la otra parte, no es menos cierto que por el acuerdo de voluntades las partes pueden establecer cláusulas de resolución o terminación del contrato y que, en atención a aquellas el contrato pueda terminarse sin que medie decisión judicial.

46. Es así, que numeral 1 del artículo 1583 del Código Civil, establece como una de las formas de extinción de las obligaciones, la convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo.

47. Es decir, que el contrato como fuente de las obligaciones¹¹, que los pactantes decidan adquirir, así como nace puede extinguirse por decisión de los

⁹ Blasco Gascó, Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. 3ª ed. 1998. Obtenido en : <https://latam.tirantonline.com/latam/documentoLatam/show/10094?librodoctrina=148&general=autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+contractual+&tolgeo=ESP>

¹⁰ Resolución N°. 146-2022-J de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, de 12 de octubre de 2022, Juicio No. 17230-2018-10199

¹¹ **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.

celebrantes, por lo que su existencia no puede estar supedita a decisión judicial de resolución cuando el contrato ha terminado anticipadamente.

48. Esto no obsta de que el perjudicado con la terminación del contrato, acuda a la justicia ordinaria a fin de que se determine si la terminación anticipada ha sido la legal, en los términos del contrato, cuyas cláusulas son normas derecho sustantivo y vinculan directamente a los celebrantes de la convención.

49. Pues, de verificarse arbitrariedad en la terminación unilateral del contrato, se configura el incumplimiento del contrato, lo que en los términos del artículo 1572 del Código Civil otorga derecho al contratante cumplido a ser indemnizado por daños y perjuicios, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, según sea el caso.

50. Resulta irrisible entonces, que el tribunal de apelación, después de determinar que el contrato ya no se encuentra vigente, exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato del artículo 1505 del Código Civil, desconociendo la cláusula de terminación del contrato pactada por las partes en el contrato.

51. Bajo lo analizado, este Tribunal, encuentra mérito para casar la sentencia, por el caso quinto del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación de los artículos 1561, 1562 y 1572 del Código Civil. Por lo que, en aplicación del artículo 273 del COGEP numeral 3, se pasa a dictar sentencia de fondo, en mérito de los hechos determinados como ciertos en instancia.

7.2. Consideraciones de mérito

52. Tal como ha quedado señalado en líneas anteriores, comparece la compañía GLOBALPARTNERS S.A., demandando la resolución del contrato de asesoría y patrocinio legal celebrado con la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA, el 10 de septiembre de 2018 y que se condene a la demandada, al pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento y resolución del contrato.

53. En cuanto al pedido de resolución del contrato, esta acción procede cuando concurren los siguientes elementos: **1)** la existencia y vigencia de un vínculo contractual; pues, solo cabe resolver un contrato existente y válido, capaz de producir efectos jurídicos para que solo así pueda extinguirse en lo sucesivo; y el contrato no debe haberse consumado, ya que si ambas partes cumplen con sus respectivas obligaciones, no cabe resolverlo; **2)** la reciprocidad de las prestaciones; **3)** la exigibilidad de las prestaciones, por cuanto la resolución sólo cabe cuando las prestaciones recíprocas de las partes, sean exigibles; **4)** el incumplimiento grave por parte del demanda-

do; grave, por cuanto no cualquier incumplimiento faculta para resolver; y, **5)** el cumplimiento por parte de quien ejercita la acción; la acción resolutoria corresponde a quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte.

54. Revisados los requerimientos de la resolución del contrato y siendo que en el caso el contrato ha terminado previamente a la interposición de este proceso, por decisión de la demandada, la pretensión de resolución no prospera.

55. Tanto más si tomamos es cuenta el tipo de obligaciones establecidas en el contrato objeto de la controversia, cuya naturaleza deriva en un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

56. Pues varios de los servicios que la actora pactó prestar en virtud del contrato se originaban a partir del cumplimiento o ejecución de servicios o actividades primigenias, de manera que las obligaciones se iban renovando y cumpliendo constantemente, razón por la que inclusive la contratista debía ir satisfaciendo el pago de los servicios mes a mes, en los términos pactados en el contrato por un periodo de al menos 36 meses.

57. En los contratos de tracto sucesivo, no cabe la condición resolutoria tácita del 1505 del Código Civil, pues en esta clase de contratos las obligaciones se van cumpliendo en el tiempo lo cual imposibilita que se pueda demandar la resolución contractual cuyo efecto es retroaer la situación contractual a su estado anterior a la celebración, efecto que en la especie no podría aplicarse en virtud de los servicios que efectivamente ya se prestaron y por los cuales inclusive la demandada pagó en parte.

58. En lo que atañe a la legalidad de la terminación anticipada del contrato por parte de la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA, este Tribunal considera que decisión de terminación no se efectuó en los términos pactados en la convención.

59. Según la cláusula Quinta del contrato, cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato, informando motivadamente de su decisión a la contraparte, pero en este caso, debida proceder conforme a lo acordado en el literal c) del numeral 4.1 de la cláusula cuarta del contrato.

60. De acuerdo a esta cláusula, para la terminación del contrato se debía realizar una liquidación con la contraparte, sobre los servicios efectivamente prestados y pagar en el término de quince días el saldo pendiente.

61. Dicha liquidación fue efectuada por GLOBAL PARTNERS en comunicación de 5 de diciembre de 2019 a IZYFCO, de la cual la demandada



lejos de impugnar debidamente dicha liquidación constante en el proceso, se limitó a señalar que en los pagos por los servicios prestados se efectuaban mes a mes, siendo el último pago efectivo en noviembre del 2019, lo que corrobora que inclusive la demandada no pagó del mes de diciembre, pago que según el contrato debía efectuarse cada mes de manera anticipada.

62. Además, la aseveración de la demandada, en torno a que no exista la obligación de más pagos que los mensuales, decae cuando en su propia contestación de la demanda, afirma que el contrato no valora individualmente los servicios a prestarse ni los totaliza, bajo ese hecho, no se puede aducir que con los pagos mensuales efectuados hasta noviembre del 2019, se encontraban pagados los servicios efectivamente prestados, pues pese a que las actividades detalladas en contrato se iban efectuando en el tiempo, con el avance del proyecto inmobiliario, en los términos del contrato, no se detallan qué rubros y actividades debían cumplirse mensualmente.

63. Lo anterior deriva en que GLOBAL PARTNERS, según el contrato podía ejecutar las gestiones legales a las que estaba obligada, antes de los 36 meses pactados, debiendo en ese caso la demandada pagar el valor total pendiente hasta completar los 36 meses; y, ante la terminación anticipada, como sucedió en el caso, la demandada debía cancelar a la actora por los servicios efectivamente prestados en virtud de la liquidación.

64. Dicho esto, se ha configurado incumplimiento por parte de la empresa demandada, quien arbitrariamente dio por terminado el contrato, sin efectuar la respectiva liquidación los servicios prestados por parte de GLOBAL PARTNERS S.A. hasta la fecha de terminación. Siendo este el germen de la responsabilidad civil de la demandada, quien en detrimento de los intereses económicos de la actora, incumplió el contrato, configurándose el nexo causal que obliga a la demanda a indemnizar a la actora por daños y perjuicios.

65. La indemnización de daños y perjuicios que se pudieren haber generado, por la terminación arbitraria del contrato ya por incumplimiento de la obligación, cumplimiento imperfecto o retardo en su incumplimiento, según lo preceptuado en el artículo 1572 del Código Civil, es producto de los términos del propio contrato, de las obligaciones que hayan quedado insolutas.

66. Con estas consideraciones y siendo que la demandada omitió la obligación de pago de la liquidación descrita, causando daño a la parte actora, le

corresponde indemnizar a GLOBAL PARTNERS en los términos del artículo 1572 y 1574 del Código Civil por daños y perjuicios, en el concepto de lucro cesante, que se justifica con la liquidación efectuada por la parte actora, cuyo valor de los servicios efectivamente prestados asciende a doce mil doscientos noventa y cinco, con 24 centavos, como monto efectivamente verificable al tiempo de la terminación del contrato, en que se perjudicó al patrimonio de la actora.

67. No corresponde indemnización por lucro cesante, toda vez que en la actuación de la parte demandada, no se puede verificar dolo, al ser prerrogativa de las partes la terminación según el propio contrato, en cualquier momento.

VIII. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, 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**, decide por unanimidad:

1. Aceptar el recurso de casación interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del COGEP y casar la sentencia dictada el 18 de marzo de 2022 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, dentro de la causa ordinaria seguida por la compañía GLOBAL PARTNERS S.A., en contra de la compañía Constructora IZYFCO CÍA LTDA.
2. Se acepta la demanda de daños y perjuicios, ordenándose pagar a la parte demandada por concepto de lucro cesante a favor de la actora, la suma de **DOCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO, CON 24 CENTAVOS (\$12,295.24)** como condena de daños y perjuicios causados; más los intereses, desde la fecha de la citación con la demanda, a la tasa de interés aplicable establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central del Ecuador, como tasa de interés referencial para las operaciones comerciales ordinarias. Se rechaza la demanda de resolución de contrato por improcedente.
3. Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoria de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.

4. **Notifíquese y cúmplase.** QUIJANO CONJUEZA NACIONAL (E.) DR.
f) DR. ADRIÁN ROJAS CALLE JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE). DRA. RITA BRAVO DAVID JACHO CHICAIZA JUEZ NACIONAL (E).

Resumen de fácil comprensión

Ante la terminación anticipada unilateral del contrato en virtud de sus cláusulas, cabe la demanda por responsabilidad de daños y perjuicios, correspondiendo a la administración de justicia determinar, si el contrato terminó legalmente o de manera arbitraria.



VI

Juicio Nro. 07334-2019-00521

Fecha: jueves 7 de septiembre del 2023, las 10h01

TEMA: Acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Reconvención de reivindicación planteada por los demandados. Motivación. Análisis de la reivindicación. Definición de motivación. Función endoprocesal y extraprocesal de la motivación. Reglas de la lógica como elementos del sistema de valoración vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La sana crítica racional definición. Deficiencia en la motivación.

SÍNTESIS

La Sala declara improcedente el recurso de casación presentado por el actor. Manifiesta que, de acuerdo al artículo 76 de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, y concluye que "(...) la motivación es la justificación de la decisión judicial y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión, en un sentido u otro; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión...". En este sentido, la Sala analiza la proposición del casacionista, en el marco de respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial, y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables, para lo cual realiza un profundo análisis de los requisitos de motivación que debe contener la sentencia y pone énfasis en la relación de ésta con el debido proceso y la debida valoración de la prueba, citando los criterios sobre motivación y tutela judicial efectiva que ha dictado la Corte Constitucional. Además, detalla la importancia de la seguridad jurídica y su íntima relación con la garantía del debido proceso, como pilares fundamentales del estado constitucional de derechos y justicia. Hace también un enfoque sobre los requisitos y medios probatorios que se deben tener en cuenta para aceptar la pretensión de la acción reivindicatoria que fue planteada dentro del proceso como contradicción a la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 07334-2019-00521

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 7 de septiembre del 2023, las 10h01.

VISTOS:

I ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada.

1. En el juicio ordinario que sigue Edgar Alexander Pérez Solórzano en contra de Roberto Genaro Pérez Yáñez e Inés Emilia Solórzano, el juez de la Unidad Judicial Civil del cantón Pasaje, emitió sentencia en la que rechazó tanto la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de domi-

nio presentada, como la reconvención de reivindicación planteada por los demandados.

2. En contra de esta sentencia, tanto el actor como los demandados interpusieron recurso de apelación, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el cual emitió sentencia el 21 de enero de 2021, a las 14h17, en la que aprobó el desistimiento del recurso de apelación presentado por el actor, y aceptó el recurso de apelación de los demandados, reformó la sentencia subida en grado, aceptó la reconvención de reivindicación, y dispuso la restitución del bien litigioso, en un término de 30 días, a favor de los demandados –reconvinientes.

3. La parte actora presenta recursos horizontales

de ampliación y aclaración de la sentencia de segunda instancia, los cuales, luego de la respectiva notificación a la contraparte, son negados por el tribunal de apelación, mediante auto de 9 de febrero de 2021, a las 16h26.

b) Actos de sustanciación del recurso de casación.

4. Inconforme con la sentencia dictada por el tribunal de apelación, el actor –reconvenido interpone recurso de casación dentro del término establecido por el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, en base al caso contenido en el numeral 5 del artículo 268 *ibidem*.

5. El doctor Carlos Pazos Medina, conjuer nacional, mediante auto de 27 de julio de 2021, a las 11h40, admitió el recurso interpuesto.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada.

6. De acuerdo al auto de admisión del recurso, la parte casacionista impugna la sentencia de apelación por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7. El caso quinto tiene lugar cuando se ha incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

8. El recurrente, en su fundamentación oral, no cita las disposiciones normativas que considera han sido violadas por el tribunal de segunda instancia. Es decir, no hace referencia alguna a las disposiciones que citó en el escrito de interposición, las cuales son: artículos 933, 934 y 937 del Código Civil.

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.

9. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); David Jacho Chicaiza; y, Wilman Terán Carrillo, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la resolución 032021 de 10 de febrero de 2021 emi-

tida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

10. Los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167. UATH2021NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-PCNJ-2021, y 114-P-CNJ 2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

11. El doctor Wilman Terán, presentó su renuncia al ser elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como vocal del Consejo de la Judicatura, por lo que mediante acción de personal 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo de 2023, se designó al doctor Luis Adrián Rojas Calle, conjuer nacional, para que lo reemplace definitivamente.

12. Mediante acta de sorteo de 28 de agosto de 2023, a las 08h40, suscrita por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia y la Secretaria General, se designó a la doctora Gabriela Mier Ortiz, conjuer nacional (e), para que reemplace temporalmente al doctor Adrián Rojas Calle, juez nacional (e), por licencia legalmente conferida a aquel el 28 de agosto de 2023, razón por la cual, la mencionada magistrada actúa en la presente causa.

13. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República ¹; 184² y 190 numeral 1³ del Código Orgánico de la Función Judicial; y, primer inciso del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos ⁴.

2.2. Validez procesal.

14. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución de la República; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución

¹ Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

² Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

³ Art. 190.- Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

⁴ Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley.

y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Audiencia pública y de fundamentación del recurso de casación.

15. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 28 de agosto de 2023, a las 09h30; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 ibídem.

III

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO PRESENTADO POR LA PARTE ACTORA

1.1. Argumentos presentados por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

16. El casacionista alega errónea aplicación de la ley en la sentencia recurrida, debido a que se trata de un predio distinto al de la controversia, por cuanto en el proceso civil existen dos informes, el uno del Arq. Edgar Tenicela, en el que se da una medida con linderos y dimensiones con una superficie de 75.99 m²; y, existe otro informe distinto al de la controversia, del Arq. Nieto, de una superficie total de 76.11 m², es algo totalmente diferente que no se compadece con la realidad de lo que existe en la superficie.

17. Insiste en que la superficie es distinta porque existe una diferencia de 10 cm² aproximadamente.

18. Que el tribunal de apelación incurrió en errónea aplicación de la ley porque no se cumple con los requisitos de la reivindicación, referente a la individualización, pues, la parte que propone el recurso de reivindicación no cumple con los tres requisitos que manda la ley.

19. A pedido del juez ponente, el recurrente identifica la parte de la sentencia recurrida en la que se encontraría el error de derecho, esto es,

en el numeral décimo primero de la sentencia, en donde el tribunal establece la argumentación y motivación, específicamente en el numeral 11.9 "doctrina y jurisprudencia", y en la parte pertinente hace una puntualización y valoración equivocada del requisito sine qua non de la acción de dominio, que es la individualización del bien a reivindicarse.

IV

CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

20. Menciona que el actor es hijo de los demandados y que el recurrente ha manifestado su inconformidad por la diferencia que existe entre los 2 informes periciales que fueron objeto del juicio de prescripción y en la reconvención de reivindicación.

21. Que para el actor, no se habría cumplido con el requisito de individualización del predio, al existir una diferencia de 11 cm² en el área total del bien.

22. Sostiene que la resolución de segunda instancia está apegada a derecho, pues, la acción reivindicatoria cumplió con todos los requisitos legales para que surta efecto, toda vez que se la ha planteado en contra del poseedor que es el casacionista, se demostró la titularidad del bien, la singularización se ha demostrado con el informe pericial según el cual es el mismo predio, por lo que la única diferencia sería los 12 cm² entre informes.

23. Solicita que no se case la sentencia porque el recurso es improcedente.

V

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

24. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolverlo, plantea el siguiente problema jurídico:

i) Analizar si procede el recurso de casación presentado por la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en los términos en que fue fundamentado en la audiencia oral.

VI

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

25. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas⁵.

⁵ Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en

26. La motivación es la justificación de la decisión judicial⁶ y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión⁷, en un sentido u otro⁸; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho⁹.

27. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel ha sostenido que:

"[...] lo que [...] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté

fundada en derecho [...]"¹⁰

28. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar¹¹; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso^{12, 13}.

29. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad¹⁴ de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica¹⁵.

el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

⁶ Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

⁷ En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

⁸ Jordi Ferrer, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 187-188.

⁹ Alejandro Nieto, Arbitrio judicial, Barcelona, Ariel, 2000, p. 157.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

¹¹ Artículo 8. Garantías Judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: 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.

¹² Jordi Ferrer, Ob. cit., p. 189-191.

¹³ A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de *common law*, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación ‘concentra la mente’, por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal inglesa, caso Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

¹⁴ El juicio de predictibilidad es una suerte de razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

¹⁵ Jordi Ferrer, Ob. cit., p. 191.

30. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

"[...] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión [...]"¹⁶ [...] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha [...]"¹⁷

31. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente.

32. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un

primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.¹⁸

33. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.¹⁹

34. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

35. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma, exigencia que impone al

¹⁶ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

¹⁷ CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

¹⁸ Ferrer, Jordi, Prueba sin convicción, p. 189.

¹⁹ Michele Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" en Discusiones: prueba, conocimiento y verdad, Año III, No. 3, p. 89-90. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf> (Acceso 28/08/2023).

órgano jurisdiccional, la obligación de "i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"²⁰.

36. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

37. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.²¹

38. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

39. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene "alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica", pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia²².

40. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre

en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatención, incongruencia o de incompresibilidad²³.

41. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión – incoherencia decisional.²⁴

42. La inatención se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.²⁵

43. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.²⁶

44. Finalmente, la incompresibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.²⁷

45. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

6.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

46. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

47. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

48. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 5.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.

²² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.

²³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

49. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

50. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos: "[...] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".²⁸

51. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.

52. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,²⁹ que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad 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. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura

de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

53. A su vez, la Corte Constitucional³⁰ desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.³¹ Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.³²

54. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se presenta como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.³³

55. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

56. El artículo 8.1 del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

²⁸ Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), p. 27.

²⁹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

³⁰ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

³¹ Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (intermediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal); (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

³² Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP-CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

³³ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

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

57. Este artículo tiene relación con el artículo 25 sobre la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

58. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

59. Es decir, este derecho complejo –debido proceso que implica, a su vez otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.³⁴

60. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica³⁵.

61. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo

ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetiva³⁶.

62. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna³⁷.

63. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

64. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben — por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

65. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

6.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil

66. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga

³⁴ Osvaldo Gozaíni, Ob. cit., p. 24.

³⁵ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.

³⁶ Jorge Malem, "Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción" en *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 22.

³⁷ Jorge Malem, Ob. cit., p. 23.

como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.³⁸

67. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.³⁹

68. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal ad quem no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

69. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero

y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.⁴⁰

70. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

71. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".⁴¹

72. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición – casacional, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴². La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.⁴³

73. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de

³⁸ Jorge Rodríguez-Zapata, Fundamentos de lo contencioso-administrativo, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Michele Taruffo, La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile, Boloña, Il Mulino, 1991, p. 72-73.

⁴¹ Mario Nájera, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, p. 649.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.

⁴³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.

legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

74. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.⁴⁴

75. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

- i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;
- ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,
- iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso,

de conformidad a dicho principio.

6.3. Análisis y resolución.

6.3.1. Sobre los argumentos presentados bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

76. La fundamentación oral de la parte actora en la audiencia no hace referencia a los argumentos desarrollados por aquella en el escrito de interposición del recurso, así como tampoco ha señalado cuál es la sentencia de la que recurre, ni ha identificado las disposiciones normativas que habrían sido infringidas, y cuya violación sería la base sobre la cual presenta el medio de impugnación.

77. Tampoco ha justificado la existencia del vicio acusado -'errónea aplicación', pues, no lo ha vinculado con disposición normativa alguna ni ha demostrado la manera en que el yerro de derecho habría afectado a la parte resolutoria de la sentencia de segundo nivel.

78. La única alegación presentada de manera oral, gira en torno a que no se habría cumplido con el requisito de singularización del bien inmueble objeto de la litis, pues, entre las mediciones de los dos informes periciales aportados para justificar dicho requisito, existiría una diferencia -entre aquellos de 11 cm² aproximadamente.

79. Al respecto, este tribunal menciona que las disposiciones normativas aplicables para la resolución de la presente causa, tomando en cuenta los hechos fijados por el tribunal de segundo nivel en la sentencia emitida, son los artículos 933, 934 y 937 del Código Civil, los cuales determinan en qué consiste la acción de reivindicación, qué cosas son susceptibles de reivindicación, y a quién le corresponde proponer dicha acción:

Art. 933. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Art. 934. Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

⁴⁴ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 937. La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

80. Es decir, establecen los requisitos que deben observarse siempre que se proponga una acción de reivindicación, cuya verificación debe ser realizada por el juzgador, y cuya prueba corresponde a quien alega haber cumplido con aquellos.

81. Los requisitos que deben ser demostrados en el proceso para que la acción reivindicatoria prospere, que se extraen tanto de las referidas disposiciones normativas, como de las reglas jurisprudenciales establecidas a través de los fallos de triple reiteración⁴⁵, son: a) dominio de la cosa con respecto a la parte actora; b) posesión actual del demandado; c) singularización de la cosa a reivindicarse; y, d) que exista plena identidad entre la cosa que se pretende reivindicar y la que posee la parte demandada con el título de dominio en que se fundamenta la acción.

82. En el presente caso, quienes plantean la acción de reivindicación son los demandados dentro de una causa iniciada por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en la cual, la parte demandada reconvino al actor, obteniendo en segunda instancia, sentencia favorable en la que se aceptó la reconvención de reivindicación y se ordenó que el actor restituya el bien a los demandados reconvinentes.

83. Es decir, de dicha sentencia se extrae que, el tribunal de segunda instancia para aceptar el recurso de apelación, y por consiguiente, la reconvención planteada por los demandados, llegó a la conclusión de que estos últimos probaron de manera suficiente el cumplimiento de los requisitos necesarios para que la acción civil de reivindicación prospere.

84. En otras palabras, fijaron en sentencia, luego de analizar todos los medios de prueba aportados al proceso, los hechos que se encontraban suficientemente justificados, y dispusieron que el actor de la causa restituya el bien a los demandados.

85. De lo anterior, se evidencia que para poder controvertir los hechos que el tribunal de segundo nivel tuvo como probados –cumplimiento de los requisitos para que la reivindicación prospere,

necesariamente se debe acusar algún yerro en que haya incurrido el tribunal de apelación, respecto de los medios de prueba, situación que dentro de los argumentos que fundamentan la causal quinta no puede suceder, toda vez que, doctrinariamente, se ha establecido que cuando se recurre por la causal quinta se debe estar de acuerdo con los hechos fijados en sentencia por el tribunal *ad quem*, criterio que ha sido reforzado mediante lo establecido por la jurisprudencia ecuatoriana a través de numerosas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que, cuando se alega la violación de normas de derecho sustantivo y/o precedentes jurisprudenciales obligatorios, no se puede hacer ningún tipo de consideración respecto a hechos ni alusión alguna sobre una nueva valoración probatoria⁴⁶.

86. De los fundamentos del recurso, se evidencia que el casacionista se refiere únicamente a la prueba, especialmente a los informes periciales sobre la ubicación, superficie y linderos del bien litigioso, e inclusive asevera que el tribunal *ad quem* no realizó una valoración correcta de las pruebas –periciales, y concluye manifestando, que se reconoce un derecho de dominio cuando los reconvinentes no han cumplido con el requisito de singularización del bien, argumentos con los cuales se encuentra controvirtiendo la valoración probatoria realizada por el tribunal de segunda instancia y las conclusiones a las que arribó en función de los hechos que se aceptaron como suficientemente justificados por los medios de prueba, lo que está proscrito cuando se recurre por la causal quinta, como se ha dejado explicado.

87. En términos generales, para que proceda una acción civil de reivindicación de un bien inmueble, entendida de acuerdo al texto del artículo 933 del Código Civil, como aquella que tiene el dueño de una cosa singular de la que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, la jurisprudencia ha establecido que deben verificarse los siguientes presupuestos:

- a) dominio de la cosa con respecto a la parte actora;
- b) posesión actual del demandado;
- c) singularización de la cosa a reivindicarse; y,

⁴⁵ Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, página 3446 de 30 de julio de 1991, Gaceta Judicial, Año XCI, Serie XV, No. 11, página 3146 de 3 de abril de 1991; Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No. 8, página 2047 de 3 de abril de 1997

⁴⁶ Resolución 323 de 31 de agosto de 2000, juicio 89-99; resolución 229 de 19 de junio de 2001, juicio 168-2000; resolución 317 de 31 de agosto 2000, juicio 190-2000; resolución 332 de 31 de agosto de 2000, juicio 186-2000.

- d) que exista plena identidad entre la cosa que se pretende reivindicar y la que posee la parte demandada con el título de dominio en que se fundamenta la acción.

88. La existencia o no de estos requisitos para que proceda la acción reivindicatoria tiene que ver necesariamente con lo probado en el proceso judicial, es decir, se debe justificar a través de los medios probatorios necesarios y permitidos por la ley: 1) que el bien que se quiere reivindicar es singular o una cuota determinada de un bien claramente identificado, para lo cual debe existir correspondencia entre la cosa que se quiere reivindicar, la que posee la parte demandada y el título de dominio que sustenta la acción; 2) la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa que se quiere reivindicar; y, 3) que el demandado se encuentra en posesión de la cosa.

89. En otras palabras, la actividad probatoria de las partes procesales se circunscribe a la justificación –o no mediante prueba válida, útil, conducente y pertinente, de la existencia de esos requisitos.

90. De tal modo que, si se quiere argumentar que el requisito de singularización de la cosa a reivindicar no ha sido cumplido por quien presenta la reconvencción, necesariamente se debe controvertir la prueba actuada, con la finalidad de revertir la conclusión a la que llegó el tribunal *ad quem*, de procedencia de la reconvencción, siendo impropio alegar la falta de aplicación de una norma sustantiva, toda vez que, mediante la alegación presentada se pretendería cambiar un hecho fijado en la sentencia censurada: que el bien se encuentra claramente singularizado.

91. En conclusión, la verificación del cumplimiento –o no del requisito de singularización del bien inmueble a reivindicarse, obligaría necesariamente a revisar los medios de prueba para poder establecer si hay prueba suficiente que indique que el inmueble se encuentra plenamente singularizado, lo cual, en sede de casación y especial-

mente, en función de la causal que ha sido alegada –quinta no es posible, pues, quien recurre por esta causal debe estar, necesariamente, de acuerdo con los hechos fijados en la sentencia de segunda instancia, lo que no sucede en el presente caso.

92. Inclusive, debe tenerse en cuenta que, el casacionista no ha fundamentado de manera técnica ni debida su recurso de casación, al no identificar disposiciones normativas violadas, trascendencia del supuesto error de derecho, ni la sentencia de la cual recurre, por lo que se evidencia que el recurso es, claramente, improcedente.

VII

DECISIÓN DE LA SENTENCIA

93. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, 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"**, por unanimidad resuelve:

- 1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por Edgar Alexander Pérez Solórzano, actor, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.
 - 2) En consecuencia, no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, emitida el 21 de enero de 2021, las 14h17.
 - 3) Sin costas.
 - 4) Entréguese el monto caucionado a la parte demandada.
 - 5) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. Notifíquese y devuélvase.
- f) DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE.)** DRA. MARIA GABRIELA MIER ORTIZ **CONJUEZA NACIONAL.** DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E).**

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia, el tribunal de casación resolvió negar el recurso interpuesto en contra de la resolución de última instancia, debido a que el mismo no se encontraba técnicamente sustentado, por lo que se mantiene la decisión de aceptar la reconvencción presentada por los demandados, razón por la cual, el actor debe devolver el bien inmueble materia del proceso a sus padres.



Gaceta Judicial
Número 8 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA
DE LA FAMILIA,
NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y
ADOLESCENTES
INFRACTORES
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 03203-2018-01035
Fecha: 16 de marzo del 2023, a las 16h41

TEMA: Impugnación de paternidad. No se ha demostrado vicios de error, fuerza o dolo, en el reconocimiento de la paternidad.

SÍNTESIS

La valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, relacionada con la inadmisión de una prueba, inconducente, impertinente, e inútil para los fines de la acción incoada, lo cual es violatorio al principio de "*no debate de instancia*", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad. Hay que tomar en cuenta que el artículo 1467 del Código Civil, debe aplicarse cuando fáctica, probatoria y jurídicamente, se justifica la existencia de un vicio de consentimiento en el acto de reconocimiento de paternidad, en ese sentido, la propuesta fáctica debía ser verificada con la probatoria encaminada necesariamente a fijar como hechos determinantes y ciertos, que en el acto "libre y voluntario" existió error, fuerza o dolo, lo cual enervó esa libre voluntariedad, cuestión no verificada, por lo cual la norma *in comento* no era aplicable; ergo, se desestima el cargo de falta de aplicación de la norma sustantiva.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 03203-2018-01035

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA, Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, 16 de marzo del 2023, a las 16h41

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Marco Rene Fajardo Zumba, actor, por intermedio de su procurador judicial, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo

130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

1.1) Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo¹, Himmler Roberto Guzmán Castañeda², y David Isaías Jacho Chicaiza³, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte.

¹ Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

² Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

³ Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

1.2) De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 30 de noviembre del 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ, por lo que asumimos, en su momento, el conocimiento de la presente causa, y resolvimos oralmente el recurso de casación.

1.3) En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa⁴, al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

Así, se integra al Tribunal de casación, y asume el conocimiento de la presente causa, el doctor Luis Adrián Rojas Calle, como Juez Nacional (E), quien actúa en el presente acto jurisdiccional, pese a que no resolvió oralmente el recurso de casación, y no emite criterio alguno al respecto, salvando su voto, suscribiendo la resolución por imperativo legal, conforme el artículo 4 de la Resolución No. 18-2017 emitida por esta Alta Corte, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y la debida diligencia.

En ese contexto, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente.

1.4) La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito

Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio del presente acto jurisdiccional.

SEGUNDO:

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

2.1) El ciudadano Marco Rene Fajardo Zumba, a través de su procurador judicial, en procedimiento ordinario, mediante acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, demanda Ana Lucia Yascaribay Ortiz, en el siguiente contexto:

“(...) De la partida de nacimiento se desprende que en el registro civil del Cantón Azogues, con número de registro N-235-000051-86, el 06 de Marzo del 2017 con número de registro 234607 fue inscrito Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay como mi hijo, acto de reconocimiento que fue viciado para que su autoridad proceda a declarar el mismo la Nulidad del mismo como lo regula el Código Civil en su artículo 1467 que establece los vicios son el Error, Fuerza y Dolo.

Es importante Sr. Juez manifestarle que Ana Lucia Yascaribay Fajardo maquinó todo un plan para que reconociera legalmente al niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, para lo cual se valió de engaños y toda clase de maniobras para que yo procediera ir a reconocer en el registro civil el día 6 de marzo y de esta manera un acto de benéficos para sus intereses en el cual yo no recuerdo en ningún momento haber acercado de manera voluntaria a reconocer a dicho niño.

Esto en debido, que mantuve relaciones íntimas con la señora Ana Lucia Yascaribay Fajardo, por una sola ocasión en estado de embriagues los días 8 de abril de 2015. Posteriormente en el año 2017 cuando regreso nuevamente al Ecuador en la bienvenida que hicieron todos mis familiares por mi llegada; es en ese momento que la señora Ana Lucia Yascaribay Ortiz y sus familiares me sorprende diciéndome que soy el papá del niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay y que además de eso debo reconocerle que si no lo hago ella llamaría a mi esposa y además que me tiene puesto una prohibición de salida del país y que la ejecutaría si es que yo no accedía a reconocerle, en ese momento como yo estaba tomado y perdí conciencia total de mis voluntades, y además sufro de una terrible enfermedad

⁴ Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

como es la diabetes, razón por la que he actuado sin voluntad a reconocerle al niño antes mentado, en aquel aparente reconocimiento voluntario.

Posterior al reconocimiento viciado del niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, me entero de que la Sra. Ana Lucia Yascaribay Ortiz, también mantuvo una relación íntima con mi hermano y con otras personas más en las mismas fechas que mantuvo relaciones íntimas con mi persona, razón por la cual si ellos no hubiesen hecho uso de la fuerza para conseguir mi consentimiento nunca habría reconocido al niño, Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay. (...)

El derecho humano a la identidad es derecho intrínseco de la persona sin permitir restricción alguna al mismo, en fundamento con el Art. 169 de la Constitución texto que establece que el sistema procesal que es un medio para la realización de la justicia y siendo la identidad un derecho inherente al ser humano acudo ante su Autoridad y demando la NULIDAD DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO conste en el registro en la partida de Nacimiento inscrita Registro Civil. Del Cantón Azogues, con número de registro N-235-000051-86, el 06 de Marzo del 2017 con número de registro 234607. (...)

Los Art. 21, 22, 33 y 35 del código de la Niñez y Adolescencia que establece los principios rectores del derecho a la identidad.

En lo referente a los vicios de consentimiento que adolece el acto lo encontramos en los artículos 1461.2; 1467; 1474; 1697 y 1698 del Código Civil.

Fallo de triple reiteración que se refiere a la impugnación de reconocimiento, Resolución No. 05-2014 de suplemento del registro oficial No. 346 del 2 de octubre del 2014.

Así como mi fundamento para la reforma de la demanda constante en el Art 148 del Código General de Procesos (...)" (Sic)

Estableciendo como pretensión lo siguiente:

"(...)Con estos antecedentes acudo a vuestra autoridad y solicito la nulidad del acto de reconocimiento en el sentido que se verifique que fue engañado, apreciándose la existencia de dichos de consentimiento (fuerza, dolo) al momento de reconocer al niño conforme consta el acta correspondiente del Registro Civil del Cantón Azogues provincia de Cañar demostrando que al momento de otorgarlo mi voluntad se encontraba totalmente viciada de esta forma Sr. Juez solicito que declare mediante sentencia, con lugar mi demanda y ordene al Jefe del Registro Civil se proceda a inscribir al menor con los apellidos de su Madre"(Sic)

2.2) Al contestar la demanda, la accionada Ana Lucia Yascaribay Ortiz, plantea, entre otras, las siguientes excepciones:

(...) En cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 151, inciso tercero del COGEP, deduzco las siguientes excepciones:

1. Niego pura y simplemente los fundamentos de hecho y derecho de la acción (...)" (Sic)

2.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, encontrándose la causa para resolver, el abogado Marco Vinicio Castro Coronel, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con sede en el Cantón Azogues, provincia de Cañar, emite su sentencia, rechazando la demanda, la misma que es reducida a escrito el lunes 7 de marzo del 2022, en el siguiente sentido:

"(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara sin lugar la demanda por falta de prueba (...)" (Sic)

2.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por el actor Marco Rene Fajardo Zumba, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, en sentencia de 8 de junio del 2021, las 11h58, niega el remedio procesal, en el siguiente sentido:

"(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Robinson Campoverde Blacio, en calidad de Procurador Judicial del actor MARCO RENE FAJARDO ZUMBA, y se confirma íntegramente la sentencia subida en grado. Se deja a salvo el derecho de actor. Sin costas. NOTIFIQUESE. (...)" (Sic)

2.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, Marco Rene Fajardo Zumba, actor, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

2.6) El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 16 de septiembre del 2022, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

“(…) ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por el doctor Robinson Campo-verde Blacio, en calidad de Procurador Judicial del señor MARCO RENE FAJARDO ZUMBA (…).” (Sic)

2.7) El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

TERCERO:

LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

3.1) Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3⁵ de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

CUARTO: VALIDEZ PROCESAL.

4.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La CRE, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es “...un Estado constitucional de derechos y justicia...”. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”⁶.

Es decir, la CRE, materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

“...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...”.

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial, que como parte del Estado, está llamado a garantizar

⁵ Constitución de la República del Ecuador: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 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 (...)”.

⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión⁷; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones⁸.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

*“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”*⁹.

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, en concordancia con el precepto del artículo 11.9 ibídem.

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental

del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que “...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 ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

*“...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).”*¹⁰, concluye sobre el tema indicando que “(...) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...”¹¹.

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como objeto la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente

⁷ **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** “(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

⁸ **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** “Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones; (...)”

⁹ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

¹¹ Ibídem, Pág. 28

que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo, en procura de alcanzar sus fines, en la justicia especializada en materia de Familia, Niñez y Adolescencia.

Per se, la casación, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*¹²

Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

“Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.
Igualmente procederá respecto de las providencias

expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración”.

“Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (...)”

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *“Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, “es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”, en este sentido, “rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”*¹³

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la transgresión a la ley en la resolución impugnada. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266 del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que “(...)

¹² Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

¹³ Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pág. 41.

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”.¹⁴

Ahora bien, el COGEP, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 267, textualmente señala:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada”.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: “...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitada-mente a la cuestión jurídica...”¹⁵.

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial “...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”¹⁶.

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal,

por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores “*in iudicando*” existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO: ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) A través del recurso de casación, corresponde al suscrito Tribunal, determinar si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el COGEP, aplicable al caso.

6.2) En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral 2.6) de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al cargo descrito en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP; ergo, inexorablemente el recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a esta causal, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

6.3) Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del COGEP, en el caso concreto.

El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, 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”.

En el mentado caso, “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

¹⁴ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

¹⁵ Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

¹⁶ Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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 la causal (...) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurrir 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, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(...)"¹⁷

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas

entre sí (principio de no contradicción).

- El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debidamente fundamentación y demostración)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutoria, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

*"...se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quaen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*¹⁸

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

"(...) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella...que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser

¹⁷ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

¹⁸ Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.

*una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otras normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (...)*¹⁹

Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutive de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

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

El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se

publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

“Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia”

Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en 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, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

6.4) Descripción de los yerros de casación invocados con una breve síntesis del argumento principal.

Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros in iure acusados por la parte recurrente, quien señala en su fundamentación, lo siguiente:

“(...) En la presente causa, comparece Marco René Fajardo Zumba, y manifiesta que la madre del menor cuyo reconocimiento se demanda vía nulidad, esto es ANA LUCIA YASCARIBAY FAJARDO, (y no como se establece en la parte enunciativa de la sentencia impugnada ANA LUCIA ORTIZ YASCARIBAY) había manifestado que el menor ALEXANDER EMANUEL, era mi hijo, que con éstos engaños por creer precisamente en la palabra de Ana Lucia Yascaribay, procedió a reconocer al menor como suyo; más sin embargo a los pocos días de haber reconocido al menor, su hermano JOSE FRANCISCO FAJARDO ZUMBA, le había manifestado que la paternidad del mismo menor, también le había

¹⁹ Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

sido atribuida aquél, por haber mantenido una relación de noviazgo por más de tres años con la madre del menor.

La sentencia impugnada es contradictoria, ya que su fundamentación es sobre un juicio de impugnación de reconocimiento de paternidad; cuando de la pretensión de la presente acción deviene que se demandó la nulidad del acto de reconocimiento de paternidad por error; se trata de un texto previamente determinado y que podría establecerse como un molde, ya que indebidamente se aplica normas del Código Civil como el Art 1683 que refiere a la confusión parcial y habla de la extinción de la deuda; el art 1481 cc. Que se refiere a con donación del dolo; Art. 1502, Cc riesgos, concepto de destrucción; Art. 1561 Cc Todo contrato es Ley para las partes, normas de derecho sustantivo que fueron indebidamente aplicadas y que fueron determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, ya que su aplicación en éste proceso es indebida.

Pero en el supuesto de sostenerse que se trata de un error de numeración de las normas por las reformas introducidas al Código Civil, hemos de precisar que en la presente causa NO se aplica la norma del Art. 1467 C civil, que trata sobre los vicios del consentimiento, y que es premisa fundamental de ésta acción.

En éste orden de ideas, podemos establecer que en sentencia se trata erradamente sobre la impugnación de paternidad; sobre negocios jurídicos; sobre la nulidad absoluta y relativa, y en forma teórica se refieren a casos doctrinarios muy ajenos al que nos ocupa.

En el considerando 3.7 se fundamenta en el Art. 1502 y 1561 C civil estableciendo los requisitos para que una persona se obligue con otra, y que un contrato se convierte en ley para las partes, quedando obligadas a cumplirlo, normas de derecho sustantivo que han sido indebidamente aplicadas y que nada tienen que ver en la presente causa en donde no se trata de contratos.

Hemos invocado la Jurisprudencia emanada dentro del juicio 01613- 2019- 00320 misma que se adjuntó al escrito de fundamentación del recurso, criterio que igualmente se plasma en la Jurisprudencia dada en el proceso N° 09201-2017- 01215.

En la Jurisprudencia enunciada y que de conformidad con la norma constitucional del Art. 185, debía ser aplicada en forma obligatoria por los jueces de la Sala Multicompetente, se establece en forma clara y meridiana que el error, o el engaño se justifica plenamente con la existencia del

resultado del examen de ADN, y es por ese motivo en donde para justificar precisamente éste vicio del consentimiento que se solicitó la práctica del examen de ADN, siendo materia de apelación y sin que el Tribunal de alzada se haya pronunciado sobre la pertinencia de dicho medio de prueba que fue debidamente anunciado y solicitado en la audiencia respectiva.

El error es por su naturaleza, contrario al consentimiento y puede definirse como "La disconformidad de las ideas con la naturaleza de las cosas, o sea, el concepto inexacto que se tiene de la Ley, de una persona o de una cosa. Consiste en creer verdadero lo que es falso o creer falso lo que es verdadero" (juicio 01613- 2019- 00320).

El error se esgrime como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, al cual puede arribarse por el engaño, al transmitirse ese falso conocimiento.

En la presente causa Marco René Fajardo Zumba, creyendo que el menor es su hijo confiado en la relación amorosa que mantuvo con Ana Lucia Yascaribay, y creyendo en su palabra procedió a reconocer al menor; más sin embargo a los pocos días se entera por boca de su propio hermano que la paternidad del menor también le fue atribuida. Ha existido entonces error esencial que ha llevado al accionante a reconocer como suyo al referido niño, construyendo tal conclusión fáctica, con las premisas instruidas por la declaración de la parte demandada en donde manifiesta que manifestó a Marco René fajardo que el menor era su hijo y por ese motivo acudieron al Registro Civil en forma voluntaria a reconocer al menor; hecho que también es corroborado con las propias testigos de descargo que en similar versión dieron sus atestaciones.

Por lo expuesto, desde ya he de solicitar se acepte a trámite mi recurso y se case la sentencia, declarando con lugar la presente acción, sin perjuicio de declarar la nulidad de todo lo actuado por haberse inobservado garantías constitucionales respeto al haberme dejado en indefensión y haber violentado mi derecho a la legítima defensa al solicitar la práctica del ADN y al negarse dicha prueba debidamente anunciada.". (Sic)

6.5) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener los cargos de aplicación indebida de los artículos 1683, 1481, 1502, y 1561 del Código Civil, y la falta de aplicación del artículo 1467 del Código Civil, y de los "precedentes jurisprudenciales" No.



16013-2019-00320 y 09201-2017-01215. También el recurrente sostiene la vulneración de los artículos 76 numeral 7, literales a) y b), y 82, de la CRE.

6.6) El cargo de **falta de aplicación**, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.7) Por otra parte, la **aplicación indebida**, acusada por el censor, de acuerdo a la técnica de la casación, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, 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 pues aplica la que no lo regula. Esto acarrea la inaplicación de la norma que corresponde realmente.

De los conceptos expuestos, se evidencian dos presupuestos: 1. Que la norma con la que se subsumieron los hechos, no es la aplicable al caso; y 2. Que producto de ello, la disposición que la regula fue inaplicada, elemento que perfecciona la proposición jurídica completa, respecto de esta causal.

6.8) Ahora bien, adentrándonos en los fundamentos del recurso, en torno a la censura de violación de preceptos constitucionales, en la sentencia del *Ad quem*, es de entender que la CRE, contiene principios y reglas jurídicas; así, el Título II, capítulo VIII, determina los “derechos de protección”, y despliega, entre otros, los artículos 76 numeral 7, literales a) y b), y 82, referentes al derecho de defensa, como parte del debido proceso, y a la seguridad jurídica, los cuales, son principios, es decir mandatos de optimización que son desarrollados por garantías normativas para procurar su materialización; ahora, si bien es cierto, el recurrente define las normas que a su criterio han sido infringidas, no delimita y explica si respecto de las mismas existe un error de omisión (falta de aplicación), subsunción (aplicación indebida) o de interpretación (errónea interpretación), per se, inobserva el principio de taxatividad, propio del cargo casacional, lo que impide extraer cargos precisos de estudio, por lo que, lo alegado es improcedente.

6.9) En lo referente a la vulneración de precedentes jurisprudenciales obligatorios, acusado por la parte recurrente, es menester considerar que la postulación de la censura, estuvo enfocada en la falta de aplicación de los fallos de casación constantes en los casos No. 16013-2019-00320 y 09201-2017-01215, emitidos por la Corte Nacional de Justicia.

Ahora bien, al desarrollar el ámbito de irradiación del cargo casacional en estudio (numeral **6.3**) de la presente sentencia), se delimitó constitucional y normativamente cual es la naturaleza jurídica del precedente jurisprudencial obligatorio, en la actualidad, a partir de la vigencia de la CRE del 2008; en esa ilación, queda claro y fuera de toda duda que los fallos aludidos por el recurrente, no constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya que no emergen como fallos de triple reiteración, integrado por sentencias que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, establecido mediante la resolución correspondiente por el Pleno de esta Alta Corte; ergo, la acusación formulada por el recurrente, adolece de debida fundamentación y demostración al sostener su recurso en sentencias que no tienen el carácter de vinculantes e imperativas, sino tan solo indicativas, siendo por tanto improcedente.

6.10) En lo referente a las normas de derecho sustantivo, acusadas como infringidas, se hallan delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, en ese escenario, corresponde verificar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se analiza **el problema jurídico planteado**, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿Los hechos planteados en la demanda, tienen relación con una acción de impugnación de paternidad, impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad?

¿El *Ad quem*, en su sentencia, incurre en error de subsunción (aplicación indebida de los artículos 1481, 1502, 1561, y 1683 del Código Civil, y en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 1467 del Código Civil, al ratificar la sentencia del A quo, y declarar improcedente la acción judicial que procuró enervar la filiación?

6.11) Como primera cuestión, es de relevancia discriminar si los hechos planteados tienen relación con una demanda de impugnación de paternidad, de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o una acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, para a partir de ello determinar si, existió la aplicación indebida y falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo acusadas por el censor.

6.12) Tanto la acción de impugnación de paternidad, la de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o la de nulidad del acto

de reconocimiento voluntario de paternidad, tienen relación directa con la institución jurídica de la filiación, que tiene ilación con el derecho a la identidad de toda persona, más aún en tratándose de niños, niñas o adolescentes.

6.13) En función del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previsto en los artículos 44 de la CRE, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Estado, la familia y la sociedad entera están obligados a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de este grupo de la sociedad, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación; que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del Estado; los Jueces y Juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que sus derechos se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce. Ergo, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación²⁰.

6.14) En el contexto indicado, **la filiación** es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere

que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica.

La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre de determinada persona. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro,

²⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación²¹.

6.15) En el contexto señalado *ut supra*, es que emergen las garantías normativas para hacer efectivo el derecho a la identidad, en tratándose de **hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho**, por lo cual, 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, esta presunción se extiende al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en la ley.

6.16) Asimismo, **los hijos nacidos fuera de matrimonio** pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63 del Código Civil. Según nuestra estructura normativa, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable.

En aras de materializar los principios y derechos antes referidos (interés superior, desarrollo integral), es que, emerge el carácter irrevocable del acto de reconocimiento voluntario de los hijos/as; más aún cuando en el Estado constitucional de derechos y justicia, la garantía de ejercicio y goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que deriva de la dignidad, derecho profundamente vinculado a la idea de SER, que incluye el derecho a la identificación; nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales, debe materializarse en cada caso; por ello, *prima facie*, resulta un contrasentido dejar al arbitrio del reconociente la modificación del estado civil de la persona por él reconocida, estado civil, que a más de generar lazos de filiación o parentesco por el estatus o condición de hijo o hija, conlleva la generación de vínculos que van más allá de lo

jurídico, vínculos afectivos, emocionales, sociales, económicos, culturales, lingüísticos que constituyen la plataforma para el desarrollo de su proyecto de vida; de su forma de ser y estar en este mundo²².

6.17) Tanto la acción de impugnación de paternidad, la de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o la de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, cuando se declara su procedencia, enervan la filiación, por ello, la legislación sustantiva civil establece ciertas garantías normativas para la aplicación de dichas instituciones jurídicas, en aras de tutelar al máximo el derecho de identidad y el vínculo jurídico existente entre las personas; ahora bien, para dar respuesta al recurso planteado, es de relevancia el estudio de las instituciones jurídicas aludidas.

6.18) La acción de impugnación de paternidad.- Esta acción está orientada a enervar la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho.

Prima facie, hay que considerar que normativamente (artículo 233 del Código Civil), 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, esta presunción se extiende al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en la ley.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad, por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, de lo cual emerge una presunción legal. La determinación de filiación del hijo (a) concebido dentro de un matrimonio, legalmente reconocido, presenta tres posibilidades: **a)** que los cónyuges personal y conjuntamente acudan al acto de inscripción del nacimiento; **b)** que solo la cónyuge acuda al acto de inscripción del nacimiento; y, **c)** que solo él cónyuge (marido) acuda al acto de inscripción; similares situaciones fácticas se suscitan en tratándose de hijos nacidos dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.

Independientemente de las posibilidades que puedan presentarse en la inscripción de un hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, tanto si el padre asiste o no al acto de

²¹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

²² Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

inscripción, dicha cuestión no es de relevancia en función de la presunción legal establecida en el artículo 24 literal a) del Código Civil, en relación con lo que establece el artículo 233 ibídem, que en su parte pertinente señala:

“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”. (El énfasis nos corresponde)

Ahora bien, la presunción legal de paternidad, establecida en las normas antes indicadas, es susceptible de impugnación, en la cual, el tema medular de discusión es la verdad biológica, que se acredita *“mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).”* En la ilación desarrollada, el artículo 233 A del Código Civil, singulariza las personas que tienen legitimación para incoar esta acción de impugnación de paternidad, en el siguiente sentido:

“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”.*

Las normas invocadas, establecen con claridad en qué casos opera la impugnación de paternidad, y quienes son los legitimados activos para el efecto; asimismo desde la óptica de la teoría general de la prueba judicial, refieren las garantías normativas que el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), tiene eficacia en esta acción dado que lo que se discute es la verdad biológica.

6.19) La impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad y la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad. - Estas acciones están orientadas a enervar

la filiación de un hijo nacido fuera del matrimonio o unión de hecho, pero reconocido voluntariamente por el padre o madre.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio o unión de hecho (legalmente reconocida), pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63 del Código Civil. Según nuestra normativa, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable, al tenor de lo analizado en los numerales precedentes.

Según nuestras garantías normativas (artículo 250 del Código Civil), **la legitimación activa para la impugnación del reconocimiento voluntario** la tiene el hijo o cualquier persona que pueda tener interés en ello, dentro de esta clasificación se excluye al reconociente.

A su vez, en casos concretos, la estructura normativa, establece la posibilidad de que el acto de reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, pueda ser impugnado por vía de nulidad, otorgando la legitimación activa al reconociente; estos casos tienen estricta relación con la inobservancia de los requisitos indispensables para dotar de validez al acto de reconocimiento, al momento de otorgar el mismo.

En estos casos, la ausencia de vínculo consanguíneo (ADN) con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento, ya que no se discute la verdad biológica.

En este sentido esta Alta Corte ha señalado:

“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”²³.

²³ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

Ahora bien, “Sobra decir que, si al acto de reconocimiento no concurre la condición de voluntario, esto es, si se encuentra viciado, o tiene una causa u objeto ilícitos, o ha sido realizado por una persona incapaz carece de valor, por lo que puede declararse su nulidad, previo el trámite correspondiente”²⁴.

“No todo acto de reconocimiento surte efectos jurídicos, para ello es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, a saber: que la persona que lo otorga sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.”²⁵

En el sentido explicado, es claro que uno de los concretos casos en que el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, puede ser impugnado vía nulidad, es aquel en el que el acto adolece de un vicio en el consentimiento.

La manifestación de un vicio para hacer valer un acto, tiene como fin el perjudicar o sacar ventaja mediante el engaño, la fuerza, amenazas, o la simple intención de hacer daño, hechos que de manera normal no podrían ser aceptados por el suscribiente si es que se tuviese conocimiento de su existencia; por lo cual la aplicación de estos mencionados vicios de los que puede adolecer el consentimiento se encuentran establecidos en la legislación nacional, para que de esta manera se pueda encontrar su existencia en el acto de voluntad, cuando corresponde. El artículo 1461 del Código Civil, señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra” (El énfasis nos corresponde)

El artículo 1697 del Código Civil prescribe: “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 (...)”.

Según nuestra legislación sustantiva, los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, fuerza, y dolo (artículo 1467 del Código Civil).

El objetivo principal que persiguen los vicios del consentimiento es invalidar la “libre voluntad” de una persona, derivada de la concurrencia de uno de ellos; por tal motivo, la consecuencia directa es la anulación absoluta del acto, ya que el consentimiento estuvo viciado.

El error puede ser de derecho o de hecho. Puede existir error de hecho sobre la persona (artículo 1471 del Código Civil).

En derecho, una persona incurre en el error cuando tiene una idea o concepto equivoco sobre algún aspecto del acto, lo cual da lugar al falso conocimiento. El error puede ocurrir, bien sea por ignorancia o equivocación, pero sin importar cuál es el caso, constituye una falsa recreación de la realidad porque los hechos no han sucedido como se ha pretendido mostrar.

No todos los errores que pueden presentarse tienen el mismo accionar jurídico. Por tanto, el mismo no siempre deriva a la nulidad del acto, salvo que sea un error relevante.

La fuerza, es aquella coacción de carácter material o físico, moral o psicológico encaminada a conseguir el consentimiento o la voluntad de una persona.

El dolo, consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

6.20 Ahora bien, revisada la acción planteada por Marco Rene Fajardo Zumba, se establece que, de la narración de los hechos y su súplica, se hace relación a que “Ana Lucia Yascaribay Fajardo maquinó todo un plan para que reconociera legalmente al niño Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, para lo cual se valió de engaños y toda clase de maniobras para que yo procediera ir a reconocer en el registro civil el día 6 de marzo y de esta manera un acto de benéficos para sus intereses en el cual yo no recuerdo en ningún momento haber acercado de manera voluntaria a reconocer a dicho niño” (Sic).

En ese contexto como fundamentos de derecho plantea lo siguiente: “En lo referente a los vicios de consentimiento que adolece el acto lo encontramos en los artículos 1461.2; 1467; 1474; 1697 y 1698 del Código Civil. Fallo de triple reiteración que se refiere a la impugnación de reconocimiento, Resolución No. 05-2014 de suplemento del registro oficial No. 346 del 2 de octubre del 2014”.

Es decir, los supuestos fácticos y jurídicos planteados estuvieron encaminados a una acción de nulidad del

²⁴ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

²⁵ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

acto de reconocimiento voluntario de paternidad, de un hijo nacido fuera del matrimonio, particular que se consolida con la pretensión que obra de la demanda donde se solicita “la nulidad del acto de reconocimiento en el sentido que se verifique que fue engañado, apreciándose la existencia de dichos de consentimiento (fuerza, dolo) al momento de reconocer al niño conforme consta el acta correspondiente del Registro Civil del Cantón Azogues provincia de Cañar demostrando que al momento de otorgarlo mi voluntad se encontraba totalmente viciada”(Sic).

Por su parte, la accionada, en función del contradictorio, al contestar la demanda, y a lo largo del proceso, sostiene que el hoy actor, acudió personalmente al Registro Civil, que, *per se*, hizo un reconocimiento voluntario del niño de iniciales A.E.F.Y.; el mismo que al tenor de la regla establecida en el artículo 248 el Código Civil, es irrevocable, por lo cual debe aplicarse dicha garantía normativa y el precedente jurisprudencial obligatorio establecido en resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia. En base al análisis desarrollado, queda despejada la primera interrogante planteada para resolver el problema jurídico.

6.21) Conforme lo fijado en el numeral que precede, al tratarse de una acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, la teoría probatoria debía estar encaminada a justificar la existencia de un hijo nacido fuera del matrimonio o unión de hecho, el reconocimiento realizado por el actor respecto de ese hijo; y, la filiación paterna derivada de un acto de voluntad en el que, no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez, al momento de otorgarlo.

6.22) En el caso concreto, de la revisión de la sentencia impugnada, se arriba a los siguientes hechos fijados como ciertos:

- Marco Rene Fajardo Zumba (actor), reconoce haber tenido relaciones sexuales con la ciudadana Ana Lucia Yascaribay Ortíz.
- El 4 de enero de 2016, fuera del matrimonio, nació el niño, hijo de la ciudadana Ana Lucia Yascaribay Ortíz.
- El 6 de marzo de 2017, el hoy accionante Marco Rene Fajardo Zumba, reconoció como suyo al niño, hijo de la ciudadana Ana Lucia Yascaribay Ortíz.
- El menor de edad reconocido, fue registrado con los nombres de Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay.
- Cuando Marco Rene Fajardo Zumba (actor), realizó el acto de reconocimiento del menor Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, tenía

capacidad jurídica y voluntad para ejercer derechos y adquirir obligaciones.

- De la manifestación de voluntad otorgada por Marco Rene Fajardo Zumba, no se observa dato alguno que conduzca a justificar un error, fuerza, o dolo.

6.23) Sobre la base del análisis jurídico desarrollado y los hechos fijados como ciertos, corresponde dar respuesta al fundamento casacional, en esa ilación, se considera lo siguiente:

6.24) Del examen de los argumentos planteados, se determina que el impugnante orientó su alegato casacional a cuestionar la inadmisión, conducencia, pertinencia, utilidad, y justipreciación que realiza el *ad quem*, de los medios probatorios, en especial de la pericia de ADN, bajo el argumento que el Tribunal de apelación no se pronunció sobre la inadmisión de dicha prueba, que según su criterio era fundamental para justificar el vicio del consentimiento en el que incurrió al reconocer al menor de iniciales A.M.F.Y., y para su defensa, sin considerar el recurrente que, en la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, incoada, conforme lo indicado *ut supra*, la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba, ya que no se discute la verdad biológica; en ese escenario, además, tal como se ha planteado el recurso, el censor, incurre en la vulneración del principio de *no debate de instancia*, pues pretende que se valore nuevamente la prueba, y analice cuestiones referentes a la misma. Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 COGEP, que señala: “No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”; y, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de no debate de instancia, ya que se evidencia que la parte impugnante procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

“(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.

Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de



los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...)

*la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)*²⁶.

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, relacionada con la inadmisión de una prueba, inconducente, impertinente, e inútil para los fines de la acción incoada, lo cual es violatorio al principio de "no debate de instancia", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*²⁷. La parte recurrente debía sostener con debida fundamentación y demostración, las razones por las cuales existe vulneración de normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales obligatorios, y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados y la vulneración del derecho de defensa, y de la seguridad jurídica.

6.25) En lo referente a la censura de aplicación indebida de los artículos 1683 y 1481 del Código Civil, es menester indicar que la cuestión fáctica justificada en autos, no fue subsumida en dichas garantías normativas, es más de la lectura de la sen-

tencia impugnada, se observa categóricamente que dichas normas se hallan consignadas como parte de una *obiter dictum*, referente a la transcripción de un pasaje de jurisprudencia chilena, no trascendente en la decisión del caso, por ello, la supuesta vulneración de dichas reglas jurídicas, adolece de debida fundamentación y demostración, siendo la impugnación improcedente.

6.26) En lo concerniente a la acusación de aplicación indebida del artículo 1502 del Código Civil, de la revisión íntegra de la resolución impugnada, se avizora la mención numérica de dicha norma, pero la ilación argumentativa desarrollada por el *Ad quem*, tiene relación con aquellos elementos normativos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, cuyo contenido está desarrollado en el artículo 1461 del Código Civil; entonces, si bien es cierto, existe un error de digitación numérico de la regla jurídica objeto de estudio por parte del *Ad quem*, el mismo no es trascendente para la resolución del caso, ya que en efecto, el Tribunal de apelaciones, estudia uno de los puntos medulares de la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, relacionado con los requisitos necesarios para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad, entre los que constan la capacidad legal, el consentimiento libre de todo vicio, el objeto, y la causa lícita, constantes en el artículo 1461 del Código Civil, cuestiones desarrolladas por el Tribunal de segunda instancia, que coadyuvaban a concluir que el actor no había justificado la ausencia de alguno de dichos requisitos para la validez del acto jurídico de reconocimiento de paternidad; ergo, se evidencia la vulneración de los principios de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, en la censura planteada.

En el mismo sentido, la impugnación referente a la aplicación indebida del artículo 1561 del Código Civil (relativo al efecto de los contratos), carece de debida fundamentación, ya que, si bien es cierto esta norma no tiene relación alguna con los hechos derivados de la traba de la litis, toda vez que el acto de reconocimiento voluntario de paternidad, no es un contrato, no hay que olvidar que al igual que las convenciones, dicho reconocimiento (de paternidad), es una fuente de las obligaciones al tenor del artículo 1453 del

²⁶ Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

²⁷ Murcia Ballén, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

Código Civil; en esa ilación, el *Ad quem*, enfoca su análisis en el instituto de la autonomía de la voluntad, que si tiene relación con el instituto objeto de la acción incoada y su impugnación mediante la acción de nulidad, conforme lo escrito en párrafos anteriores; entonces, no se evidencia la errada subsunción de los hechos fijados como ciertos en la norma sustantiva acusada como infringida, con la consecuente inobservancia de la norma que correspondía aplicar debidamente, por tanto no existe la aplicación indebida aludida.

6.27) Aparte de lo indicado *ut supra*, en torno a la aplicación indebida de los artículos 1683, 1481, 1502, 1561 del Código Civil, el recurrente no formula una proposición jurídica completa, ya que no indica que normas debían ser aplicadas debidamente, en vez de aquellas acusadas como aplicadas indebidamente, siendo por tanto la censura relacionada con este cargo casacional improcedente.

6.28) Finalmente, en cuanto a la falta de aplicación del artículo 1467 del Código Civil, aquel, se encuentra circunscrito dentro del Libro IV “De las obligaciones en general y de los contratos”, Título II “De los actos y declaraciones de voluntad”, del cuerpo normativo en referencia, en ese contexto, la naturaleza jurídica de la norma objeto de análisis, tiene relación directa con los vicios de que puede adolecer el consentimiento (en un acto o declaración de voluntad), que según la norma invocada son el “error, fuerza y dolo”; ahora bien, de los hechos que se tienen como ciertos, consignados *ut supra*, no se desprende que Ana Lucia Yascaribay, haya “maquinado” todo un plan para que Marco Fajardo (hoy actor), reconociera legalmente al niño, por medio de “engaños y toda clase de maniobras” para que “procediera ir a reconocer en el registro civil el día 6 de marzo”, o que lo hayan sorprendido, indicándole que llamarían a su esposa y ejecutarían una orden de prohibición de salida del país, si no accedía a reconocer al menor, o que, por estado de embriaguez o por enfermedad (diabetes), haya sido enervada su voluntad; ergo, procesalmente no se halla justificado que el actor Marco Rene Fajardo Zumba, el 6 de marzo de 2017, en el acto de reconocimiento voluntario del menor Alexander Emanuel Fajardo Yascaribay, haya actuado por error, por medio de fuerza, o dolo; *a contrario sensu*, los hechos fijados como ciertos, coadyuvan a concluir que el actor, acudió libre y voluntariamente, a reconocer al menor referido, por tanto no emerge ningún vicio del consentimiento, que enerve el acto de voluntad que generó obligaciones.

Hay que tomar en cuenta que el artículo 1467 del Código Civil, debe aplicarse cuando fáctica, probatoria y jurídicamente, se justifica la existencia de un vicio de consentimiento en el acto de reconocimiento de paternidad, en ese sentido, la propuesta fáctica debía ser verificada con la propuesta probatoria encaminada necesariamente a fijar como hechos determinantes y ciertos, que en el acto “libre y voluntario” existió error, fuerza o dolo, lo cual enerva esa libre voluntariedad, cuestión no verificada, por lo cual la norma *in comento* no era aplicable; ergo, se desestima el cargo de falta de aplicación de la norma sustantiva.

6.29) Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por el impugnante, a través del recurso interpuesto, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas o precedentes que se consideran violados y por ende provocarían un error de derecho; asimismo, no explica la influencia que han tenido los presuntos errores *in iure*, sobre la parte dispositiva de la resolución cuestionada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del remedio procesal objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbra una aplicación indebida de los artículos 1683, 1481, 1502, y 1561 del Código Civil, una falta de aplicación del artículo 1467 del Código Civil, o de los “precedentes jurisprudenciales” No. 16013-2019-00320 y 09201-2017-01215, o una vulneración de los artículos 76 numeral 7, literales a) y b), y 82, de la CRE, es improcedente.

SÉPTIMO: DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Marco Rene Fajardo Zumba,



actor, por intermedio de su procurador judicial, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aún, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

7.2) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

7.3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**. DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E)**.

Certifico.-

II

Juicio Nro. 17204-2018-03644
Fecha: 30 de junio de 2023, las 15:13

TEMA: Derecho de pensión alimenticia de una persona con discapacidad psicosocial grave.

SÍNTESIS

En la presente sentencia, el tribunal de casación resolvió aceptar el recurso interpuesto en contra de la resolución de última instancia, debido a que, conforme el Código de la Niñez y Adolescencia, el derecho de pensión alimenticia se debe a toda persona de cualquier edad, que se encuentre en una situación de discapacidad. Para adoptar la decisión, el tribunal realizó un análisis amplio y profundo respecto a la discapacidad, sus teorías, y su comprensión con el ordenamiento jurídico. Aseveró que el adquem, revocó la decisión del inferior que ordenó el pago de alimentos, debido a que el carné de discapacidad presentado, habría caducado; que rechazó la demanda argumentando básicamente, que no había probado la condición de discapacidad. Que el inciso primero del artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos, por el cual, deben probarse los hechos alegados por las partes, excepto aquellos que no lo requieran. En su opinión, al haber presentado el carné de discapacidad, acreditó ya discapacidad psicosocial grave del 55%. Que considera que no se hacía necesario probar la discapacidad. En su concepto, el carné de discapacidad, ha sido emitido por una institución pública, Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), por tanto, se trata de un documento público, que hace plena fe en juicio. Con base en esta prueba, no podía negarse su situación de discapacidad (artículos 193, 207, 208 COGEP). La Sala casa la resolución de mayoría que fuera emitida por el tribunal de la Sala de Familia, Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quedando en firme, la decisión de primer nivel, dictada por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17204-2018-03644

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA, Y ADOLESCENTES INFRACTORES

Quito, viernes, 30 de junio de 2023, las 15:13

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. El tribunal de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores conformado por los jueces nacionales (e) Adrián Rojas Calle, David Isaías Jacho Chicaiza, y Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, dentro de la causa 17204-20218-03644, dicta la siguiente sentencia de casación.

2. La señora Ana Elisa Ponce Donoso, ha comparecido ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia de la parroquia Iñaquito, Quito, planteando demanda de alimentos en contra de su madre, la señora Mónica Adriana Donoso Coronel.

3. A la fecha de presentación de la demanda, 20 de agosto de 2018, la accionante, contaba con 27 años de edad.

4. En la contestación a la demanda, la señora Donoso Coronel, alega, en lo principal, nulidad de lo actuado y negativa de los fundamentos de la demanda. Como argumentos de respaldo, sostiene que su hija no es menor de edad, y que “finge ser discapacitada”. En todo caso, de tener alguna “discapacidad mental” o psicosocial;



en opinión de la accionada, su contendora ha debido comparecer a través de tutor o curador debido a su “incapacidad legal”.

5. Sustanciada la causa conforme el trámite sumario (artículo 322 numeral 3 COGEP), y tras sendas declaratorias de nulidad –en primera y segunda instancia–, se dicta resolución escrita el 17 de agosto de 2020; las 11:55, declarando con lugar la demanda de alimentos.
6. El juez primigenio, acepta la demanda, en virtud de la discapacidad psicosocial del 55% de la actora. Aplicando la tabla de pensiones vigentes al 2020, ordena el pago de una pensión mensual por concepto de alimentos, la cantidad de USD \$ 1056.76 (mil cincuenta y seis dólares con setenta y seis centavos).
7. Recurrida esa decisión, previo resolver, la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ordena de oficio, prueba para mejor resolver; a saber, informe psicosocial de la accionante, señora Ana Elisa Ponce Donoso.
8. El tribunal de apelación, dicta decisión escrita el 04 de junio de 2021; las 10:30, y en voto de mayoría, revoca la decisión de primera instancia, y declara sin lugar la demanda. No obstante concluir que la señora Ana Elia Ponce Donoso, “ha sido diagnosticada por trastorno Bipolar y además sufre de crisis epilépticas [...] que experimenta grandes cargas de ansiedad que serían detonantes de sus crisis convulsivas”, rechaza la acción.
9. Entre las razones para desestimar la demanda, se destacan:
 - i. Que el carné de discapacidad de la accionante se encontraría caducado. “Que una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial; puede tener con tratamiento mejoría o a la inversa agravarse; de allí que la duración de un carné de discapacitado tiene un período de duración” (sic)
 - ii. Que en virtud que la señora Ponce Donoso, ha decidido vivir sin su madre –junto con su hermana–; entonces, es suficientemente independiente para subsistir por sí misma, “sin intervención de terceros”. Que la decisión de independizarse, se la toma cuando “puede desarrollarse económica y socialmente, que tiene seguridad en lo que va emprender en el futuro...”
 - iii. Que la accionante ha admitido que ha decidido no buscar ayuda psicológica para enfrentar la ansiedad o sus temores. Asi-

mismo que no tiene un plan para rehacer su vida laboral.

- iv. “En suma su actitud personal para enfrentar los retos de la vida, hacen que tenga que buscar apoyo en terceras personas como su madre; cuando bien ha venido realizando actividades que le han permitido hacerse de ingresos para sufragar sus gastos personales con su propio esfuerzo y dedicación, sin necesidad de apoyo en otras personas”

b. Actos de sustanciación del recurso

10. Una vez notificada esa decisión, la parte accionante. Ana Elisa Ponce Donoso, en escrito de 16 de julio de 2021, interpone recurso extraordinario de casación del fallo de última instancia.
11. 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 15 de septiembre de 2021; mientras que mediante auto de 01 de octubre de 2021; las 09:40, la conjuenza competente del estudio del recurso, Rita Bravo Quijano, ordena –que en el término de cinco días–, aclarar y completar la demanda.
12. Una vez cumplido, la conjuenza, emite auto de 11 de febrero de 2022, admitiendo, en forma parcial el recurso de casación.
13. Así, mediante sorteo efectuado el 13 de abril de 2022, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.
14. Por renuncia del doctor Wilman Terán Carrillo, actúa el juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, mediante acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho de aquel.
15. En auto de 11 de abril de 2023, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 08 de mayo de 2023, a las 10:00.
16. El juez ponente de la causa, sufrió un accidente en fecha 06 de mayo de 2023, por lo que, mediante oficio 16-2023-CNJ-SFNAA-SCMRG, de 08 de mayo de 2023, solicitó licencia por enfermedad, la que fue concedida hasta el 05 de junio de 2023.
17. En providencia de 19 de mayo de 2023, se señaló audiencia para el 12 de junio de 2023.

18. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, en la que se dictó resolución oral, casando la providencia de última instancia.
19. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación

20. El recurso extraordinario de casación interpuesto –por escrito– por la accionante, señora Ana Elisa Ponce Donoso, *ha sido admitido a trámite en forma parcial, por la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.*
21. Por la única causal admitida, –violación indirecta de disposiciones de carácter sustantivo y/o precedentes jurisprudenciales–, la casacionista acusa infracción, por falta de aplicación, de los artículos 162 (hechos que no requieren prueba), 193 (prueba documental) y 208 (alcance probatorio del instrumento público) del Código Orgánico General Procesos, lo que ha provocado la infracción de los artículos innumerados 1 y 2 del Código de la Niñez y Adolescencia (derecho de alimentos).

II. COMPETENCIA

22. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.º 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
23. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.
24. El juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, actúa por consecuencia de la acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho del doctor Wilman Terán Carrillo, quien asumiera funciones de vocal del Consejo de la Judicatura.
25. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el

artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 6, 184 y 189 numeral 1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

26. En el día y hora señalados para la audiencia de fundamentación del recurso, el juez nacional (e) Roberto Guzmán Castañeda que presidió la diligencia como ponente, solicitó verificar la comparecencia de las partes.
27. Por secretaría, se informó de la comparecencia presencial de la accionante Ana Elisa Ponce Donoso, recurrente en casación, junto con su defensa, abogado Fernando Gándara Armendaris. Asimismo, *in situ*, se constató la comparecencia de la defensa de la accionada, abogado, Pablo Muñoz Baquero.
28. La señora Mónica Adriana Donoso Coronel, demandada, compareció vía telemática.
29. En representación del CONADIS, comparecieron en forma presencial, los abogados Diego Palacios, como Secretario Técnico subrogante, y el abogado Winston Bolaños, en calidad de Director Jurídico.

a. Fundamentos del recurso extraordinario de casación: parte accionante

30. Luego de consignar los datos formales del recurso de casación, tales como, número de causa, naturaleza y objeto de la controversia, resolución de la que se recurre, tribunal emisor..., la defensa de la accionante, fundamenta su acusación casacional, conforme los argumentos que se exponen a continuación.
31. Como antecedente, relata que la actora dio inicio a la causa, debido a la necesidad de alimentos por la situación de discapacidad que atraviesa.
32. Asevera que la Corte Provincial, revocó la decisión –del inferior– que ordenó el pago de alimentos, debido a que el carné de discapacidad presentado, habría caducado. Afirma la casacionista que el ad quem, resolvió rechazar la demanda argumentando básicamente, que no había probado la condición de discapacidad.
33. Cita el inciso primero del artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos, por el cual, deben probarse los hechos alegados por las partes, excepto aquellos que no lo requieran. En su opinión, al haber presentado el carné de discapacidad, acreditó ya discapacidad psicosocial grave del 55%.



34. Por lo que, considera que no se hacía necesario probar la discapacidad.
35. En su concepto, el carné de discapacidad, ha sido emitido por una institución pública, Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), por tanto, se trata de un documento público, que hace plena fe en juicio. Con base en esta prueba, no podía negarse su situación de discapacidad (artículos 193, 207, 208 COGEP).
36. Insiste en que, el *ad quem*, no debía restarle valor probatorio al documento público del CONADIS que certifica su discapacidad.
37. En este contexto, *asegura que la conclusión del ad quem, acerca que no ha demostrado su discapacidad, resulta arbitraria.*
38. De otro lado, respecto el informe pericial, solicitado de oficio por el tribunal de apelación, estima la casacionista, que debió ser excluido del objeto de prueba, toda vez que no fue sustentado en audiencia –por los peritos–, sin posibilidad de contradicción, lo que, deviene en violación del debido proceso y derecho a la defensa (artículos 165 COGEP, 76 numeral 7 literal b CRE).
39. En adición, señala que el tribunal de última instancia, debió convocar a audiencia para que la accionante, tenga la posibilidad de impugnar a los expertos que suscribieron el informe pericial, licenciada Narciza Armas, y psicólogo Byron Ramos. Que la obligación de convocar a audiencia para sustentar los informes periciales, se halla descrita en el artículo 222 de la codificación procesal, **máxime**, si se trata de prueba promovida de oficio por el juzgador, y sobre la cual se basa su decisión.
40. Sostiene que si no se ha cumplido con esa exigencia legal, entonces, el informe pericial de la Unidad Técnica, ha debido ser descartado del objeto de prueba.
41. Asimismo, señala que en el acápite tercero de la decisión bajo reproche, el tribunal de alzada –en voto de mayoría–, emite razonamientos impertinentes, como por ejemplo, que el juez a quo, no ha basado su decisión en un informe psicológico y/o social, como si este fuera capaz de invalidar o descartar el valor del carné del CONADIS, como documento habilitante para demandar alimentos por discapacidad. En este sentido, se pregunta la casacionista, si los profesionales de la oficina técnica de la Unidad Judicial de Familia, son quienes califican y determinan la discapaci-

dad de una persona, por encima de la institución competente definida en la Ley Orgánica de Discapacidades.

42. Finalmente, afirma que como consecuencia de la vulneración de los preceptos de valoración probatoria que acusa como infringidos, se le ha privado del derecho de alimentos conforme prevé el Código de la Niñez y Adolescencia para personas de cualquier edad que se encuentren en situación de discapacidad.

b. Contradicción al recurso: parte accionada

43. La defensa de la demandada, en resumen, afirma que la discapacidad de quien pretende alimentos, no está en duda; sino que, el dilema se presenta al momento de demostrar que la condición de discapacidad, le impida procurarse medios de subsistencia.
44. De otro lado, sostiene que el argumento o acusaciones traídas a casación, no son acordes con la técnica de la causal 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
45. En su opinión, la defensa, si es que acusó indebida aplicación, debió demostrar esto, y señalar qué norma correspondía en desmedro de la indebida aplicación. Asimismo, sobre la errónea interpretación acusada, se debió decir de qué forma se ha malinterpretado el texto de la ley, y luego, expresar cuál debió ser la forma adecuada de interpretación de la disposición acusada como infringida.
46. Que la recurrente no ha demostrado la trascendencia de las acusaciones. Que el recurso se basa en consideraciones subjetivas.
47. En la resolución recurrida dice, no se encuentra en duda la discapacidad, sino, la ausencia de elementos de prueba que permitan conocer el impedimento para llevar una “vida normal”.

c. Réplica de la parte casacionista

48. El abogado de la actora y casacionista, señala que la decisión de última instancia que negó el derecho de alimentos, se basó en dos puntos: (1) informe pericial actuado de oficio; y, (2) caducidad del carné de discapacidad.
49. Por lo que, sus argumentos en casación, se han dirigido a desvanecer esas premisas.
50. Afirma que la situación de discapacidad psicosocial grave, de la actora, es evidente e innegable. Que sus crisis le impiden conseguir un trabajo; y que, en el mejor de los casos, de obtener una plaza laboral, es muy difícil mantenerla por la inestabilidad en que se encuentra su defendida.

51. Indica que la señora Ana Elisa Ponce Donoso, ha hecho varios intentos y esfuerzos para superar la condición de discapacidad psicosocial; mas, no ha logrado hacerlo. Insiste en el hecho de que, se le hace muy difícil mantenerse por sus propios medios.

52. Adicionalmente, señala que los alimentos demandados, están dirigidos a satisfacer no solo las necesidades de la accionante, sino de su hermana, quien también se encuentra en una situación muy similar.

d. Intervención de la señora Ana Elisa Ponce Donoso

53. La accionante manifiesta que se ha sometido a varios tratamientos y que ha sido internada en centros psiquiátricos por varias ocasiones. Afirma que incluso como parte de esos tratamientos ha recibido electroshocks.

54. Manifiesta además, que dos meses atrás estuvo internada en un centro psiquiátrico.

55. Finalmente, solicita al tribunal que le “ayuden”; y, afirma “Mi discapacidad sí tiene valor”.

e. Intervención de los funcionarios del CONADIS

56. El secretario técnico (e) del CONADIS, manifiesta al tribunal que desde el 2013, la entidad con competencia para la calificación, re calificación y certificación del tipo y grado de discapacidad, es el Ministerio de Salud Pública.

57. El segundo funcionario, director jurídico, además de lo manifestado por su colega, insiste en que, de necesitar una recalificación, se debería hacer ante el departamento del Ministerio de Salud Público que corresponde.

58. Que la recalificación aclara, solo puede ser solicitada por la propia persona en situación de discapacidad.

59. Adicionalmente, manifiesta que el documento habilitante para acceder a los derechos de las personas con discapacidad, es la cédula de ciudadanía; mas, por algunos problemas de coordinación institucional, este sistema aún no funciona en su totalidad.

60. Agrega finalmente, que la discapacidad de tipo psicosocial es muy compleja y de tipo degenerativa. Insiste en que, el cuadro, por lo general, siempre tiene a empeorar.

IV. CUESTIONES PREVIAS

61. Previo resolver, corresponde manifestar que, este tribunal de casación, conocerá el fondo del asunto, en virtud de que, el auto impugnado, es de aquellos que pone fin al proceso, y además, se ha dictado dentro de un juicio de conocimiento.

62. Si bien la locución proceso de conocimiento, no ha sido definida por el legislador, la doctrina señala que pertenecen a esta categoría “[l]os procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva [...]” que “[...] tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el derecho, es decir, el Juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos [...]”¹

63. Por su parte, Lino Enrique Palacio, distingue el proceso de conocimiento, de declaración o cognición, como “[...] aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes [...]”.

64. Por lo que, conforme el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, se pasa a conocer el fondo de la cuestión planteada en casación.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

65. Visto el debate casacional: argumentos de reproche de la decisión de última instancia y los de defensa de esta; el tribunal de censura, desprende la siguiente problemática:

- ¿El tribunal de apelación –en voto de mayoría–, vulnera disposiciones de valoración probatoria, acerca de la situación de discapacidad de la accionante, y con esto, ha impedido el acceso al derecho de alimentos para una persona con discapacidad (artículos innumerados 1 y 2 del Código de la Niñez)?

VI. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO

66. Para resolver el problema jurídico planteado,

¹ Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, Tomo I, 13a. edición, 1994, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, p. 166.

se considerarán varios aspectos trascendentes para el abordaje jurídico del caso bajo estudio.

67. Así, por tratarse de un proceso judicial sobre el que gira la alegación y probanza de una situación de vulnerabilidad -discapacidad- y, que por tanto por mandato constitucional requiere de prioritaria atención conforme el artículo 35 de la Constitución de la República; este tribunal, analizará la implicancia y contenido de la discapacidad, como condición humana en relación con la doctrina y reglas jurídicas sobre este asunto; para concluir sobre el dilema *per se*, esto es, si en la decisión de mayoría bajo reproche, se afecta el derecho de alimentos de una persona en situación de discapacidad como efecto de la vulneración de disposiciones de apreciación probatoria.

a. Sobre los distintos modelos y/o concepciones sobre la discapacidad

68. Teniendo en cuenta que la discusión neurálgica del recurso versa sobre una persona en situación de discapacidad o diversidad funcional, y su derecho a recibir una pensión alimenticia, este tribunal considera imprescindible realizar algunas precisiones respecto a los diferentes tratos y percepciones sociológicas que se le han dado históricamente al tema discapacidad, y cuyas miradas, han servido de base para la estructuración política y jurídica de los Estados, estructura que tiene implicancia directa en los derechos de este grupo poblacional.

69. Se puede decir que la discapacidad ha sido tratada bajo cuatro modelos históricos, el de prescindencia, el de marginación, el médico, y el social.

i. El primer modelo de la prescindencia, se caracteriza porque las personas con discapacidad son excluidas de los demás miembros de la sociedad quienes son considerados como normales. En este sentido, la normalidad califica las condiciones de la discapacidad como catastróficas y poco utilitarias para los estándares de sociales, por ello la exclusión.

ii. Un segundo modelo, denominado, de la

marginación, que justifica un modelo de marginación, discriminación y jerarquización entre los miembros de la sociedad normal y los discapacitados, quienes por su condición, deben ser segregados de las estructuras sociales.

- iii. El tercer modelo, el médico o rehabilitador, considera a la discapacidad como una enfermedad que merece ser curada o rehabilitada a través de la intervención médica, paso previo, para la reinserción social. “A la luz de este modelo, la discapacidad se encuentra medicalizada; es decir, que es percibida estrictamente desde el discurso funcionalista y biologista, de ahí que las políticas adoptadas se dirijan a curar la enfermedad”².

- iv. Por estas razones, surge el modelo social de la discapacidad, por el cual se trastocan las concepciones anteriores e inicia la idea de que la discapacidad no es un asunto que se derive exclusivamente de las particularidades físicas o intelectuales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma, las barreras que impone el entorno, las cuales impiden que la persona con discapacidad pueda ejecutar un plan de vida conforme su autodeterminación.³

[L]a discapacidad no es una condición intrínseca de tales individuos, sino el resultado de un modelo excluyente de sociedad en el que todas las estructuras e instituciones son diseñadas bajo un parámetro de normalidad que invisibiliza a los sujetos que no se adecúan a los estándares dominantes, y que, de manera indirecta, crean distintos tipos de barreras para el goce de los derechos de estas otras personas.⁴

70. Cada modelo se corresponde con un tipo de lenguaje y una terminología, así en los tres primeros modelos en que la sociedad está segregada entre normales/anormales o sanos/enfermos, la persona es denominada como “minusválido” o “discapacitado”; en el modelo

² Bernardo Vázquez Rodas, “La discapacidad como imaginario” en *Constitucionalismo y Nuevos Saberes Jurídicos*, Claudia Storini, editora, Corporación Editora Nacional, Quito, 2017, p. 51

³ Sobre los diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad, pueden consultarse la obra, *Superar las Barreras de la discapacidad*, Len Barton, compilador, Madrid, Ediciones Morata, 2008; *El modelo social de discapacidad*, Agustina Palacios. En jurisprudencia internacional existen varios fallos importantes de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458-15, T-573-16, C-035-15, entre otros.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458-15.

médico como “lisiado” “tullido” o “enfermo”; en el modelo social, como personas en situación de discapacidad.

- 71.El avance hacia el término persona en situación de discapacidad, radica en que con anterioridad, el único parámetro que servía para “nominar” a la persona, era su diferencia física; es decir, que para la sociedad, la discapacidad es lo único que caracteriza a la persona, olvidando otros aspectos de su personalidad, virtudes y/o falencias; de ahí que el siguiente paso fuera reconocer la calidad de persona y continuar con el nominal “con discapacidad”, en el que ya existe un prefijo que visualiza a una persona primero, pero que la continua caracterizando en exclusivo por su discapacidad.
- 72.El modelo social de la discapacidad se corresponde con la terminología “situación de discapacidad” en el que se reconoce que la construcción estandarizada y homogénea de la sociedad en asuntos de índole estructural (construcción y planificación de ciudades), social, político, económico, etc., es la principal causa que produce la discapacidad.
- 73.Entender el proceso terminológico no se trata de un simple análisis de talante semántico; sino sustancial, el lenguaje entraña y reproduce las diferentes posiciones sociales, jurídicas y las concepciones filosóficas respecto de una problemática.
- 74.Uno de los primeros instrumentos internacionales de importancia para los derechos humanos para el grupo poblacional del que tratamos, es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.⁵
- 75.Este tratado internacional contempla varios principios rectores: dignidad, autonomía, independencia, respeto por la diferencia como parte de la diversidad y condición humana; no discriminación e igualdad de oportuni-

dades,⁶ como presupuestos para lograr la satisfacción de los derechos humanos previstos para todas las personas. Es decir, que el objeto de la Convención no es la creación de derechos específicos, sino la generalización de los derechos humanos ya establecidos para todas las personas:

[E]l objeto de la Convención no sería crear nuevos derechos, sino garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones, de los derechos ya reconocidos a todas las personas. De este modo, se repitió varias veces durante el proceso de elaboración de la Convención, que su objeto no era crear nuevos derechos, sino adaptar los ya existentes, al contexto de la discapacidad.⁷

- 76.Para este cometido, el concepto de accesibilidad cobra vital importancia; así el artículo 9 de la Convención, dispone:

A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso (...)

- 77.Ya dentro del orden jurídico interno, la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Discapacidades, en sintonía con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en gran parte de sus textos normativos tiene implícito el modelo social de la discapacidad.

- 78.Así, por un lado, teniendo en cuenta la opresión y segregación sufridas por las personas en situación de discapacidad, se las incluye como un grupo vulnerable y de atención prioritaria en cuyo favor se han establecido políticas de

⁵ Art. 1.1. de la Convención que fuera aprobada en la sede las Naciones Unidas en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006.

⁶ Art. 3 incisos a), b), c), d).

⁷ Agustina Palacios, El modelo social de discapacidad, Madrid, Ediciones Cinca, 2008, p. 270.

acción afirmativa con el propósito de crear espacios de participación de los que antes se encontraban excluidas; y por otro lado, el orden jurídico establece unos principios que fomentan la autodeterminación y que están en procura de alcanzar un nivel de autonomía que permita desarrollar un proyecto de vida; así como fomentar el efectivo goce de los derechos constitucionales.

79.El nuevo paradigma constitucional adoptado por el Ecuador, dentro de la parte material, se caracteriza por incluir a aquellas personas, grupos de personas o colectivos, que históricamente han sido desplazados e invisibilizados en la sociedad ecuatoriana, y que producto de sus luchas por alcanzar espacios sociales e igualdad material, han conseguido implementar una estructura constitucional que ha plasmado la pluralidad de la sociedad ecuatoriana, pluralidad que es condición de validez de todo acuerdo social.

80.En este contexto, la Carta Fundamental, contiene una sección que trata sobre las personas en situación de discapacidad, y establece la garantía de que el Estado, procure la equiparación de oportunidades e integración social de este grupo poblacional, reconociendo -entre otros- el derecho a: una atención especializada, rehabilitación integral, rebajas en servicios y a exenciones tributarias, vivienda adecuada, educación especializada y desarrollo de potencialidades (artículo 47); asimismo el Constituyente, ha establecido algunas medidas que debe adoptar el Estado a favor de las personas en circunstancias de discapacidad, para alcanzar su inclusión social, mediante planes y programas públicos o privados, que fomenten la participación política, social, cultural, educativa y económica. (artículo 48 numeral 1).

81.En el campo de las normas de rango legal, la Ley Orgánica de Discapacidades, establece la obligación estatal de implementar medidas de acción afirmativa en el diseño y ejecución de políticas públicas para eliminar las condiciones de desigualdad en que se encontraran las personas en situación de discapacidad, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la situación real y las condiciones humanas de vulnerabi-

lidad en que esté la persona, para garantizar el ejercicio de los derechos propios de su caso particular (artículo 17); asimismo, se establece la inclusión social al instaurarse la obligación de contar con un número determinado de empleados en situación de discapacidad, tanto en el sector público como privado (artículo 47), garantizándoles estabilidad especial (artículo 51); se reconoce además, la prioridad en el ejercicio de los derechos y el acceso a la salud, educación, recreación, capacitación, turismo accesible (artículos 19-44).

82.En igual sentido -en cuanto a inclusión laboral- la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé que las Instituciones con determinado número de trabajadores, están en la obligación de emplear a un porcentaje de trabajadores con discapacidad;⁸ y en caso, de tener una discapacidad severa, estando bajo el cuidado de una persona de su núcleo familiar, ésta última podría acceder al cargo en la administración pública. Con el propósito de alcanzar igualdad de condiciones de acceso al trabajo, las instituciones tomarán medidas de acción afirmativa (artículos 64-65).

83.En la misma lógica, retomando la Constitución, se reconoce el derecho al trabajo permitiendo la incorporación de personas en situación de discapacidad en entidades públicas y privadas tendientes a fomentar sus capacidades y potencialidades (artículo 47 numeral 5); además prevé la obligatoriedad de adoptar medidas que aseguren en caso de *discapacidad severa y profunda*, programas especializados de atención prioritaria a fin de procurar un mayor grado de autonomía e independencia (artículo 48 numeral 5).

84.Tras lo expuesto, se puede manifestar que, el concepto o la concepción de discapacidad, es un asunto complejo y en construcción; no definido, no delimitado, ni mucho menos.

85.De ahí que, dentro del desarrollo y evolución del concepto y comprensión de la discapacidad, surge el término o concepción de <<diversidad funcional>> como un paradigma que subvierte la terminología excluyente y discriminatoria que se ha detallado supra. Dentro de este término, se indaga en un nuevo modelo

⁸ La LOSEP, tratándose además de la inclusión laboral a que nos referimos, establece el criterio de interculturalidad para el acceso al trabajo y, es extensiva la inclusión laboral a otros grupos de personas que merecen atención prioritaria, señalando a personas con enfermedades catastróficas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

acerca de la diversidad funcional; modelo que relaciona el derecho con la bioética.⁹

86. Grosso modo, el término diversidad funcional, ha sido acuñado, entre otras razones, (i) como un término neutro, desprovisto de exclusión o discrimen; (ii) teniendo como idea fundante, el hecho de que, todas las personas tienen funciones físicas y psicológicas diferentes o, dicho de otro modo, cada persona experimenta el mundo, de forma diversa.

El término diversidad funcional, se ajusta a una realidad en la que una persona, funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad, considerando la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos constructivos sociales y de entorno, no tiene en cuenta esa diversidad funcional.

[...] La diversidad funcional en una persona, es la dificultad para desempeñar papeles y actividades socialmente aceptadas, habituales para las personas de similar edad y condición cultural; en este sentido, no es únicamente un concepto médico sino más bien social. De tal manera, que el concepto de diversidad funcional no es inherente a la persona, no estando determinado exclusivamente por factores biomédicos. El etiquetado de la diversidad funcional como fenómeno médico, ignora la complejidad de factores que conducen a una limitación para desarrollar actividades sociales.¹⁰

87. Como síntesis de lo anterior, se puede decir que por el modelo social de la discapacidad, se entiende al impedimento, como un constructo social o barreras estructurales, políticas y actitudinales creadas por la sociedad; es decir, la discapacidad no es sinónimo de impedimento, sino que este, viene en forma exógena desde la sociedad y no es intrínseca a la persona.
88. Existen ciertas críticas a este modelo, en el sentido de que, si bien es cierto ha servido para repensar los modelos anteriores (de prescindencia y médico rehabilitador), y con esto, evidenciar la creación de ciudades y socieda-

des hegemónicas y homogéneas; no es menos cierto, que ha olvidado al cuerpo por sí mismo como forma de experimentar el mundo.

89. Asimismo, el modelo de la diversidad como crítica y avance respecto del modelo social, busca repensar la idea y concepto de dignidad humana tradicional. El fundamento de la dignidad radica en dos puntos de vista, entenderla como intrínseca a la existencia de cada ser humano como tal; y, como forma de igualdad en tanto el ejercicio y goce (titularidad y ejercicio) de todos los derechos para todas las personas, con base en el igual valor de todos los seres humanos.

90. Asimismo, el modelo de la diversidad, pone en duda o cuestiona, aquella idea única y universal de dignidad basada en la razón; o en una razón única: así como invita a repensar las cualidades tradiciones de la dignidad en tanto “capacidad” o “autonomía”.

91. En el marco de la diversidad, la concepción aceptable de autonomía para las personas con diversidad funcional, sería que, todas las decisiones sobre su vida, sean por ellas conocidas, reflexionadas, y adoptadas; o sea, dignidad en tanto capacidad de autodeterminarse y/o auto-definirse; y no autonomía-dignidad en, tanto capacidad física o fisiológica.

Si bien la mentalidad heredada del humanismo renacentista y de la Ilustración puede justificar fallos en el cuerpo, los fallos en la racionalidad impiden reconocer la igual dignidad de quienes los presentan. La condición biológica aproxima a los seres humanos y a los animales, mientras la razón es precisamente el rasgo distintivo de la especie. Los movimientos de defensa de los derechos humanos que han hecho frente a las distintas exclusiones derivadas del modelo han esgrimido como bandera que los seres humanos excluidos eran capaces de demostrar que comparten la condición humana así entendida [...]

En contraposición, la concepción contemporánea de los derechos incorpora una

⁹ Vanesa Morente Parra, “Agustina Palacios y Javier Romañach, el modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional”, Diversitát Ediciones, Madrid, 2006, disponible en <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/3949/>

¹⁰ Marianela Rodríguez, María Dolores Couto, et. al., “Contexto histórico de la diversidad funcional: modelos y paradigmas”, Revista Odous, Volumen 14 n.º 1, Enero – junio 2013, disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/odontologia/revista/vol14-n1/art06.pdf>

concepción abierta e inclusiva de la dignidad humana que implica la contextualización de la existencia y, con ella, la relevancia del cuerpo, de la vulnerabilidad y de la dependencia como rasgos de la humanidad relevantes para la conceptualización de los derechos [...]¹¹.

b. Sobre la discapacidad psicosocial

92. La discapacidad psicosocial, se trata de [L]a alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás¹².

93. La discapacidad psicosocial, puede ser concebida en forma integral, como una relación o conjunción entre el ámbito personal psicológico y el aspecto social o intersubjetivo, que afecta las relaciones sociales (laborales, personales, educativas, etc.) de las personas psicosocialmente diversas.

94. De acuerdo al “Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial”, elaborado por el Consejo de la Judicatura en conjunto con el Consejo Nacional de Discapacidades del Ecuador, la discapacidad psicosocial hace relación a un estado de salud de la mente en relación con la sociedad.

Esta discapacidad (psicosocial) es causada generalmente por enfermedades como la esquizofrenia, trastorno bipolar, psicosis, entre otras. Se manifiesta a través de deficiencias o trastornos de la conciencia, comportamiento, razonamiento, estados de ánimo, afectividad, y/o comprensión de

la realidad (irritabilidad, depresión, inestabilidad emocional crónica). Como lo mencionamos, esas deficiencias variarán según el nivel [...]¹³

95. Por otro lado, algunos estudios han mostrado que la discapacidad psicosocial, en gran medida, puede ser causada por la vivencia de experiencias violentas, condiciones traumáticas que vienen desde la sociedad, y por tal, el abordaje del asunto, requiere de respuestas públicas, políticas, colectivas e individuales.¹⁴

96. En este sentido, se puede concebir a la discapacidad psicosocial como “*un producto social que resulta de la interacción entre una persona con un ‘proceso psico-afectivo’ y las barreras actitudinales y del entorno que la sociedad genera; y que, teniendo como base el estigma, el miedo y la ignorancia, limitan su participación plena en igualdad de condiciones con las demás*”¹⁵.

97. En suma, se puede afirmar que las personas con discapacidad psicosocial, son personas cuya forma de interactuar en la sociedad, no es aceptada por esta; de ahí que son psicosocialmente diversas.

98. A esta parte, es preciso manifestar que existen distintos tipos de discapacidad o diversidad funcional; así, discapacidad física, discapacidad sensorial (visual y auditiva), discapacidad intelectual, y discapacidad psicosocial.

99. Esta última, se trata de una discapacidad invisible, es decir, no perceptible a la vista; y que como se dijo, -la discapacidad psicosocial-, se trata de una diversidad que resulta de la interacción o conjugación de los aspectos psicológicos de una persona con las formas de interrelación de esta, con la sociedad, y con las barreras existentes, barreras que impiden el desempeño y desarrollo de las personas en la sociedad.

100. Por tratarse de una discapacidad invisible y que tiene que ver con la forma de

¹¹ María del Carmen Barraco Avilés, “La discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial como situaciones de vulnerabilidad”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho CEFD n.º 45, 2021, disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/34670/Discapacidad_CEPF_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹² Alberto Vásquez Encalada, coordinador, Manual sobre justicia y personas con discapacidad, Suprema Corte de la Nación, México, México, 2021, p. 37

¹³ Consejo de la Judicatura, Consejo Nacional de Discapacidades, Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, disponible en <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/11/Manual-de-Atencion-en-Derechos-de-Personas-con-Discapacidad-en-la-Funcion-Judicial.pdf>

¹⁴ María Victoria Medina Montañez, et. al., “Lo psicosocial desde una perspectiva holística”, Tendencias y retos, volumen 1, artículo 11, 2007, p. 4

¹⁵ María del Carmen Barraco Avilés, op. cit.

interrelacionarse, es que, las personas psicosocialmente diversas, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad; puesto que, resulta ser, que son excluidas y discriminadas en mayor medida que otras personas con diversidad funcional.

101. En este sentido, se puede concluir que, en la práctica, debido a las dificultades de interrelación social, conseguir plazas de trabajo, ya es un asunto de enorme dificultad, no solo desde el punto de vista de la persona psicosocialmente diversa, sino desde la estructura hegemónica de la sociedad, los estigmas, etc... Asimismo, en el mejor de los casos, de conseguir una plaza de trabajo, la permanencia, estabilidad, también resulta un escenario dificultoso, sobre todo, si el ambiente laboral, no se halla preparado para tratar con personas en situación de discapacidad psicosocial.
102. Debido a un sistemático estado de exclusión y privación del ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional en general, y de las personas con discapacidad psicosocial, en particular, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención), en el artículo 5, igualdad y no discriminación, numeral 3, prevé que los Estados, con el propósito de promover la igualdad y no discriminación, deberán adoptar todas las medidas necesarias para la realización del criterio de ajustes razonables.
103. Asimismo, el principio de ajustes razonables, se ha replicado en la Convención, dentro de las disposiciones de los artículos que regulan los derechos de acceso a la justicia (artículo 13), educación (artículo 24), libertad y seguridad (artículo 14), trabajo y empleo (artículo 27).
104. Por ajustes razonables, según el artículo 2 de la Convención, “[...] se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condicio-

nes con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”

105. Por otro lado, el artículo 12 de la Convención, establece algunas cuestiones trascendentales, por un parte, la personalidad jurídica; y por otra, la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad. Esta última, no solo entendida como la titularidad de los derechos, sino como la facultad de ejercicio.
106. Con base en esta disposición, se hace necesario revisar la tradición jurídica occidental, por la cual se genera el estigma de la “incapacidad”. Ahora, con fundamento en lo analizado supra, el sistema de incapacidad y por ende la figura de representación, se ha de cambiar por el ejercicio de los derechos, a través de un sistema de asistencias, en el que, se generen apoyos de decisión, antes que prerrogativas de sustitución, escenario en el que la persona sustituida-“incapaz”, no tiene voz.

En este sentido, el artículo 12 de la Convención es de grandes y profundas implicaciones para las personas con discapacidad intelectual y con discapacidad mental, pues es aquí donde se puntualiza el principal cambio de paradigma que introduce la Convención, esto es, pasar de un modelo tutelar o *de sustitución* de la persona con discapacidad a un *modelo de apoyo* de la persona con discapacidad.

Este último modelo demanda garantizar para la persona con discapacidad los apoyos que le fueran necesarios, en virtud de su condición particular y de sus requerimientos personales, con el fin de que pueda ejercer plenamente y por sí misma su autonomía y todos sus derechos.¹⁶

107. En virtud del artículo 12 de la Convención en relación con el mandato de ajustes razonables del propio instrumento de derechos humanos, los órdenes jurídicos, políticas públicas, han de propender por la capacidad jurídica plena de las personas con una discapacidad psicosocial, y con esto,

¹⁶ María Teresa Fernández, “La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, Revista de derechos humanos - dfensor, número 11 - noviembre 2010, p. 17, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25716.pdf>

que los derechos, y las acciones judiciales, sean ejercidos por las propias personas titulares de los derechos, y con esto, conseguir el ejercicio de los derechos.

108. Debido a lo manifestado *supra*, conjugación de aspectos psicológicos personales y la relación social, deviene en dificultades de interacción social de las personas psicosocialmente diversas, por lo que, en el caso de las personas esta situación, se requiere, en mayor medida, de acciones y ajustes razonables, para superar las barreras actitudinales, estigmas, políticas y normativas.

109. Cumplidas con estas metas, se puede lograr el objetivo un desempeño personal y social que satisfaga un plan de vida, y un ejercicio pleno de los derechos.

c. Sobre el derecho de alimentos de personas con diversidad funcional y/o psicosocial

110. Con base en lo manifestado, cobra sentido la disposición del artículo innumerado 4 numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia, por el cual, el derecho de alimentos, corresponde a las personas que aún mayores de edad (de cualquier edad), que por su diversidad funcional o psicosocial, o por cualquier “condición física o mental”, no puedan o se les dificulte, subsistir por sus propios medios.

111. Precisa recordar que el derecho de alimentos, o la “pensión alimenticia” como tal, es inmanente a la relación *parento filial*; o sea, es una obligación (parental) y un derecho (hijos/as) que nace como producto de la decisión de tener hijos/as, y que por tal, existe una responsabilidad, jurídica, social y ética de los progenitores de satisfacer las necesidades de los/as hijos/as, como condición de una vida digna y de un desarrollo personal (artículo innumerado 2 CNA) acorde con los valores constitucionales y con esto, lograr una sociedad armónica y en pos del buen vivir (artículo 12 ss. CRE)

112. El derecho de alimentos, no implica únicamente, una prestación dirigida a satisfacer alimentación; sino que, el legislador ha previsto que esta sea acorde con un desarrollo integral de la persona. La pensión alimenticia se dirige a colmar un conjunto de necesidades, alimentación nutritiva, educación, cuidado, vestuario, vivienda digna, transporte, cultura, recreación y deportes, y además, el derecho de

alimentos, en el caso de personas con diversidad funcional, cumple otro propósito trascendental, como es el de “*rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva*” (artículo innumerado 2 CNA).

113. Es decir, el derecho de alimentos en el caso de una persona con diversidad funcional, además de cumplir con los propósitos de satisfacción de necesidades (alimentación, educación, vestuario, cultura...) que atañen a toda persona, cumple un objetivo, adicional, esto es, el de proporcionar condiciones de rehabilitación y ayudas técnicas que, como se dijo, satisfagan el mandato constitucional de autonomía y ejercicio personal de los derechos de personas con discapacidad.

114. Por la importancia del derecho de alimentos, es que, este constituye una obligación privilegiada y de primera clase con respecto a cualquier otra obligación (artículo innumerado 30 CNA).

115. Asimismo, no se puede perder de vista que, la decisión que fije una pensión alimenticia, no causa ejecutoria, esta puede modificarse (juicios de alza o disminución de pensión) en función de las circunstancias que originaron el derecho (artículos innumerado 32 CNA).

116. Desde este punto de vista, si el derecho de alimentos, dirigido a las personas con diversidad funcional, cumple además de los mismos propósitos que para todas las personas, con uno adicional, como el de rehabilitación y ayudas técnicas, que las otras personas sin diversidad funcional no necesitan, entonces, la disposición del artículo innumerado 2 numeral 9 del Código de la Niñez y Adolescencia, se halla acorde con el mandato constitucional de igualdad formal y material (artículo 11 numeral 2 CRE).

117. Precisa recordar, *grosso modo*, que el principio de igualdad en sentido material, implica una obligación de hacer, es decir, frente a las desigualdades e inequidades sociales, se requieren de medidas (acciones afirmativas, ajustes razonables) razonables y objetivas, que permitan eliminar o mermar la brecha de desigualdad.

118. Con base en el principio de igualdad en sentido material, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24

de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se ha dicho que, frente a grupos estructural, sistemática e históricamente excluidos, los Estados han de adoptar medidas de trato diferenciado. Para que las acciones/medidas adoptadas, no incurran en discrimen, estas han de ser objetivas, razonables, deben perseguir un objetivo legítimo y, deben ser adecuadas para ese fin.¹⁷

119. Si las autoridades del Estado, no cumplen con el deber y obligación de adoptar acciones para restar o eliminar o propender igualdad material, entonces, se estaría socavando el principio constitucional y convencional de igualdad.

d. Análisis de los cargos acusados en casación

120. Recordemos que los criterios de acusación de la accionante en contra de la resolución de última instancia, refieren a: (i) prueba sobre la discapacidad; (ii) que se debería excluir del objeto de prueba, el medio actuado de oficio por el juzgador plural. Yerro probatorios que, le habrían impedido materializar el derecho de alimentos que pretende.
121. Sobre el primer punto, demostración de la situación de discapacidad de la accionante, quien en mayoría de edad, pretende la titularidad del derecho de alimentos conforme el innumerado 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, se precisa lo que sigue:
122. La respuesta a este dilema, dada por el tribunal de apelación, es ambigua, o no del todo clara. En la decisión bajo reproche, acápíte “CONSIDERACIONES FINALES”, en el punto 1, se afirma “si bien es cierto la actora padece una enfermedad Psicosocial, ésta con el debido tratamiento puede controlarse sus efectos (sic)”. En una consideración anterior, el tribunal que resuelve en voto de mayoría, expresa:
- Sobre la prueba de la discapacidad con la que pretende valerse la actora, ya quedó expresado nuestro criterio en renglones precedentes; añadiendo que era de su deber (sic) demostrar su discapacidad no solo con lo que ha adjuntado a la de-

manda; sino que lo haga solicitando la intervención de la Oficina Técnica de la Unidad Judicial, así como el proceso de calificación del CONADIS de su discapacidad, actualizar el carné de discapacitada; puesto que el que dice posee ha caducado el 25/09/2018

123. Tomando en cuenta las dos premisas probatorias emitidas en la resolución de mayoría del tribunal de apelación, ya se denota una contradicción ostensible, a saber, afirman con certeza que la accionante padece de una “enfermedad” psicosocial; y al mismo tiempo, aseveran que no existe prueba de la situación de discapacidad.
124. Como se pudo ver con anterioridad, la identificación de una situación psicosocial, ya demuestra una discapacidad, asimismo, de tipo psicosocial, conforme el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
125. Por otro lado, el *ad quem*, afirma que el carné de discapacidad ha caducado, pues la fecha para este efecto, en el documento anexo al proceso, data de 25 de septiembre de 2018.
126. El tribunal, contrariando el principio *iura novit curia*, desconoce algunas resoluciones, a saber: 001-CONADIS-2020, 001-CONADIS 2021, 002-CONADIS-2022, emitidas por el CONADIS, en las que el órgano gubernamental, debido a varios problemas administrativos e/o institucionales y por solicitud del Ministerio de Salud Pública, ha extendido la vigencia del carné discapacidad, hasta el 23 de diciembre de 2023. Adicional, se ha resuelto que el documento que acredite la situación de discapacidad posterior a esa fecha, será la cédula de ciudadanía.
127. En consecuencia de lo manifestado, se evidencia ya un error ostensible en la conclusión fáctica del *ad quem*, puesto que, en el razonamiento de la prueba, la conclusión, frente a los medios probatorios (carné de discapacidad e informe pericial actuado por la propia judicatura), se evidencia una contradicción.
128. Como se dijo, la identificación de una situación psicosocial, es prueba fehaciente de una discapacidad. Adicional, el carné de discapacidad, según las reglas normativas emitidas por

¹⁷ Sobre este asunto, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela; caso Rosendo Cantú y otra vs. México; caso Vélez Lóor vs. Panamá, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; caso Marín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo Mapuche) vs. Chile.

- el órgano competente, a la fecha de presentación de este, se hallaba vigente.
- 129.** Sobre el segundo punto, por el cual, la casacionista afirma que el informe técnico elaborado por la Oficina Técnica, por iniciativa oficiosa del tribunal de alzada, ha debido excluirse del objeto de prueba, este órgano casacional, precisa:
- 130.** Previo resolver el asunto impugnado, el juzgador plural, en la audiencia de apelación realizada el 02 de marzo de 2021, con fundamento en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos (prueba de oficio para mejor resolver), ordena la intervención de la Oficina Técnica, “a fin de que informen ... respecto a la discapacidad de la actora”.¹⁸
- 131.** En la audiencia, se hallaba presente la parte actora, por tanto, se entiende debidamente notificada con la decisión del juzgador. En este sentido, no existe violación del derecho a la defensa.
- 132.** La Oficina Técnica, conformada por profesionales de trabajo social y de psicología, elaboran su informe, con base, entre otros aspectos, mediando entrevistas con la accionante. Lo propio que lo anterior, tampoco habría vulneración alguna al derecho a la defensa en este sentido.
- 133.** El departamento técnico, presenta informe que tiene fecha 16 de marzo de 2021 (fs. 70).
- 134.** En auto de sustanciación de 03 de mayo de 2021, el juzgador ponente, pone en conocimiento de las partes procesales el informe presentado por los peritos (fs. 81).
- 135.** Por escrito de 17 de mayo de 2021, el defensor público Jorge Cevallos Parra, en defensa de los intereses de la accionante, anexa un sinnúmero de documentación que hace relación a la historia clínica y certificados médicos de Ana Ponce Donoso. En breve, el defensor público, afirma la discapacidad psicosocial de la señora Ponce, grado 50%, grave, por lo que, en atención a sus facultades constitucionales de velar por los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, solicita estimar la acción propuesta.
- 136.** El *ad quem*, provee esa solicitud, manifestando que esta y la documentación anexa, serán tomadas en cuenta en audiencia (fs. 128).
- 137.** Se reinstala la audiencia de apelación el día 17 de mayo de 2021. Debido a la complejidad del asunto, el juzgador plural, vuelve a suspender la diligencia, para dictar su decisión oral en fecha posterior.
- 138.** Por fin, el 02 de junio de 2021, se termina la diligencia con decisión oral de mayoría, desestimando la demanda. Con voto salvado, se acepta la demanda de alimentos, en función de la discapacidad psicosocial de la accionante. La sentencia escrita se dicta el 04 de junio de 2021; las 10:30.
- 139.** Como se puede apreciar, el informe psicológico-social, actuado en segunda instancia, se trata de un medio probatorio producido de oficio por iniciativa del órgano jurisdiccional, para mejor resolver conforme faculta el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos.
- 140.** El informe presentado por la Oficina Técnica, y apreciado por el *ad quem*, ha sido debidamente conocido por la parte actora, desde que este fue iniciativa del juzgador, en audiencia. Asimismo, este se elaboró con la entrevista a la actora. Fue notificado una vez puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional. Y, por tanto, pudo ser motivo de debate, reproche, discusión, en la reinstalación de la audiencia.
- 141.** Por tanto, no debía excluirse el informe psicosocial del objeto de prueba.
- e. Análisis del tribunal de casación**
- 142.** Del análisis expuesto, se tienen dos cuestiones; la primera, el tribunal yerra en su ejercicio de valoración probatoria respecto al carné del CONADIS. El error consiste en varios vicios, uno de contradicción lógica en la apreciación de la prueba, puesto que en simultáneo dan por probada la discapacidad de la accionante, y por otro lado, afirman que el carné del CONADIS presentado, ha caducado, circunstancia que como se vio, contraría las reglas que han extendido la vigencia del documento.
- 143.** Así las cosas, se tiene por probada la situación de discapacidad de la accionante, de tipo psicosocial del 55%, considerada grave.
- 144.** Aunado a esto, el propio informe actuado en segunda instancia como prueba de oficio para

¹⁸ Acta de audiencia de apelación, folios 52 del primer cuaderno de segunda instancia.

mejor resolver, es concluyente en afirmar que la señora Ana Elisa Ponce Donosa, tiene una discapacidad psicosocial del 55 %, por trastorno bipolar; que sufre de crisis epilépticas: ansiedad, angustia, detonante de crisis convulsivas. Que acude a controles psiquiátricos en casas de salud privas y públicas (fs. 70 ss. segunda instancia).

145. Por lo expuesto, se debe casar la resolución recurrida, debido a que existe un yerro ostensible al apreciar la prueba sobre la diversidad funcional de la accionante, vicio que como se verá a continuación, conlleva la vulneración del artículo innumerado 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.

146. Dentro del acervo probatorio actuado en primer nivel, constan varias certificaciones médicas, que datan desde el año 2000 en adelante, en las que constan que Ana Elisa Ponce Donoso, desde temprana edad, ha sufrido de dificultades de aprendizaje, trastorno bipolar, internamientos en casas de salud que tratan aspectos psiquiátricos, episodios convulsivos, etc.

147. Esto evidencia, *contrario sensu*, de lo que considera el *ad quem*, en voto de mayoría que un “tratamiento” mejoraría la situación de la accionante.

148. La accionante ha hecho esfuerzos, y se ha sometido, incluso en contra de su voluntad a tratamientos médicos e internamientos en casas de psiquiatría, para mejorar su diversidad psicosocial, sin lograrlo, en el transcurso de largo tiempo. Entonces, no es un asunto de tanta facilidad o simpleza como cree el *ad quem*, superar las condiciones psicológicas y sociales de la accionante, precisamente, la opinión del juzgador, incurre en el estigma o barrera actitudinal de considerar o ser reduccionista acerca de las dificultades de una persona con discapacidad psicosocial.

149. De ahí que, el Estado, la sociedad, y la familia, constituyen una triada, que deben aportar y garantizar el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En este punto, se debe precisar que según la Corte IDH, las mujeres que padecen una discapacidad, *máxime*, si es de tipo psicosocial, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, por lo que, el principio de ajustes razonables se deben expandir para garantía de sus derechos, y lograr un desarrollo integral y personal conforme el buen vivir y la

dignidad humana.

150. Así las cosas, este tribunal de casación, acepta el recurso extraordinario planteado en contra de la decisión de mayoría emitida por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de Pichincha, dictada el 04 de junio de 2021.

151. En su lugar, frente a los hechos alegados y probados, discapacidad psicosocial grave del 55% de la accionante, señora Ana Elisa Ponce Donoso, y de las dificultades que su diversidad conlleva en la vida cotidiana, incluyendo, una barrera evidente de acceso al trabajo, en aplicación de los artículos innumerados 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, se casa la resolución de mayoría.

152. Por consecuencia de la aceptación del recurso de casación en contra del auto de mayoría de 04 de junio de 2021; las 10:30, dictada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Provincial de Pichincha, se deja en firme el auto interlocutorio de primera instancia de 17 de agosto de 2020; las 11:55.

153. En todo caso, considerando la fecha de inicio del proceso, de existir condiciones fácticas o jurídicas que hayan mutado desde la presentación de la demanda, las partes procesales deberán actuar conforme la regla de que, la decisión de alimentos, no causa estado.

VII. DECISIÓN EN SENTENCIA

154. Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, casa la resolución de mayoría que fuera emitida el 04 de junio de 2021; las 10:30, por el tribunal de la Sala de Familia, Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quedando en firme, la decisión de primer nivel, de fecha 17 de agosto de 2020; las 11:55 dictada por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito.

155. Con fundamento en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, entréguese el monto que por caución fue consignado, a la parte recurrente.

156. Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen. Notifíquese.



f) DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**. DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL** (E). DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E)**. Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia, el tribunal de casación resolvió aceptar el recurso interpuesto en contra de la resolución de última instancia, debido a que, conforme el Código de la Niñez y Adolescencia, el derecho de pensión alimenticia se debe a toda persona de cualquier edad, que se encuentre en una situación de discapacidad.

Para adoptar la decisión, el tribunal realizó un análisis amplio y profundo respecto la discapacidad, sus teorías, y su comprensión, en relación con el ordenamiento jurídico, Convención de los derechos de personas con discapacidad, Constitución de la República, Ley Orgánica de Discapacidades, así como las regulaciones propias del derecho de alimentos previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Sobre esa base y en relación con un análisis doctrinario sobre la concepción, significado e implicancia de una discapacidad psicosocial en la vida de una mujer adulta, el tribunal decidió casar el auto resolutorio que declaró extinguido el derecho a recibir una pensión alimenticia.

III

Juicio Nro. 03257-2017-00059
Fecha: 31 de octubre de 2023, las 15:31

TEMA: Demanda de investigación de paternidad (post mórtem). Motivación coherente y lógica.

SÍNTESIS

Bajo el caso segundo se interpone el recurso en contra de la sentencia de primer nivel, y esta, no constituye decisión de última instancia, ni una providencia que ponga fin al proceso; por lo que, el tribunal casación, se ve impedido de analizar las acusaciones en contra de la sentencia de primera instancia. En definitiva, una decisión puede considerarse como atentatoria a la garantía de motivación, en los siguientes casos: (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 del derecho; o (iv) por manifiesta incoherencia entre la decisión y los antecedentes fácticos. El perito experto en biotecnología, concluye que la filiación paterna del señor Quizhpi y Flores, proviene del mismo linaje paterno. Por lo que, es asimismo, alta y razonablemente probable, que el accionante es hijo del señor. Por lo que, su conclusión es razonable y lógica. La inferencia obtenida del medio probatorio es coherente con este; es decir, no se concluye algo que el medio probatorio no evidencie. Por tanto, no existe incoherencia o arbitrariedad. Adicionalmente, el ad quem razona en el sentido de que, no existe ningún medio de prueba, mucho menos, la pericia científica, que descarte el vínculo biológico. Por tanto, la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, no ha infringido la garantía de motivación prevista en la Constitución y la ley (artículo 76.7.I) CRE, 89 COGEP, 130.4 COFJ). La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, no casa el fallo recurrido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 03257-2017-00059

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA, Y ADOLESCENTES INFRACTORES Quito, martes, 31 de octubre de 2023, las 15:31

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. El tribunal de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, ponente, Adrián Rojas Calle y David Isaías Jacho Chicaiza, dentro del proceso 03257-2017-00059, dicta la siguiente sentencia de casación.

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

2. El señor Manuel Jesús Quizhpi, ha comparecido ante la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Déleg, Azogues, provincia del Cañar, planteando demanda de investigación de paternidad (*post mórtem*) en contra de Leonila Crisantema, Blanca Libia, Inés Eufemia, Marina Soledad, Vicente Arquimides, Humberto, Dalila Yolanda, Darío, María Zooya, Julia del Pilar, Mery Jeomar, y Antonio Flores Cordero, en calidad de hijos/as del extinto señor José Rogerio Flores Cordero. Adicionalmente, acciona en contra de Paúl Esteban, Santiago Eduardo Cordero Flores hijos de la extinta señora Gloria Angélica Flores Cordero (hija José Rogerio Flores Cordero), María del Carmen y José Alonso Flores Crespo hijos del fallecido Mauro Flores Cordero (también hijo de José Rogerio).



3. Acciona finalmente, en contra de los herederos presuntos y desconocidos de José Rogerio Flores Cordero (+).

4. El accionante sostiene que su madre, señora María Angelita Quizhpi Sinchi, quien, habría mantenido relaciones sexuales con el señor José Rogerio Flores Cordero (+). Éste último, mientras vivía, habría ofrecido en varias oportunidades, reconocer como hijo al hoy accionante, sin que esto se cumpliera.

5. Con este breve relato, y con fundamento en los artículos 66 numeral 28 de la Constitución de la República (CRE), 252, 255 del Código Civil (CC), pretende se declare la paternidad entre el accionante, y el fallecido José Rogerio Flores Cordero.

6. Sustanciada la causa conforme trámite ordinario, la Unidad Judicial de Déleg, dicta sentencia estimatoria de la acción, el 18 de mayo de 2022; las 09:16.

7. Esta decisión es recurrida por la procuradora común de la parte accionada, señora Dalila Yolanda Flores Cordero.

8. En conocimiento de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, se dicta sentencia escrita, el 10 de noviembre de 2022, en sentido ratificatorio de la decisión del juez primigenio.

b. Actos de sustanciación del recurso

9. Una vez notificada esa decisión, la parte accionada, asimismo por intermedio de la procuradora común, interpone recurso extraordinario de casación, mediante escrito de 22 de diciembre de 2022.

10. El 09 de enero de 2022, el tribunal de alzada, califica la oportunidad del recurso, disponiendo remitir la causa al órgano de cierre de justicia ordinaria.

11. 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 23 de febrero de 2023.

12. Mediante auto de 16 de marzo de 2023, el conjuer competente para la calificación de procedencia del recurso, doctor Carlos Pazos Medina, ordena a la recurrente, completar y aclarar el libelo casacional.

13. Una vez cumplido dentro del término concedido, el conjuer de admisión, dicta auto el 13 de abril de 2023, admitiendo a trámite el recurso de casación, en forma parcial, por la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

14. Mediante sorteo efectuado el 07 de junio de 2023, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, confor-

mado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, David Isaías Jacho Chicaiza, y Luis Adrián Rojas Calle.

15. En auto de 30 de agosto de 2023, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 04 de septiembre de 2023, a las 10:00.

16. En el día y hora señalados, previo instalar la diligencia, el juez que dirige la audiencia de casación (artículos 12 y 80 COGEP), solicita que la secretaria de la Sala, certifique la presencia de las partes procesales.

17. En este sentido, la actuario Patricia Velasco Masías, certifica la comparecencia por vía telemática, del accionante con su defensor, abogado Carlos Quizhpi Urgilés, la codemandada Dalila Flores Cordero, junto con su defensa, abogado Ernesto Guarderas Izquierdo.

18. Informa además la secretaria de la Sala, que mediante escrito de 01 de septiembre de 2023, la señora Julia del Pilar Flores Cordero, solicitó diferir la audiencia de casación.

19. Por lo que, el tribunal, por considerar pertinente y justificada la petición, aceptó el diferimiento.

20. En decreto de 20 de septiembre de 2023, se agendo la diligencia de casación para el 25 de septiembre de 2023, a las 09:45.

21. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia pública de fundamentación y contradicción del recurso, desestimando la impugnación extraordinaria.

22. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación

23. La parte recurrente en casación, interpone su impugnación extraordinaria con fundamento en las causales segunda y cuarta del artículo 268 COGEP.

24. Como se dijo, en la fase de admisión, se aceptó a trámite el recurso de casación, únicamente por el motivo segundo, en forma puntual, por la acusación de falta de motivación de la sentencia de alzada.

25. De manera precisa, se acusa motivación aparente –por incoherencia- de la sentencia de última instancia, considerando infringidas las disposiciones de los artículos 76 numeral 7 letra l) CRE, 89 COGEP y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

II. COMPETENCIA

26. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.º 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

27. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.

28. El juez nacional (e) Adrián Rojas Calle, actúa por consecuencia de la acción de personal 247-UATH-2023-JV, de 13 de marzo de 2023, en la que se le encarga el despacho del doctor Wilman Terán Carrillo, quien asumiera funciones de vocal del Consejo de la Judicatura.

29. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 6, 184 y 189 numeral 1 Código Orgánico de la Función Judicial.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

30. En el día y hora señalados (por segunda ocasión) para el diligenciamiento de la audiencia de casación, el juez nacional (e) ponente, dispuso que la actuario de la Sala, certifique la comparecencia de las partes procesales.

31. Vía telemática, comparecieron: el accionante, señor Manuel Jesús Quizhpi, con su defensor, abogado Carlos Quizhpi Urgilés; las codemandadas Dalila y Julia Flores Cordero, junto con su defensa Ernesto Guarderas Izquierdo.

IV. FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

a. Fundamentos de la impugnación

32. La procuradora común de la parte demandada, por medio de su defensa, plantea las siguientes cuestiones argumentativas.

33. En primer lugar, identifica la sentencia de la que recurre, el tribunal que la emitió; la naturaleza y objeto de la controversia. Asimismo, indica

las causales fundamento del recurso extraordinario y las disposiciones que considera vulneradas, acotando que fue admitida solo la causal segunda (ver párr. 18 a 20).

34. La recurrente acusa a la sentencia de última instancia, por incurrir en un vicio motivacional por apariencia, en el sentido de incoherencia. Adicionalmente, emite varios conceptos sobre la garantía de motivación y su importancia como mecanismo de control de las decisiones judiciales.

35. Cita varios pasajes del precedente constitucional acerca de los parámetros de motivación, sentencia 1158-17-EP/21, sobre el concepto de los yerros que acusa y otras concepciones de la motivación.

36. Señala lo que implica la aparente motivación, ya fáctica o ya normativa.

37. En síntesis, sostiene que un fallo padece de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se da una contradicción entre las premisas y la conclusión; o, entre la conclusión final de la argumentación y la decisión. Lo primero, se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida. El presente caso, se trata de “incoherencia decisional”, dice.

38. Lee una parte del fallo de alzada, para manifestar que incurre en incoherencia

39. En su opinión, la conclusión arribada en la decisión, no es coherente con las conclusiones obtenidas de la prueba pericial practicada.

40. En un sinnúmero de argumentos, se refiere a la decisión de primer nivel, y el análisis que realiza el juez primigenio respecto la prueba de cromosoma Y (que determina el linaje paterno), practicado entre el actor, y parientes del extinto presunto padre. Según la parte recurrente, si el examen de cromosoma Y puede determinar el linaje paterno de una persona, o sea, si se es sobrino, nieto, hermano, etc., y no la relación filial *per se*, entonces, mal se puede decidir con certeza que se es hijo a través de aquella pericia.

41. En este sentido, se refiere a los considerandos tercero y quinto, de la sentencia de primer nivel. *Insiste en que, la decisión de primera instancia, incurrir en incoherencia decisional, incoherencia que se mantiene en la sentencia de última instancia.*

42. Como evidencia de la contradicción, indica: Si dentro del silogismo jurídico, “*la premisa mayor*” es que, el examen de cromosoma Y, no determina con certeza la relación filial entre dos personas (padre e hijo); y, mientras la “*premis menor*” es, el



examen practicado en la causa, justamente se trata de una pericia de cromosoma Y; debiendo ser, en opinión de la recurrente, entonces que, no se puede determinar el vínculo de paternidad; mas, el ad quem, termina ratificando la sentencia que declara con lugar la demanda.

43. Lo decidido afirma, rompe las reglas de la lógica formal, ocasionado daño irreparable a la parte procesal que ahora impugna, puesto que llega a la decisión del supuesto vínculo filial por presunciones de hecho, pese a que, insiste, el informe pericial, no permite determinar con certeza el vínculo entre padre e hijo.

44. En este punto, lee parte del considerando VII. de la sentencia bajo reproche, en la que, en su opinión, se pone en duda la relación filial; sin embargo, en forma incoherente, se decide aceptar la demanda.

45. Adicionalmente, aduce que existe prueba sobre la existencia de hermanos del causante (José Rogelio Flores), cosa que el tribunal puso en duda. Y además, que debió aplicarse el artículo 339 CC, disposición que fue inobservada, lo que, coadyuva reafirmar los vicios motivacionales que acusa.

46. Con lo expuesto, solicita casar la sentencia, y dictar una de mérito respetando la garantía de motivación.

b. Contradicción por parte de la defensa del accionante

47. El accionante, por medio de su defensa, contradice los argumentos de fundamentación del recurso de casación, bajo los siguientes criterios:

48. Que, la CRE, reconoce el derecho a la identidad en el artículo 66.28.

49. Luego, entiende que el recurrente no ha fundamentado en debida forma la impugnación extraordinaria. Sobre la base de la sentencia constitucional que la propia parte recurrente utiliza para justificar su acusación, sostiene que la Corte Constitucional, indica o explica varias formas de incoherencia como vicio de motivación, lógica o decisional, sin que el casacionista indique que tipo de incoherencia se ha producido.

50. En todo caso dice, la decisión de última instancia se halla debidamente motivada. Existe una relación o coherencia en todas las partes de la decisión, expositiva, motiva y resolutive, afirma. En su opinión, la parte recurrente no ha demostrado lo contrario.

51. Sostiene que el examen de cromosoma Y, se realizó con un hijo (Vicente Flores Cordero) del causante, no con un hermano como equivocadamente se ha afirmado.

52. En este sentido ya existe pronunciamientos al respecto por parte de la Corte Nacional de Jus-

ticia, cita la resolución dictada dentro del juicio 14304-2018-00997. En la que se establece que la pericia de cromosoma Y, con base en el principio de libertad de investigación, permite llegar a determinar la paternidad, pues es una prueba que facilita la investigación del vínculo filial con las muestras de ADN de un ascendiente, descendiente o colateral de quien se considera padre, sin que sea necesario contar con la muestra genética de este último.

53. Insiste que la decisión impugnada cumple con la garantía de motivación prevista en la CRE, artículo 76 literal 7, letra l), por lo que, pide rechazar el recurso.

V. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

54. Con la fundamentación expuesta, así como la contradicción al recurso de casación, el análisis y resolución del tribunal de casación, estará dirigido a verificar, si, como se acusa, en la sentencia de última instancia, se ha cometido un vicio motivacional por incoherencia o contradicción de las premisas; es decir, si se ha incurrido en apariencia motivacional en los términos de la sentencia constitucional 1158-17-EP/21.

VI. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL PROBLEMA JURÍDICO

a. Cuestiones previas

55. Previo resolver el recurso de casación, como tal, corresponde referirse a una cuestión ineludible, y es que, en varios pasajes de su fundamentación, la defensa de la parte recurrente, se refiere o alude a la argumentación ofrecida por el juez *a quo*, en la sentencia de primera instancia. Al respecto, se debe precisar:

56. Desde el punto de vista de su naturaleza, el recurso de casación es un medio de impugnación esencialmente extraordinario, por tanto, la forma de cómo ha de interponerse, y su procedencia, difieren de aquellos recursos de naturaleza ordinaria (apelación, aclaración, ampliación), tanto es así, que el legislador ha establecido varios presupuestos de admisibilidad y procedencia que deben ser irrestrictamente observados. Este recurso es de carácter excepcional, es decir, que la regla es la improcedencia del recurso.

57. El recurso extraordinario de casación, constituye un medio de impugnación de determinadas sentencias –no todas-, y cuya procedencia se encuentra supeditada al cumplimiento de las reglas explícitamente detalladas en la ley adjetiva que se ha dictado para el efecto.

58. Bajo estas consideraciones, es menester entonces para quien interpone recurso extraordinario

de casación, cumplir con los requisitos de forma y procedencia para que su pretensión prospere; lo contrario significaría desconocer las reglas procesales de la materia, cayendo en consecuencia, en una actitud de exceso en el ejercicio de los recursos.

59. El recurso de casación, como se dijo, constituye la excepción; éste es un juicio de legalidad en contra de la sentencia que ataca su fuerza de cosa juzgada, por lo que, quien lo interpone soporta la carga de alegar y demostrar cómo y en qué forma se ha quebrantado el ordenamiento jurídico, previo cumplir los requisitos de admisibilidad.

60. En este contexto, de conformidad con el artículo 266 COGEP, el recurso extraordinario de casación *se debe interponer respecto las sentencias y/o autos que pongan fin a procesos de conocimiento y que sean dictados por Corte Provinciales o Tribunales Distritales*. O sea, se trata de una impugnación extraordinaria en contra decisiones de última instancia, y no en contra de sentencias de primer nivel –excepto el caso de tribunales distritales–.

61. Recuérdese que la casacionista, con fundamento en la causal segunda del artículo 268 COGEP, reprocha la sentencia de primera instancia dictada por la Unidad Judicial Multi-competente del cantón Déleg de 18 de mayo de 2022.

62. Así las cosas, resulta absolutamente inadmisibles el cargo segundo, pues este, y su fundamento, se han dirigido a atacar la sentencia dictada en primera instancia, lo que resulta contrario a la exigencia técnica, rigurosa y específica de casación, pues este recurso solo procede contra sentencias de última instancia, y que además, pongan fin a los procesos.

63. En el presente caso, una parte del recurso –bajo el caso segundo– se interpone en contra de la sentencia de primer nivel, y esta, no constituye decisión de última instancia, ni una providencia que ponga fin al proceso; por lo que, el tribunal casación, se ve impedido de analizar las acusaciones en contra de la sentencia de primera instancia.

64. Así las cosas, resulta absolutamente inadmisibles las acusaciones que se hacen en contra del razonamiento o argumentación desarrolladas en

la sentencia de primera instancia, pues esto, resulta contrario a la exigencia técnica, rigurosa y específica de casación; este recurso solo procede contra sentencias de última instancia, y que además, pongan fin a los procesos.

65. Otro de los cargos planteados que resulta inadmisibles, es el de falta de aplicación del artículo 339 CC.

66. Esta disposición normativa, es de carácter sustantivo, por tanto, la acusación de falta de aplicación de una disposición de este tipo, debe estar enmarcada en la causal cuarta del artículo 268 COGEP,¹ causal que prevé la violación de disposiciones de carácter sustantivo, y o precedentes jurisprudenciales.

67. Así las cosas, no se puede analizar por el yerro de falta de aplicación del artículo 339 CC, puesto que no se ha planteado en el marco del cargo que corresponde.

68. Una vez dicho esto, se pasará a analizar los argumentos adecuada y razonablemente planteados en contra de la sentencia de apelación.

a. Sobre la motivación

69. La garantía de motivación es de trascendental importancia 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.

70. De acuerdo con el artículo 76 numeral 7 literal l) CRE, las resoluciones de los poderes públicos en general y del poder judicial en particular, en que se vean comprometidos derechos, deben encontrarse adecuadamente motivadas.

71. 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

¹ 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.

tiene una consecuencia doble, por un lado la nulidad del acto, y por otro, la responsabilidad de la o el servidor público que lo emite.

CRE Art. 76.7 l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

COFJ Art. 130.4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos

72. 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 y/o normas jurídicas del ordenamiento estatal y la explicación de su pertinencia.

73. Tratándose de la función judicial, las decisiones adoptadas no solo deben cumplir 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 (artículos. 76 numeral 7 literal l) CRE, 130 numeral 4 COFJ, 361 y 362 CNA), y una garantía de control no solo para los intervinientes

directos de las causas, sino de la sociedad en general, así como de publicidad².

74. Respecto del derecho y la garantía de motivación conforme se encuentra configurada en la Constitución, el tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado que:

Las premisas vertidas en una providencia, deben encontrarse *plenamente justificadas*, esto significa que deben contener una justificación tanto interna, cuanto externa.

Partiendo desde un punto de vista tradicional, la justificación interna, ha sido ligada al silogismo jurídico, cuyo resultado para entenderse como justificado, debe ser el producto de la aplicación de reglas universales;³ 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 conclusión⁴, 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.⁵

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;⁶ 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 argumentación⁷ 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

² El mismo criterio ha sido expuesto con anterioridad por la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, Juicio 122-16, Juicio 074-14, Juicio 291-15, Juicio 02793-15

³ 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. 103-7.

⁴ Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luís Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.

⁵ Manuel Atienza, op. cit., p. 105.

⁶ Robert. Alexy, op. cit., p. 222-23.

⁷ Manuel Atienza, op. cit., p 104.

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.⁸

75. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, a lo largo de varios pronunciamientos ha establecido ciertos parámetros para entender como motivada -o no- una decisión; así se ha manifestado que:

[...] para que una decisión adquiriera el carácter de suficientemente motivada, ha de contener los siguientes requisitos: (1) fijación de las premisas fácticas, para lo cual ha de desarrollar un razonamiento probatorio que dé cuenta de una correcta inferencia entre los instrumentos probatorios debidamente actuados y la fijación de los hechos; (2) las fuentes del derecho en que se funda la decisión, para esto, ha de existir una adecuada subsunción de las premisas fácticas a los preceptos jurídicos; (3) coherencia de la decisión entre las anteriores, esto es, entre las premisas y la decisión final; (4) por último y en los casos que se requiera, ha de desplegarse los argumentos necesarios en los que se apoya la decisión, de tal suerte que se permita conocer la razonabilidad del fallo.

76. 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 del derecho; o (iv) por manifiesta incoherencia entre la decisión y los antecedentes fácticos.

77. Finalmente, no puede perderse de vista además, que desde el punto de vista de los argumentos y las razones que sostienen a una decisión, estas deben reunir algunas condiciones, tales como coherencia y consistencia; y el lenguaje y las categorías conceptuales han de evidenciar claridad en su composición y expresión.

78. La jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en desarrollo del derecho y garantía de motivación, ha trazado algunos parámetros para entender como debidamente satisfecha esta exigen-

cia procesal; en tal sentido, ha señalado 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 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.*⁹ (Cursivas pertenecen al tribunal de casación).

79. Sin embargo, en decisiones posteriores, emitidas por la actual Corte Constitucional del Ecuador, se ha manifestado, en forma general que la garantía constitucional de motivación, para encontrarse cumplida, ha de observar los parámetros que la Constitución contiene. Así, se ha expuesto que:

La motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la arbitrariedad judicial que contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia. La motivación constituye un elemento básico en toda decisión judicial, cuya importancia radica en el hecho de dar a conocer a las personas los motivos por los cuales se expidió una decisión determinada. La motivación no puede limitarse a citar normas y resumir los antecedentes del caso, sino que exige justificar por medio de un análisis lógico y coherente la resolución a la que arribó, mediante la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos del caso.¹⁰

80. Ha expresado también -la actual Corte-, *que existe una diferencia entre la corrección de una argumentación, y la obligación de motivar las decisiones*. La primera, tiene que ver con la adecuada o

⁸ Juan Igartua Salaverría, El razonamiento en las resoluciones judiciales, Lima, Temis, 2009, p. 46-7

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-16-SEP-CC, Caso 2209-11-EP, de 06 de enero de 2016. Así también véanse entre otras, Sentencia 008-14-SEP-CC, Caso 0729-13-EP; Sentencia 227-12-SEP-CC, caso 1212-11-EP; Sentencia 092-13-SEP-CC, Caso 0538-13-EP; Sentencia N 148-16-SEP-CC, Caso 0412-14-EP.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 274-13-EP/19 de 18 de octubre de 2019.

correcta decisión que será materia de los diferentes recursos, y la segunda, sí tiene que ver con el artículo 76 numeral 7 letra l) CRE, y por la cual, se exige una motivación suficiente; o sea, que existan los requisitos de la norma constitucional mencionada, más allá, de si, la decisión es acertada o no. En forma textual, la magistratura constitucional ha dicho:

Sin embargo, no se debe confundir el deber de todo órgano jurisdiccional de motivar correctamente sus decisiones, materia de los diferentes recursos del sistema procesal, de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones, entre otros fines, precisamente para hacer posible dicho control (...)

La garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales.¹¹

81. Finalmente, en la sentencia n. ° 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, la magistratura constitucional se alejó, definitivamente del “test” de motivación referente a la lógica, comprensibilidad y razonabilidad; manifestando en su lugar, ciertas pautas para dar como motivadas las decisiones judiciales; pautas que se relataron con anterioridad y que refieren a la identificación de problemas jurídicos, coherencia, base fáctica, y la justificación de aplicación normativa, entre otros.

82. Este tribunal acota, en sintonía con lo anterior, que toda decisión además de lo manifestado, debe contener claridad conceptual, coherencia entre las premisas y la conclusión, así como, la pertinencia y justificación de lo decidido.

83. Otra implicación u obligación de la motivación tiene que ver con la necesidad de respuesta directa, suficiente y satisfactoria respecto los argumentos planteados por las partes procesales.

84. Como se dijo, en la sentencia n. ° 1158-17-EP/21, la Corte se alejó expresamente del “test de motivación”, estableciéndose, en su lugar, pautas o parámetros mínimos para cumplir con la garantía de motivación.

85. Se manifestó por ejemplo que, las decisiones judiciales, deben contener una motivación suficiente, o mínima; para esto, se ha de explicitar o identificar la problemática jurídica a resolver;

los asuntos relevantes planteados por las partes procesales; los argumentos que sirven de sustento para resolver la causa; y la aplicación normativa que se haga respecto de las conclusiones fácticas; aplicación normativa que dicho sea de paso, debe ser pertinente y justificada.

86. Como conclusión, es concepto de la Corte Constitucional que toda decisión judicial, debe contener una motivación suficiente en relación a los hechos (fáctica), y una motivación suficiente en relación al orden jurídico (jurídica).

87. En suma, se puede decir que una decisión motivada, contiene o evidencia una suficiente justificación fáctica, y una suficiente motivación jurídica.

88. Precisa además manifestar, que la respuesta a la que están obligados prestar los órganos jurisdiccionales, respecto los alegatos de las partes, ha de ser frente a los fundamentos o alegatos relevantes, de importancia que expongan las partes.

89. Asimismo, se ha de anotar, que cuando las partes procesales acusen a una decisión judicial por falta de motivación, a estas les compete demostrar de forma argumentada los vicios de motivación que aleguen. O sea, frente a la acusación de déficit motivacional, la carga argumentativa y/o de evidencia del vicio, le corresponde a quien lo alega.¹²

90. El presente recurso de casación, se apoya en los parámetros de la sentencia 1158-17-EP/21, sobre el déficit de motivación por apariencia. En este sentido, según la Corte Constitucional del Ecuador, una decisión que incurra en este vicio, bien puede parecer motivada desde el punto de vista de los hechos y del derecho; mas, esto, es una mera apariencia, pues existiría, en realidad, insuficiencia motivacional, en cualquiera de esas categorías, o en ambas.

91. Según la Corporación constitucional, la motivación aparente se puede presentar en tres formas: (a) incoherencia; (b) inatinencia; (c) incongruencia; y, (d) incomprensibilidad.¹³

c. De la decisión recurrida

92. Más allá de los conceptos dados por la Corte Constitucional sobre el alcance y significado de cada una de las formas que la magistratura constitucional, considera como motivación aparente, se debe recordar que el recurso de casación, se plantea básicamente por el asunto que sigue:

93. Se pregunta la recurrente, si es que el análisis

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1906-13-EP/20 de 05 de agosto de 2020.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1158-17-EP/21, párr. 87 y 100.

¹³ Ídem., párr. 71.

del tribunal de apelación, respecto la prueba pericial del cromosoma Y, se dirige a manifestar que este, evidencia la ascendencia de patrones paternos, tales como ser hermano, padre, abuelo, tío de un hombre; o sea, no es una prueba de certeza de evidencia de padre e hijo; cómo se puede concluir que entre el accionante y el fallecido José Rogerio Flores Cordero (+).

94. Según la recurrente, la conclusión, es contradictoria con la premisa fáctica.

95. Establecido esto, corresponde conocer el razonamiento del tribunal *ad quem*. En lo más relevante de la sentencia de apelación, se puede leer:

[...] SÉPTIMO: ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA SALA.- Una vez emitida la correspondiente decisión respecto de la argumentación y contestación, dada a la apelación de la excepción previa, y escuchadas que fueran las partes procesales respecto de la apelación interpuesta por la parte recurrente y demandada en la presente causa, en lo que respecta al fondo de la sentencia venida en grado, este Tribunal previo a emitir la correspondiente decisión considera: 7.1.- El Código Civil, contiene las siguientes disposiciones: Art. 247 Art. 247.- Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 63” [...] El Art. 66.28 de la Constitución establece: “El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”; el derecho a la identidad, doctrinariamente, es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad y, por lo tanto, comprende varios otros derechos según el sujeto de derecho de que se trate y a las circunstancias en que se presenten. ***Este derecho humano se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quién y que es una persona y que se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad. Pero la***

identidad de la persona no se agota con los caracteres que externamente la individualizan y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social no internos. Consiste en que cada persona no vea individualizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad. En consecuencia, todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser él ser que auténticamente es, en el contexto social. En este mismo orden de ideas, podemos aceptar sin reservas la doctrina que reconoce la participación de la persona humana en la construcción de su propia identidad. Es decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter material (nombres que integran los prenombrados y apellidos, seudónimos, registro, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo comportamiento personal, de carácter subjetivo o inmaterial (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). El derecho a la identidad es un problema complejo y algunos tratadistas lo representan como un núcleo en torno al cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados. En el corolario de lo expuesto, la identidad es un derecho subjetivo, que no solo hace relación a tener un nombre y un apellido, sino que ese titular, sepa a ciencia cierta cuál es su procedencia y en base de aquello nazca la relación parento-filial, con todos sus consanguíneos verdaderos [...] Ahora bien, respecto al argumento central en el que se basa la impugnación de la parte recurrente, radica en el hecho de que el examen, constante a fojas 209 y 209 vuelta de los autos, dice, ***no da la certeza de que el accionante Manuel Jesús Quizhpi, sea hijo del causante José Rogerio Flores Cordero, en suma, se argumenta porque el actor señor Manuel Jesús Quizhpi y el señor Vicente Flores Cordero***, si bien del informe de la prueba de filiación paterna mediante el estudio del cromosoma Y, tienen el mismo linaje paterno, aquella prueba no da la certeza de que el actor sea hijo biológico de José Rogerio Flores Cordero; ante



esto, la Sala considera primero, que es indiscutible que Vicente Arquímedes Flores Cordero, es hijo del causante José Rogerio Flores Cordero, así como ha quedado comprobado que tanto Vicente Arquímedes Flores Cordero y el accionante Manuel Jesús Quizhipi, del examen del cromosoma “Y”, en base (sic) de las muestras obtenidas para el estudio, se desprende que en la “Tabla de Marcadores de Cromosoma Y, que el señor Quizhipi Manuel Jesús, posee el mismo perfil que el señor Flores Cordero Vicente Arquímedes, demostrando de esta manera que provienen de un mismo linaje paterno”, dando como conclusión lo dice la perito, que: ***“Es compatible la filiación paterna del señor Quizhipi Manuel Jesús, con Flores Cordero Vicente Arquímedes”; es decir, en suma ha quedado claro que el accionante no ha quedado desplazado o excluido por el estudio de los marcadores del cromosoma Y, del linaje paterno al que pertenece el referido Vicente Arquímedes Flores Cordero, hijo carnal del causante, tanto más que estas pruebas genéticas, sirven para averiguar si dos o más individuos tiene ascendientes comunes por vía paterna, siendo importante lo que la doctrina científica en esta materia nos indica, esto es, “que los cromosomas Y, tienen la particularidad de ser transmitidos de padres a hijos varones, lo que permite establecer o descartar relaciones de linaje paterno entre individuos”, por lo que, de la prueba científica en análisis, se puede desprender marcadores genéticos que proporcionan una información incontrastable respecto del linaje paterno del accionante. Tanto más, y como bien reflexiona el juez a quo, no se cuestiona el procedimiento empleado respecto del informe pericial, así como la identidad de los comparecientes, o alguna incorrección de la transportación de las muestras, su forma de realización y las conclusiones arribadas, es decir, de que quienes participaron de la toma de muestras son descendientes comunes. Pretender así alegar, que por el hecho de que ha criterio de los peritos que actuaron en la audiencia de juicio, los marcadores del cromosoma Y, permiten determinar el linaje paterno, lo cual evidentemente no está en duda, no ha quedado por otro lado desvir-***

tuado de forma alguna a su vez, la conclusión a la que arribo previo el respectivo estudio la perito Lcda. Ruth Yunga León, quien refirió que luego de la investigación, que: ***“es compatible la filiación paterna de Quizhipi Manuel Jesús y del hijo del causante, esto es, Vicente Arquímedes Flores Cordero”***; sin que además del proceso obre prueba alguna de la existencia incluso de algún hermano del causante [...] ¿cómo entender entonces la compatibilidad de la filiación paterna del actor con Flores Cordero Vicente Arquímedes, hijo de José Rogerio Flores Cordero?, quizá la respuesta para los recurrente radique en la tesis de que el estudio del cromosoma Y, determina el linaje; pero recordemos que la propia perito de actuación, que refirió aquello, tampoco desvirtuó que aquella prueba científica no permita determinar la paternidad; por otro lado, tenemos la declaración de parte del actor quien describió la relación existente de quien en vida dice le reconocía como su padre y aquel, sin que del proceso obre prueba alguna que pudiera como bien analiza el señor juez de instancia, determinar la existencia siquiera de algún hermano del causante José Rogerio Flores Cordero. En suma, este Tribunal de Alzada, no encuentra que la sentencia subida en grado, incurra en falta de motivación alguna, en los términos referidos por la parte recurrente, pues su análisis se encuentra sustentado en los elementos probatorios que obran de autos, valorados en debida forma, los que han permitido llegar a declarar con lugar la demanda de investigación de paternidad propuesta [...] (Cursivas y negritas son del tribunal de casación).¹⁴

d. Análisis del tribunal de casación

96. En lo que respecta a la lógica, en estricto sentido del fallo emitido en apelación, se tiene que este no es contrario a sus reglas, sino que, guarda coherencia, consistencia, y solidez en sus premisas.

97. Como se puede apreciar, la misma parte demandada, ya en el recurso de apelación, entre otras cosas, ha planteado el mismo argumento que en casación, esto es, vicio motivacional, bajo las observaciones que hace respecto la prueba pericial de cromosoma y;

98. El tribunal de apelación, resuelve la impugnación vertical, a través del siguiente silogismo:

¹⁴ Sentencia de apelación, folios 133 – 145 del segundo cuaderno de apelación.

a. **Fundamento de apelación:** prueba pericial no da certeza de la relación filial.

b. **Fundamentos del razonamiento judicial:** Importancia constitucional y convencional del derecho a la identidad como elemento trascendental en la vida de una persona.

Las conclusiones científicas de la prueba pericial realizada, no solo que no excluye la relación filial entre el accionante y el señor Flores Cordero, sino que, existe compatibilidad de paternidad.

O sea, existe probabilidad cierta y razonable del vínculo filial

Esta última afirmación se sostiene en el informe pericial, y los asertos de la experta en biotecnología.

Con este contexto, y con base en las disposiciones jurídicas que regulan la acción de investigación de paternidad, así como el derecho a la identidad, se resuelve confirmar la decisión del juez primigenio, que declaró con lugar la demanda.

99. En este escenario jurídico, fáctico y normativo, no se desprende que exista incoherencia, inconsistencia o contradicción entre las premisas definidas por el tribunal de apelación. Asimismo, la argumentación ofrecida, es razonable y suficiente desde el punto de vista de las partes y desde el punto de vista del derecho.

100. El problema jurídico que resuelve el tribunal de apelación, es adecuadamente inferido a partir de la fundamentación del recurso vertical, a saber, ¿el informe pericial realizado con el propósito de “determinar la filiación paterna mediante el estudio de Cromosoma Y”, resulta pertinente y conducente para determinar la filiación entre el actor, y el señor Flores Cordero (+)?

101. Nótese que el *ad quem*, previo a confirmar la decisión de primera instancia, resalta que la perita experta en biotecnología, concluye que la filiación paterna del señor Manuel Jesús Quizhpi y Vicente Arquimides Flores Cordero (hijo de José Rogerio Flores Cordero), proviene del mismo linaje paterno. Por lo que, es asimismo, alta y razonablemente probable, que el accionante es hijo del señor Rogerio Flores Cordero (+).

102. Por lo que, su conclusión es razonable y lógica. La inferencia obtenida del medio probatorio es coherente con este; es decir, no se concluye algo que el medio probatorio no evidencie. Por tanto, no existe incoherencia o arbitrariedad.

103. Adicionalmente, el *ad quem* razona en el sentido de que, no existe ningún medio de prueba, mucho menos, la pericia científica, que descarte el vínculo biológico.

104. Por tanto, la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, dictada el 10 de septiembre de 2022, no ha infringido la garantía de motivación prevista en la Constitución y la ley (artículo 76.7.l) CRE, 89 COGEP, 130.4 COFJ).

105. Adicional a lo manifestado, el recurrente en casación, sostiene que el tribunal de alzada, ha omitido la aplicación del artículo 339 CC, que prevé:

Art. 339.- La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres.

106. Al respecto, y más allá de lo manifestado *supra* (párr. 65 a 67) en el sentido de la imposibilidad de análisis de la acusación por falta de aplicación de una disposición sustantiva en el marco de la causal segunda (falta de motivación); sí corresponde manifestar si esta disposición, era o no pertinente al caso que se juzga.

107. El artículo 339 CC, se encuentra prevista en las reglas diseñadas para la prueba del estado civil de las personas, y claramente, el texto legal refiere a un contexto, cuando el hijo/a, por posesión notoria, pretenda esta calidad.

108. Mas, el presente caso, en forma palmaria, trata de la investigación de paternidad, y que se pretende sea declarada judicialmente bajo las reglas de los artículos 252 y siguientes CC. El accionante no pretende demostrar el estado civil de hijo por notoria posesión; al contrario, como ha manifestado en su libelo, su extinto padre, ha rehusado, no solo reconocerlo, sino además, ha eludido las obligaciones que la paternidad impone.

109. En este sentido, en nada se ve afectada la motivación del fallo bajo reproche, puesto que el artículo 339 CC, no es, en modo alguno aplicable ni pertinente al presente proceso judicial.

110. Finalmente, resulta importante destacar que la acción de investigación de paternidad, está dirigida a garantizar el derecho constitucional a la identidad, derecho de suma importancia en la existencia de una persona en tanto se trata de la identificación personal, social y colectiva. Asimismo, se trata de un derecho que es parte de aquellos que conforman el estado civil de una persona.



111. Así las cosas, no ha lugar el cargo de falta de motivación acusado en contra de la sentencia de última instancia.

V. DECISIÓN EN SENTENCIA

112. Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, no casa la resolución que fuera emitida el 10 de noviembre de 2022; las 14:50,

por el tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Cañar.

113. Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.

Notifíquese.

f) DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E)**. DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**.

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En la presente resolución, el tribunal de casación, desechó el cargo de falta de motivación en contra de la sentencia apelación, puesto que, esta, es razonable, coherente y consistente entre las premisas y las conclusiones. Asimismo, se concluyó que la decisión reprochada cumple con una decisión suficiente tanto argumentativamente, cuanto jurídica y fácticamente. En definitiva la sentencia de segunda instancia es conforme los estándares de motivación previstos en la Constitución, ley y jurisprudencia.

IV

Juicio Nro. 17203-2019-09551
Fecha: 31 de octubre del 2023 las 15h47

TEMA: Acción de reforma de inscripción de nacimiento. Falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC. Aplicación del Artículo 17 idem sobre la Prevalencia del último registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas.

SÍNTESIS

La parte actora interpone recurso de casación de la sentencia de segundo nivel que confirma la del Juez de primera instancia que niega la petición de los actores de que el Registro Civil modifique y rectifique el apellido materno de su difunta madre. Hechos que, según manifiestan generan una grave lesión al derecho legal y constitucional de identidad, cuyo perjuicio trasciende a los comparecientes. Arguyen que, la argumentación proferida por el Registro Civil sobre la identidad y estado civil de las personas que dan origen a las partidas que otorga esta entidad, son declaraciones que no tienen el carácter de inalterables sino que son susceptibles de rectificación en caso de constatare errores en ellas. Alegan que la falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC en la sentencia impugnada, provoca que el Tribunal concluya que la partida de nacimiento tardía no es alterable, al haber sido solicitada por persona capaz, con voluntad y conciencia. La Sala verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de falta de aplicación, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. La Sala desecha el recurso incoado, en virtud de que la parte recurrente no ha fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia. En conclusión, no se han demostrado los errores in iudicando en los cargos acusados.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17203-2019-09551

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA, Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, 31 octubre 2023 las 15h47

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto

en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. Los ciudadanos José Gerardo, Calixto, Rosa María Laura, y Rafael Gualoto Simbaña, en procedimiento ordinario, demandan a Vicente Andrés Taiano González, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, y a los herederos conocidos, presuntos y desconocidos de Purificación Simbaña Morales, la modificación y rectificación del apellido materno de Purificación



Simbaña "Cargua", por el de "Morales", en el siguiente contexto:

"(...) 1.1.- Del Acta de Inscripción de Nacimiento tardía, emitida por la entidad demandada, se constata que por Resolución administrativa dictada por la Jefatura del Registro Civil de Pichincha en el: Tomo 100 (10), Pág. 211, Acta 7672, con fecha 15 de septiembre de mil novecientos SETENTA Y SIETE, se inscribe a nuestra madre con el nombre y apellidos de: PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA, y en la identificación de nombres y apellidos de su PADRE y MADRE, se hace constar "DESCONOCIDO" y "DESCONOCIDA" respectivamente, por ser una inscripción de nacimiento tardía.

Datos de identidad totalmente ERRADOS, por cuanto nuestra madre respondía al nombre y apellidos de: PURIFICACION SIMBAÑA MORALES (y no CARGUA), quien fue hija de DIONICIO SIMBAÑA QUIÑA Y MAGDALENA MORALES SIMBAÑA (y no de PADRES DESCONOCIDOS).

ANTES de la inscripción de nacimiento tardía antedicha, nuestra madre contrajo matrimonio civil legalmente inscrito en la entidad estatal demandada, en DOS ocasiones; actas en las que sí constan los datos reales de su identidad y su filiación.

1.2.- Dentro de los archivos a cargo del Registro Civil, Identificación y Cedulación, NO existe ninguna Acta registral de nacimiento con la identidad de Purificación Simbaña Morales; pero si DOS actas de matrimonio y UNA de defunción, con su identidad correcta, tal como detallaremos.

1.3.- Durante toda su vida y en todos sus actos públicos y privados, nuestra madre PURIFICACION SIMBAÑA MORALES se ha identificado como tal, razón por la que, en los archivos bajo custodia de la institución demandada, con esta identidad contrajo matrimonio en DOS ocasiones:

- Primer matrimonio civil celebrado el 29 de diciembre de MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO, contraído entre Pablo Gualoto Morales y nuestra madre, PURIFICACION SIMBAÑA MORALES, acta en la que además consta ser hija de DIONICIO SIMBAÑA y de MAGDALENA MORALES, Y.

- Segundo matrimonio civil contraído de estado civil viuda, el 03 de febrero de MIL NOVECIENTOS SESENTA, entre nuestra madre PURIFICACIÓN SIMBAÑA MORALES y el señor Honorio Gualoto, acta en la que también consta ser hija de DIONICIO SIMBANA MAGDALENA MORALES.

Ambos matrimonios civiles fueron ANTERIORES a la inscripción de nacimiento tardía descrita en el numeral "1.1".

1.4.- Además de los dos matrimonios civiles descritos, existieron matrimonios eclesiásticos, en los que también se constata que la identidad y filiación de nuestra madre era: PURIFICACION SIMBAÑA MORALES, hija de DIONICIO SIMBAÑA Y MAGDALENA MORALES.

Nuestra madre, fue engendrada dentro del matrimonio de nuestros abuelos maternos, pues ellos contrajeron matrimonio eclesiástico el 18 de marzo de 1900, como consta en el Certificado de Matrimonio, Tomo 3. Página 30 Número 7, emitido por la Parroquia "Santa Rosa y Santa Clara" Pomasqui; año en el que aún NO FUNCIONABA el Registro Civil, Identificación y Cedulación

1.5.- En la partida de defunción de nuestra extinta madre, también consta su identidad real, esto es, PURIFICACIÓN SIMBAÑA MORALES, quien fallece a los 85 años de edad, y en la que también consta ser hija de DIONICIO SIMBAÑA Y MAGDALENA MORALES; defunción acaecida en Calderón cantón Quito, Provincia de Pichincha, el 9 de octubre del 2000.

1.6.- Los errores existentes en la inscripción de nacimiento tardía de nuestra madre PURIFICACIÓN SIMBAÑA MORALES descritos en el numeral "1 1" nos han imposibilitado solicitar la posesión efectiva de los bienes dejados por los causantes DIONICIO SIMBAÑA Y MAGDALENA MORALES por derecho de representación de nuestra extinta madre PURIFICACION SIMBAÑA MORALES -hija de los descritos causantes-.

Error que se originó en la inscripción tardía de nuestra madre al identificarla como Purificación Simbaña "Cargua" y desconocer su filiación, consignando padres "desconocidos". A pesar de que ANTES de esta inscripción tardía de nacimiento, dentro de los archivos de la entidad demandada, nuestra madre con su identidad real: Purificación Simbaña Morales, contrajo matrimonio civil en DOS ocasiones.

Errores que generaron y generan una grave lesión al derecho legal y constitucional de identidad de nuestra madre, cuyo perjuicio trasciende hacia los comparecientes.

1.7.- La Coordinación Zonal 9 de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Pichincha, una vez que expusimos los hechos narrados, con fundamento y exhibición de prueba documental, con fecha 10 de septiembre de 2019, emitió Razón de Negativa Administrativa F01V03-PRO-GIR-

AIR-001, misma que en su parte pertinente expresa: "No procede la corrección del segundo apellido de la inscrita en su acta de nacimiento de SIMBAÑA CARGUA PURIFICACION, como "MORALES" donde se haga constar además los apellidos de sus padres, con tomo 10, página 211, acta 7672, del año 1977, registrada en Quito, Provincia de Pichincha, solicitada por el Abg. MAYANCELA IGUASNA HECTOR FERNANDO, en representación de Jose Gerardo Gualoto Simbaña, hijo de la titular. Por no existir prueba que justifique el fundamento de la petición, se procede a negar el trámite en el ámbito administrativo, dejando a salvo al peticionario la vía judicial como lo establece el Art. 76 DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LA LEY ORGANICA DE GESTION DE LA IDENTIDAD Y DATOS CIVILES".

Ello, pese a presentar documentación de respaldo, especialmente la copia íntegra de nacimiento de nuestro tío y hermano de nuestra madre, señor Dionicio Simbaña Morales, en la que consta una marginación que en parte correspondiente manifiesta:

- "Razón: Por Resolución de la Dirección General de Registro Civil, de fecha 12 de Enero de 1.978, y de acuerdo al Art. 90 de la Ley, se rectifica esta inscripción en el sentido de que se haga constar a la madre del inscrito con el apellido: MORALES, correspondiéndole en consecuencia al mismo el apellido materno MORALES y no como en forma equivocada consta.- Documento que se archiva con el N° 78-062.- Quito a, 18 de Enero de 1.978.- EL JEFE DE REGISTRO CIVIL.-" (Las negrillas nos corresponden).

Es decir, a nuestro tío Dionicio Simbaña Morales, la entidad demandada, sí rectificó administrativamente su apellido de "Cargua" por "Morales (...)" El ejercicio de la presente acción se fundamenta en lo dispuesto por:

- Numeral 25 del artículo 10, tercer inciso del artículo 30, inciso primero del artículo 37, inciso segundo del artículo 76 y artículo 81, de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles;

Art. 89 del Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles;

- Literal a) del Art. 24 del Código Civil;

- Inciso final del Art. 33 en concordancia con el Art. 29 de la Ley de Registro Civil, expedida el lunes 29 de octubre de 1900, en lo que respecta a la partida de matrimonio de nuestros abuelos Dionicio Simbaña y Magdalena Morales;

- Numeral 28 del Art. 66 de la Constitución de la

República del Ecuador;

- Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (...) **PRETENSION CONCRETA**

Con la exposición de los antecedentes de hecho y al amparo de los fundamentos de Derecho expuestos, nuestras pretensiones consisten en que se disponga que el Registro Civil, Identificación y Cedulación, **MODIFIQUE y RECTIFIQUE:**

1. El apellido MATERNO de PURIFICACIÓN SIMBAÑA "CARGUA" por el de "MORALES", apellido materno CORRECTO; y,

2. En la sección hija de padre y madre, respectivamente se haga constar la identidad de sus padres: PADRE: DIONICIO SIMBAÑA QUIÑA y, MADRE: MAGDALENA MORALES SIMBAÑA, conforme consta de las partidas de defunción respectivas.

Rectificación que se realizará al Acta de Inscripción de nacimiento constante en el Tomo 100 (10), Pág. 211, Acta 7672, inscrita con fecha QUINCE DE SEPTIEMBRE de mil novecientos SETENTA Y SIETE.

Sentencia que se dignará disponer se inscriba y margine en el Registro Civil, Identificación y Cedulación, a fin de que surtan los efectos legales respectivos (...)" (Sic)

2. Al contestar la demanda, la doctora Lucía Carolina Del Rosario Rosero Araujo, Coordinadora General de Asesoría Jurídica y Delegada del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, señala que del expediente de la inscripción de nacimiento de la madre de los actores, consta que la filiación tanto materna como paterna corresponde a Magdalena Cargua y Dionisio Simbaña respectivamente; por lo que correspondía inscribirla con los apellidos SIMBAÑA CARGUA; la entidad accionada no presenta excepciones.

1.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, encontrándose la causa para resolver, el abogado Luis Labre, Juez de la Unidad Judicial, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, emite su sentencia negando la demanda, la misma que es reducida a escrito el día jueves 27 de enero de 2022, las 10h52, en el siguiente sentido:

"(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR,



Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA

REPÚBLICA [1] *Se niega la demanda planteada por los actores señores José Gerardo Gualoto Simbaña, Calixto Gualoto Simbaña, Maria Laura Gualoto Simbaña, Rafael Gualoto Simbaña.* [2] *Por la naturaleza de la causa no se fija costas procesales ni se regula honorarios profesionales.(...)* (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, el Tribunal de Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de viernes 29 de julio de 2022, a las 14h42, rechaza el recurso planteado por la parte accionante, en el siguiente sentido:

“(...) Por la motivación expuesta, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: [7.1] Rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSÉ GERARDO GUALOTO SIMBAÑA, señor CALIXTO GUALOTO SIMBAÑA, señora ROSA MARÍA LAURA GUALOTO SIMBAÑA y señor RAFAEL GUALOTO SIMBAÑA, y se confirma la sentencia subida en grado. [7.2] Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. - NOTIFÍQUESE.- (...)” (Sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Carlo Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de martes 20 de diciembre del 2022, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

“(...) DECISIÓN. Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por JOSE GERARDO GUALOTO SIMBAÑA, procurador común de los actores por la

causal quinta del art. 268 del COGEP (...) (Sic)

7. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 2 de febrero de 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ.

10. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa, al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, *ibídem*.

11. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

12. La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de

los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL.

13. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

14. El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo*, que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

15. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral “6” de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 5 del artículo 268 del COGEP**, respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

“(…) Es necesario indicar que el presente proceso, se originó en virtud de que los accionantes demandamos la modificación y rectificación de la partida de inscripción tardía de nacimiento de nuestra madre obrante a fs. 1 de autos, (...)”

4.3) Identificación de la norma no aplicada: Una disposición sustantiva indispensable para resolver este proceso y que necesariamente debía aplicarse al dictar sentencia, es el Art. 76 de la LOGIDC, que establece: (...)”

Y es ésta la disposición sustantiva que la sentencia impugnada no aplicó, (...)”

4.4) Pertinencia de la norma no aplicada: El Art. 76 de la LOGIDC, guarda plena pertinencia con el caso en concreto, en virtud, de que la pretensión formulada por los actores consistía en que se modifique y rectifique la partida de nacimiento tardía de fs. 1 emitida por parte del Registro Civil.(...)”

4.5) No aplicación de la disposición sustantiva y

vicio en la sentencia impugnada: La falta de aplicación de la disposición sustantiva que denuncio se verifica desde dos aristas.

Por un lado, porque fuera de las citas que la sentencia impugnada realiza sobre los argumentos efectuados por los accionantes, el Tribunal propiamente, no utiliza y no aplica esta disposición.

Y, por otro lado, porque la falta de aplicación de esta norma generó el vicio que denuncio mediante este recurso.

El vicio se puede apreciar en la sentencia en su considerando "SEXTO: Motivación", cuando al finalizar el numeral "[6.4]" considera: (...)”

El Art. 76 de la LOGIDC claramente determina que las inscripciones y registros de los hechos SÍ son modificables, y lo hace sin excepción o condicionante alguno.

El vicio dentro de la sentencia impugnada se verifica por la falta de aplicación de lo dispuesto en el Art. 76 de la LOGIDC, debido a que, como consecuencia considera erróneamente que la partida de fs. 1, no es modificable, por el hecho de que nuestra madre realizó la declaración de fs. 122 con "voluntad y conciencia", como si este hecho, provocara que no sea susceptible de modificación posterior.

Esto es, la sentencia impugnada en su falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC, transgrede el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al añadir una excepción o condicionante, que la ley no contempla. (...)”

En ese orden de ideas, las declaraciones receptadas por el Registro Civil sobre la identidad y estado civil de las personas que dan origen a las partidas que posteriormente otorga esta entidad, son declaraciones que no tienen el carácter de inalterables (como erróneamente se considera en la sentencia impugnada), sino que son susceptibles de rectificación en caso de constatare uno varios errores en ellas -en palabras del Dr. Larrea Holguin provocan que las partidas tengan una autenticidad discutible-

Modificación de partidas, que sí se puede efectuar aún a pesar de que sean realizadas con "voluntad y conciencia" por personas capaces.

4.7) Precedente equivocado en la sentencia impugnada: La consideración de la sentencia impugnada en que: la declaración realizada por persona capaz, con voluntad y conciencia, provoca que la partida sea inalterable, está dejando un precedente errado y grave. (...)”

La falta de aplicación del Art. 76 de la LOGIDC en la sentencia impugnada, provocó que el



Tribunal concluya en el numeral "[6.4]" que la partida de nacimiento tardía de fs. 1 no es alterable, al ser realizada por persona capaz, con voluntad y conciencia.

Y la incidencia del vicio especificado, es trascendente debido a que basado en esta consideración errada, la sentencia objeto del presente recurso de casación, rechaza la apelación formulada por parte de los accionantes.

Manteniendo hasta la presente fecha la transgresión al derecho de identidad y filiación de nuestra progenitora -y por consecuencia hacia los actores-, quien hasta el día de hoy sigue siendo hija de: Padres desconocidos (fs. 1).

4.9) El error de la sentencia impugnada consiste en concluir que la partida de nacimiento tardía obrante a fs. 1 no admite confrontarse con la demás prueba obrante de autos, por haber sido efectuada por persona capaz, con voluntad y conciencia.

Consideración que se aprecia no únicamente en el numeral "[6.4]" antes citado, sino también en la parte final del numeral "[6.3]", (...)

En esta cita, la sentencia impugnada trata como "supuesto" al hecho de que nuestra madre consta como hija de "padres desconocidos", cuando jurídicamente, no es un supuesto sino un hecho verídico, esto es, nuestra madre es hija de "Padres Desconocidos", mientras la partida de fs. 1 no sea modificada.

Y, es más, luego de esta cita, en todo el considerando contenido del numeral "[6.4]" de la sentencia impugnada, el Tribunal de Corte Provincial no analiza la actividad probatoria de los accionantes, bajo el argumento de que el documento de fs. 122 al haber sido efectuado con conciencia y voluntad por parte de nuestra madre, no admite ser contrapuesta con toda la demás actividad probatoria, y por consecuencia, la sentencia impugnada concluye erradamente que no se debe modificar la partida de nacimiento tardía de fs. 1.

4.10) Si dentro de la sentencia impugnada se hubiera aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, las consideraciones dentro de la sentencia y su decisión final serían totalmente diferentes, debido a que:

- El numeral "[6.3]" de la sentencia, no consideraría como "supuesto" que los padres de nuestra progenitora son "desconocidos", pues la partida obrante a fs. 17 jurídicamente da cuenta de que es así. Y, en consecuencia (en términos de la sentencia impugnada) sí habría procedido a "analizar todo el universo probatorio". y.

- El numeral "[6.4]" de la sentencia, no con-

cluiría que la partida de fs. 1, no es susceptible de contraponerse con el restante universo probatorio, bajo la errada consideración de que este documento fue efectuado por persona capaz, con voluntad y conciencia.

Puesto que, en ninguna parte del Art. 76 de la LOGIDC, existe la excepción o condicionante que estima la sentencia impugnada, ya que, en su texto, en ninguna parte se establece que si las declaraciones son hechas con "conciencia y voluntad" por persona capaz, no son susceptibles de modificación ni admiten prueba en contrario, como erróneamente considera la resolución impugnada.

4.11) Más aún si la sentencia impugnada hubiera aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, como efecto, no habría considerado que la partida de fs. 1 no admite ser contrapuesta al restante universo probatorio, bajo la errada consideración de que fue efectuada con voluntad y conciencia.

De no haber arribado a esta conclusión errada, y de haber aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, habría analizado "todo el universo probatorio" como lo señalan en el final del numeral "[6.3]" del fallo, y de esta forma habrían garantizado el derecho de identidad y filiación de nuestra madre, modificando su partida de nacimiento tardía: de "Padres Desconocidos" por la identificación del nombre y apellido de sus progenitores, ya que

- La declaración de fs. 122 (al que el fallo impugnado considera como hecho que no admite prueba en contrario) fue efectuada el 30 de Agosto de 1977;

- ANTES de esta declaración, nuestra progenitora contrajo dos matrimonios civiles. El primero cuya partida obra a fs. 2 que data del año de 1934, y el segundo cuya partida obra a fs. 3 que data del año de 1960, partidas que son originales y fueron emitidas por el mismo Registro Civil, partidas que dan fe pública y en las que consta la identidad del padre y de la madre de nuestra progenitora;

- Así como también las declaraciones testimoniales rendidas por las señoras Rosa Matilde González Simbaña y María Hortensia Carvajal Gualoto, especialmente sobre el reconocimiento que hicieron de fs. 20 indicando que la persona de la fotografía responde a los nombres de Purificación Simbaña Morales hija de Dionicio Simbaña y Magdalena Morales (fotografía a quien el Registro Civil en sus archivos reconoce como Purificación Simbaña Cargua, archivos en los que existe una fusión de estas dos identidades);

- De igual forma habría considerado que,

ANTES del documento de fs. 122, se celebró el primer matrimonio eclesiástico de nuestra madre obrante a fs. 10 que data de 30 de diciembre de 1934, también el segundo matrimonio eclesiástico de nuestra madre obrante a fs. 22 celebrado el 6 de abril de 1968. Certificados en los que nuevamente se identifica la relación y filiación del padre y madre de nuestra progenitora;

- Inclusive habría verificado que a fs. 5 el propio Registro Civil certifica la identidad del padre y madre de nuestra progenitora en su partida de defunción;

- Medios probatorios que si hubieran sido considerados habrían modificado la parte Dispositiva de la sentencia impugnada. Pues siguiendo lo señalado por el Dr. Larrea Holguín, frente a una partida cuya autenticidad es dudosa como evidentemente es fs. 1 (pues fácticamente nadie es hijo/a de "padres desconocidos") se puede utilizar otros documentos similares que sí den constancia de la verdad de los hechos:

- "Dichos otros documentos auténticos, como aclara la nueva Ley, pueden ser, el duplicado de la partida, la cédula de identidad, u otros documentos. Entre los otros documentos, cabe mencionar en primer término, otras partidas, que sean congruentes y puedan esclarecer el estado de un individuo, como por ejemplo, si falta la de nacimiento, puede servir supletoriamente de prueba de la filiación, la partida de matrimonio. También son documentos auténticos las escrituras públicas, los nombramientos, certificados de autoridades competentes, etc., y si contienen datos relativos al estado civil pueden servir de prueba supletoria, aunque no tengan por sí solos tales documentos la misma fuerza que la partida originaria," (Pág. 333). (El resaltado es mío).

Y precisamente fueron los medios probatorios aportados por los accionantes, mismos que la sentencia impugnada no analizó, tal como dejo indicado.

4.12) Si la sentencia impugnada hubiera aplicado el Art. 76 de la LOGIDC, su parte dispositiva habría sido diferente, pues estimando los medios probatorios que indiqué en el numeral anterior, habría dispuesto la modificación y rectificación de la partida de nacimiento tardía de fs. 1 ante todo el universo probatorio que evacuamos los accionantes. Y en ese sentido habría cesado la violación de rango legal, constitucional y convencional al derecho de identidad y filiación de nuestra madre, que a su vez se extiende hacia los actores, en calidad de hijos; privándonos del legítimo derecho que tenemos como herederos sobre los derechos y obligacio-

nes de nuestra madre.

Pues nótese que la sentencia impugnada en la parte final del numeral "[6.3]". trata como "supuesto" que la identidad del padre y de la madre de nuestra progenitora consta como "desconocidos", cuando fs. 1 demuestra que no es un supuesto, sino un hecho verídico, minimizando tan grave transgresión.

Y por el contrario, le basta afirmar que a fs. 122 nuestra madre (que era analfabeta) acude y declara su identidad y filiación, SIN QUE TAL DECLARACIÓN sobre su filiación haya surtido efecto legal alguno, pues a pesar de que identifica la identidad de sus padres, tal reconocimiento no provocó que la partida de fs. 1 reconozca la identidad de sus progenitores, sino más bien, que conste como hija de "Padres Desconocidos".

Es decir, la sentencia impugnada, infringe el derecho legal, constitucional y convencional a la identidad y filiación, al considerar como cierta y legal, una declaración que legalmente no surtió ningún efecto.

Y en consecuencia permite que persista la grave transgresión que enfrente una persona que en su partida de nacimiento consta como hija de "Padres Desconocidos", transgresión que no recibe solo ella, sino todos sus herederos, como es el caso de los accionantes.

Por lo que la sentencia impugnada, pese a que los actores demostramos la identidad de los padres de nuestra progenitora, tampoco garantizó y dio cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 28 del Art. 66 de la CRE (...)" (Sic).

V. PROBLEMA JURÍDICO

16. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, en su sentencia, incurre en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 76 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al ratificar la sentencia del A quo, y declarar improcedente la demanda?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

17. El Ecuador es "...un Estado constitucional de derechos y justicia..."; en esa ilación, tomando



como referente el contenido del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por nuestro país, se considera lo siguiente:

18. El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”¹.

19. Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar los fallos o resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, debido proceso, y defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

“...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...”.

20. Este derecho, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional.

21. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano - Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión²; y, en sentido estricto, la Sala Especializada

de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, con competencia para conocer los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones³.

22. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

23. Adicionalmente, resulta menester destacar que **el Ecuador es un Estado de derechos**, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”⁴.

24. Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, en concordancia con el precepto del artículo 11.9 ibídem.

25. En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales; así, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, per se, forman parte del bloque de constitucionalidad,

¹ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

² **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** “(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)”.

³ **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** “Art. 189.- **COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.**- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones; (...)”

⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, pp. 29,30.

entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que “... 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...”.

26. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

27. Finalmente, la CRE, determina que **el Ecuador es un Estado de justicia**, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que el mismo, tiene como objeto la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo, en procura de alcanzar sus fines, en la justicia especializada en materia de Familia, Niñez y Adolescencia.

28. *Per se*, la casación, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación, dentro de su ámbito nomofiláctico y dikelógico.

29. La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en

la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”.⁵

30. Las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad; así, los artículos 266, 268, y 269, del cuerpo normativo invocado establecen las reglas atinentes a los actos jurisdiccionales respecto de los cuales procede el recurso; las causales taxativas que pueden operar; y, la competencia que tiene esta Alta Corte para conocer dicho medio de impugnación.

31. Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: “Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, “es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”, en este sentido, “rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”⁶

32. El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

33. El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales descritos en el artículo 266 del COGEP, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

34. En este sentido, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir de quien recurrir, un diseño de las reclamaciones de manera

⁵ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

⁶ Andrade, Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.

clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que “(...) *La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia*”.⁷

35. Ahora bien, el COGEP, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 267, textualmente señala:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. *Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
2. *Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*
3. *La determinación de las causales en que se funda.*
4. *La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada*”.

36. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamandrei, define la casación como un instituto judicial “...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”⁸

37. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores

“*in iudicando*” existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado del yerro acusado y admitido a trámite.

38. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 5 del artículo 268 del COGEP**; inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquel cargo, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a la señalada.

VI.3. Estudio del caso 5 previsto en el artículo 268 del COGEP.

39. El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, 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*”.

40. En el mentado caso, “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 a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la 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

⁷ Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁸ Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

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 la causal (...) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente al 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, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(...)”⁹

41. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- “Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (principio de taxatividad).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados ut supra, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (principio de no contradicción).
- El cargo casacional elegido (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (debida fundamentación y demostración)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).”¹⁰

42. La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

“...se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad- quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente”¹¹

43. Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

“(...) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella...que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material” (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otras normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (...)”¹²

⁹ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más.

¹⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sentencia, caso No. 17230-2017-11469.

¹¹ Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta) R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.

¹² Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

44. Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

45. Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutive de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

46. La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

47. El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

48. En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia"

49. Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en 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, consti-

tuyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

50. Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

51. Delimitada la naturaleza jurídica del cargo casacional, corresponde el análisis del mismo en ilación con el **problema jurídico planteado**, que, conforme lo indicado *ut supra*, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿El Tribunal de apelación, en su sentencia, incurre en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 76 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al ratificar la sentencia del A quo, y declarar improcedente la demanda?

52. Ahora bien, las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de apelación:

- Omitió aplicar el artículo 76 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, (en adelante LOGIDC), a sabiendas que, la demanda versaba sobre la modificación y rectificación de la partida de inscripción tardía de la ciudadana Purificación Simbaña, madre de los actores.
- Pese a que el artículo 76 de la LOGIDC, debía ser aplicado, en un caso, en el que, las inscripciones y los registros de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, y de identidad, si son modificables, omitió su aplicación.
- Inobserva que, la norma invocada (artículo 76 de la LOGIDC), guarda relación con el caso concreto, por ello, el yerro de omisión, emerge en el considerando "SEXTO", numeral "6.4" de la resolución, titulado "Motivación".
- Parte de un razonamiento infundado, al considerar erróneamente que, el hecho que, Purificación Simbaña, madre de los actores, al comparecer al Registro Civil a solicitar la inscripción tardía de su nacimiento, con voluntad y conciencia propia, esta cuestión sea una limitante legal para pedir judicialmente la rectificación de su apellido.
- Añade una excepción o condicionante no prevista en el artículo 76 de la LOGIDC, para no conceder la demanda.
- A sabiendas que, las declaraciones sobre el estado civil, y filiación, contenidas en los

documentos del Registro Civil, no tienen el carácter de inalterables, niega la rectificación de los datos de Purificación Simbaña, bajo el argumento que la partida de nacimiento tardía de fojas 1 del proceso, no es alterable, el ser realizada por persona capaz, con voluntad y conciencia.

- No analiza la actividad probatoria de los accionantes, bajo el argumento que, el documento que obra a fojas 122 (inscripción tardía), al haber sido efectuado con conciencia y voluntad por parte de Purificación Simbaña, no admite ser contrapuesto con toda la actividad probatoria (medios de prueba documentales y testimoniales).
- De haber aplicado el artículo 76 de la LOGIDC, y garantizado el derecho de identidad y de filiación, habría analizado todo el universo probatorio constante en autos, entre el cual se encuentra toda la documentación sobre el estado civil de Purificación Simbaña, referente a la declaración de fojas 122, las partidas de matrimonio, las actas de los matrimonios eclesiásticos, la partida de defunción, y, toda la prueba testimonial; cuyo análisis era fundamental, con lo cual, la parte dispositiva de la sentencia sería otra.

53. Al tenor de lo indicado en el párrafo que precede, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

54. Ahora, desde un ámbito concreto, se considera que el artículo 76 de la LOGIDC, es una norma sustantiva, pues potencialmente reconoce derechos subjetivos de las personas, con la consecuencia de modificar una relación jurídica sustancial; ergo, el órgano judicial verifica que la parte recurrente, en su propuesta impugnatoria, cumple con los principios de taxatividad y autonomía, al escoger el cargo de falta de aplicación de esta garantía normativa; en ese escenario, corresponde verificar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

55. Analizada la censura, *prima facie*, se llega a establecer la clara intención de la parte recurrente, de inducir al Tribunal de casación, a justipreciar

nuevamente los medios de prueba constantes en el proceso, en especial los presentados por la parte accionante, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, en el caso, se habría supuestamente omitido justipreciar el universo probatorio constante en autos, entre el cual se encuentra toda la documentación sobre el estado civil de Purificación Simbaña, referente a la declaración de fojas 122, las partidas de matrimonio, las actas de los matrimonios eclesiásticos, la partida de defunción, y, toda la prueba testimonial, medios probatorios con los cuales, según su criterio, se justifica la teoría fáctica expuesta en la demanda.

56. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de un documento público o privado, y le dé cierto valor, y lo relacione con otro instrumento, y que aquello se contraste con la prueba testimonial, es claro que, el planteamiento, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 del COGER, que señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*; ergo, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de no debate de instancia, ya que la parte recurrente procura una nueva valoración probatoria, situación proscriba en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

“(…) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...)

la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se



*haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)*¹³

57. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"*¹⁴. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de la falta de aplicación de la norma sustantiva soslayada, y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

58. No obstante de estos equívocos de forma, descritos en párrafos anteriores, corresponde analizar el fondo del conflicto a partir del problema jurídico planteado, sobre lo cual, se precisa comprender la naturaleza jurídica de la filiación, el derecho a la identidad, y la revisión del fallo de apelación.

59. En el contexto indicado, **la filiación** es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia.

60. El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, por haber sido declara-

rada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

61. La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica.

62. La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

63. La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

64. Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre de determinada persona. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación¹⁵.

65. Se debe tener presente que la filiación, es fuente de un conjunto de derechos y obligaciones correlativas entre progenitores e hijos y da origen a las relaciones de parentesco.¹⁶

¹³ Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

¹⁴ Murcia Ballén, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

¹⁵ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

¹⁶ Farith Simon, Manual de Derecho de Familia, Cevallos Editora Jurídica, 2021, pag. 319

66. Continuando con el estudio del caso, en torno al derecho a la identidad, la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a dicho mandato de optimización, ha señalado que "(...) la identidad no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con los que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno (...)"¹⁷.

67. Sobre la base de lo indicado ut supra, es claro que, en función de la irradiación del derecho a la identidad, en las esferas descritas, según los hechos fijados como ciertos, Purificación Simbaña, acudió al ente administrativo competente, solicitando una inscripción de nacimiento tardía, el 30 de agosto de 1977, petición atendida por el Registro Civil, en legal y debida forma, quedando registrados su apellidos paterno y materno como Simbaña Cargua; para arribar a dicha conclusión, el *Ad quem*, valora y analiza lo siguiente:

"(...) De lo señalado anteriormente nos remitimos al anexo de la demanda de fojas 1 que se trata precisamente a la inscripción de nacimiento del Tomo 10º (10), pág. 211, Acta 7672, inscrita con fecha 15 de septiembre de 1977, perteneciente según el documento a la señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA, de padre y madre DESCONOCIDOS; y además se refiere que ha solicitado la inscripción "CARLOS SUÁREZ", y que "...ESTA INSCRIPCIÓN SE LA HACE DE ACUERDO A LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LA JEFATURA DE REG. CIVIL, DE PICHINCHA QUE SE ARCHIVA CON EL NO. 7672";

Si partiéramos del supuesto que la señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA ha tenido padre y madre desconocidos como obra de la inscripción de nacimiento de fojas 1, correspondería analizar todo el universo probatorio del expediente tendiente a determinar quiénes fueron sus padres y que apellidos tenían para rectificar la inscripción de nacimiento conforme piden los actores;

[6.4] Sin embargo, de la documentación presentada por la parte demandada a fs 122 vuelta consta la solicitud presentada por la señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA con fecha 30 de agosto de 1977, en donde solicita

inscripción tardía de nacimiento de "...PURIFICACIÓN SIMBAÑA CAR..." ocurrida en Calderón el 15 de diciembre de 1915, hija de DIONICIO SIMBAÑA y de MAGDALENA CARGUA; existiendo una huella dactilar en el pedido y alado una firma ilegible "Mirna M Aguirre" junto a un número incompleto de cédula "180109257";

Además consta "...DATOS DEL PADRE: DIONISIO SIMBAÑA, si comparece el momento de la inscripción y suscribe el acta respectiva..." y "...DATOS DE LA MADRE: MAGDALENA CARGUA, si comparece al momento de la inscripción y suscribe el acta respectiva..."

De la prueba documental que ha sido practicada (fs. 122), queda claro para éste Tribunal de la Sala que quien ha hecho la solicitud de la inscripción tardía es la misma señora PURIFICACIÓN SIMBAÑA CARGUA el 30 de Agosto de 1977, sin que haya constancia en dicho documento sobre el apellido "MORALES" que argumentan los actores pertenecería como segundo apellido en lugar de "CARGUA".(...)"

68. En ese sentido, de la súplica planteada cuanto de los hechos fijados como ciertos, se infiere que, la pretensión de que se modifique el apellido materno de Purificación Simbaña "Cargua" por el de "Morales" en el acta de inscripción de nacimiento, constituye una alteración de la filiación, no justificada procesalmente, con la cual, se estaría destruyendo varios componentes del derecho a la identidad, en base a documentos (actas de matrimonio) que datan de los años 1934 y 1960, que no determinan con verosimilitud que, "Purificación Simbaña Morales" sea la ciudadana "Purificación Simbaña Cargua", que se contradicen por otra parte, con aquel hecho irrefutable, cual es, la inscripción de nacimiento tardía con los apellidos Simbaña Cargua, solicitada legalmente por la madre de los actores, en fechas posteriores, la misma que tiene prevalencia por ser el último registro de identidad e identificación realizado por la titular del mandato de optimización tutelado, según el artículo 17 de la LOGIDC, que señala: "Artículo 17.- Prevalencia. El último registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, su identidad e identificación prevalece sobre los anteriores o sobre los hechos y actos no registrados, con las excepciones que la ley disponga."

¹⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 341-17-SEP-CC, Caso 0047-16-EP, 11/10/17, página 24, párrafo 3

69. Validar la súplica, en la forma propuesta, generaría un efecto invasivo grave en los derechos de una persona. Y todo esto, sin siquiera contar con la opinión de la persona directamente involucrada, lo cual, potencialmente, generaría consecuencias de una alteración drástica de su identidad y de su descendencia, en base a hechos fijados como ciertos que, no coadyuvan a consolidar el planteamiento facticio de la demanda, que a contrario sensu, generan duda.

70. El artículo 76 de La LOGIDC, establece lo siguiente:

“Art. 76.- Hechos y actos modificables. Las inscripciones y registros de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y de identidad determinados en esta Ley serán susceptibles de modificación. Se requerirá la emisión de un acto administrativo o providencia judicial, según corresponda.

La rectificación judicial se impulsará cuando no exista la prueba necesaria para resolver en la vía administrativa o cuando se refiera a cambios esenciales en el sexo y filiación de las personas. En los casos referidos se habilitará el cambio en el registro personal único.”

71. El Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su artículo 30 señala lo siguiente:

“Art. 30.- Reglas que aplican para el cambio de apellidos por posesión notoria.- Constituyen pruebas para la posesión notoria de apellidos para las personas mayores de edad, los siguientes:

1. Documentos que acrediten el uso frecuente del o los apellidos materia de la posesión notoria durante más de diez años, con la finalidad de evidenciar el presupuesto legal exigido para estos casos.

De interrumpirse el uso frecuente de los apellidos en al menos uno de los años requeridos, los documentos presentados no tendrán efecto jurídico.

2. De existir documento emitido por la institución responsable del registro civil, identificación y cedulação en el que conste el o los apellidos, materia de la posesión notoria, el mismo suplirá a los documentos exigidos en el presente artículo sin considerar el tiempo de emisión, siempre y cuando se verifique la existencia de la relación de identidad. Para este caso, por excepción, no se aplicará el tiempo de uso frecuente del o los apellidos (...)” (El énfasis nos corresponde)

72. La norma sustantiva (artículo 76 de la LOGIDC), cuya falta de aplicación se acusa, establece

que las inscripciones y registros de hechos y actos relativos al estado civil y de identidad de las personas son susceptibles de modificación, ya sea por decisión administrativa o judicial; sin embargo, la modificación imperativamente debe ser judicial cuando no exista la prueba necesaria para resolver en la vía administrativa o cuando se refiera a cambios esenciales en el sexo y filiación de las personas; en relación, el artículo 30 del Reglamento de la LOGIDC, refiere que, de existir documento emitido por el Registro Civil, en el que conste el o los apellidos, materia de la posesión notoria, el mismo suplirá a los documentos exigidos en dicha regla, sin considerar el tiempo de emisión, siempre y cuando se verifique la existencia de la relación de identidad.

73. En el *in examine*, si bien es cierto existen documentos del ente registral público, entre ellos, las partidas de matrimonio de “Purificación Simbaña Morales”, conforme lo indicado ut supra, los mismos no son suficientes para acreditar la existencia de la relación de identidad con la ciudadana “Purificación Simbaña Cargua”; ergo, no podía, rectificarse judicialmente el apellido materno de la madre de los actores, aplicando el artículo 76 de la LOGIDC, por lo que no se avizora el error de omisión planteado en la censura casacional.

74. Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas sustantivas, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la norma que se considera violada y por ende provocaría un error de derecho; asimismo, no explica la influencia que ha tenido el presunto *error in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbra una falta de aplicación del artículo 76 de la LOGIDC, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

75. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP,

por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

76. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por José Gerardo Gualoto Simbaña, procurador común de los actores, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

77. Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

78. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID JACHO CHICAIZA JUEZ NACIONAL (E) PONENTE DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA JUEZ NACIONAL (E) DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE JUEZ NACIONAL (E)

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la parte actora, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución, no incurre en ningún error de omisión de normas de derecho sustantivo, al negar la demanda planteada.



V

Juicio Nro. 17203-2021-02297

Fecha: 9 de noviembre del 2023, las 10h41

TEMA: Identidad biológica. Derecho a la identidad personal, como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República. Examen de ADN post mortem. Disposición legal de prueba para mejor resolver.

SÍNTESIS

Tal como señala el tribunal de apelación, el caso trata de la identidad biológica de la actora, quien tiene derecho a conocer su procedencia genética, que hace parte del derecho a la identidad personal, como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República, el cual no solo permite la designación de las personas con nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; sino también la conservación y desarrollo de las características materiales e inmateriales de la identidad. En este sentido, esta Sala ratifica su criterio respecto del derecho de identidad y declaratoria de paternidad post mortem, que: "(...) el derecho de identidad personal, evoca a dos supuestos: 1) la identidad genética y 2) la identidad filiatoria; a través de la primera se busca llegar a la realidad biológica de la persona. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 168 del COGEP, en virtud del cual el tribunal de apelación ordenó prueba oficiosa, se encuentra justificada, dado que está en disputa el derecho de identidad constitucionalmente protegido. Luego del análisis comparativo de las muestra genéticas ha dado como resultado positivo la existencia del vínculo biológico entre la accionante y el señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, siendo la probabilidad de paternidad de 99.9999%. Por lo que, al resultar positivo el examen genético, el tribunal de apelación declaró la procedencia de la demanda. La Sala no encuentra que la decisión del tribunal ad quem sea arbitraria, al devenir de la disposición legal de prueba para mejor resolver, cuya excepcionalidad en el caso se encuentra justificada por el derecho a la identidad biológica de la accionante, de manera que se le permita identificarse con sus consanguíneos como hija biológica de Almeida Guzmán, teniendo derecho a llevar el apellido de su padre, esto es Almeida. Se desechó el cargo por el caso cuatro de casación y rechazó el recurso de casación interpuesto por el actor.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17203-2021-02297

Juez Ponente: Dr. Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

Quito, jueves 9 de noviembre del 2023, las 10h41
VISTOS. - En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 12 de octubre del 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por el doctor Ricardo Andres Izurieta Eguiguren, Procurador Judicial del señor Fabián Emilio Al-

meida Cruz, dentro del juicio ordinario de investigación de paternidad post mortem. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. La señora Marcia Georgina Rodríguez, plantea demanda ordinaria de investigación de paternidad post mortem, en contra de los herederos de Ángel Fabián Almeida Guzmán.

2. Efectuada la citación, comparece la parte demandada negando el vínculo biológico demandado e indicando que la accionante utilizando documentos falsificados y jurando en falso, obtuvo dolosamente la posesión efectiva de bienes dejados por el causante Ángel Fabián Almeida Guzmán.
3. El Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, el 6 de abril del 2022, desecha la demanda por insuficiencia de prueba.
4. De esta sentencia, la actora interpone recurso de apelación, resuelto por Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el jueves 26 de enero del 2023, las 16h39. Aceptando el recurso de apelación interpuesto por la accionante y en consecuencia revoca la sentencia venida en grado declarando que la señora Marcia Georgina Rodríguez tiene por padre biológico al señor Ángel Fabián Almeida Guzmán y por lo tanto tiene derecho a llevar el apellido de su padre, ordenando la correspondiente inscripción de la sentencia en la partida de la accionante Marcia Georgina Rodriguez en el Registro Civil, a fin que lleve el apellido de su padre.
5. De la sentencia de segunda instancia, Ricardo Andres Izurieta Eguiguren, Procurador Judicial del señor Fabián Emilio Almeida Cruz, interpone recurso de casación, que ha sido admitido a trámite por el señor Conjuez Nacional Competente, doctor Carlos Pazos Medina, mediante auto de 30 de junio del 2023, las 11h58.
6. Al tenor del inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Adrián Rojas Calle, en calidad de Juez ponente.

II. COMPETENCIA

7. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

8. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjuces de dicho órgano jurisdiccional.
9. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.
10. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

11. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

12. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimiento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de



adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

13. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

14. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

15. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades¹.

16. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiese haber incurrido el Tribunal de Alzada.

17. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial,

que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho; operando como un instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho², cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes³.

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofilático: relativo al control de legalidad del fallo impugnado en casación.

b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.

c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

19. En resumen, el control de legalidad de las sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución⁴; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

20. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

¹ Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

² Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

³ Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

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:

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**". (Énfasis añadido)

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
 2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
 3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.
 4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
 5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)⁵.
- 21.** En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del COGEP, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
 3. La determinación de las causales en que se funda.
 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.
- 22.** Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.
- 23.** Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(...) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.

Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.⁶

⁵ Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

24. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

25. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica del casacionista Fabián Emilio Almeida Cruz, fundamentando el recurso en torno a los casos dos y cuatro del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

25.1. Por el caso dos, acusa la falta de cumplimiento del requisito de la motivación para lo cual señala el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos; artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y sentencia Constitucional No. 1158-17-EP/21, señalando que la sentencia es inmotivada por insuficiencia normativa, puesto que en su considerando segundo, cita una larga lista de normas, en forma general y abstracta, sin explicar la pertinencia de ninguna de ellas a la resolución del caso.

25.2. Por medio de caso cuatro, indica que existe indebida aplicación de la norma procesal aplicable a la valoración de la prueba contenida en el art. 168 del COGEP, así como de los artículos 169, 226 224, numerales 4 y 5 del mismo código.

25.3. Acusa además, la errónea interpretación del artículo 11 del título V del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, infracciones que considera han conducido a la indebida aplicación de los artículos 252 y 255 del Código Civil, así como a la no aplicación de la norma del art. 76.7.k) de la constitución y del art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial.

25.4. Fundamenta su impugnación, señalando que la prueba pericial dispuesta de oficio por la Sala de Alzada, rebasó los límites legales de actuación de los jueces en esa materia, debido a que aquella solamente cabe para superar insuficiencias probatorias por empate, no insuficiencia probatorias por ausencia de prueba.

25.5. Que en la presente causa no existieron informes periciales contradictorios para que se ordene de manera oficiosa otro peritaje.

25.6. Añade, que según el artículo 11 del Título V del Capítulo I del CONA, para que la prueba del ADN tenga valor probatorio en juicio, debe ser practicado por laboratorios especializados públicos y privados, que cuenten con peritos calificadas por la Fiscalía. En caso de los laboratorios privados deben contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública. En ese sentido, enfatiza en el derecho de los justiciables a la defensa, en que se incluye el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente.

25.7. En ese contexto, solicita que se case y se deje sin efecto el fallo cuestionado, se dicte la sentencia de mérito que en derecho corresponda, en reemplazo de la sentencia impugnada, en la que se rechace la demanda.

26. La contraparte, Marcia Georgina Rodriguez, en su calidad de actora, a través de su defensor, refutó la impugnación casacional descrita, indicando:

26.1. Que en la sentencia recurrida, se encuentran suficientemente explícitos los elementos argumentativos mínimos de la fundamentación normativa, es decir, las normas transcritas en el considerando segundo de aquella, las cuales de manera clara e implícita, tienen relación con el problema jurídico sobre el que ha girado la litis, mismo que se ha explicado en los párrafos constantes en la sentencia, por lo que no existe insuficiencia en la argumentación jurídica como ha alegado el demandado.

26.2. En lo referente al artículo 168 del COGEP, indica que la casacionista ha sostenido que aquel ha sido violado por indebida aplicación, por lo que, al momento de sustentar dicho cargo, no solamente debía señalar la norma indebidamente aplicada sino también, y de manera conjunta, la norma o normas correctas que debieron ser aplicadas en su lugar.

26.3. En suma, considera que la impugnación carece de ejercicio argumentativo en el que se enlace las violaciones directas con las violaciones indirectas, que determine cómo se produjeron estas últimas, incumpliendo con la técnica que se requiere la casación.

26.4. Culmina señalando, que no existe error de derecho en la sentencia censurada, y mucho menos existen los cargos alegados por el casacionista en su recurso, por lo que solicita que el recurso sea rechazado en su totalidad.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿La sentencia emitida por Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el jueves 26 de enero del 2023, las 16h39; cumple con la argumentación normativa suficiente?

27.2. ¿Existe en el fallo impugnado, infracción de las normas que gobiernan la disposición de prueba para mejor resolver, tornando la valoración probatoria en arbitraria?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.I) de la Constitución, determina que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Énfasis añadido).

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

(...) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁷.

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la

motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

*La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.*

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben “*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*”; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP.

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando “(...) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.”

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de

⁷ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.º 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.º 193, párr. 152.

fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte resolutive del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

35. Por último, es motivo anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida⁸.

38. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "... requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (...) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la ac-

ción contemplada en una determinada previsión legal..."⁹

39. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia¹⁰.

40. Dicho esto y en razón de la denuncia del casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida adolece de insuficiencia normativa, revisada la motivación de la sentencia impugnada, se tiene que en la parte pertinente del análisis del tribunal sobre el objeto de apelación, en el considerando segundo y cuarto del fallo constan las normas en que se fundamenta la decisión de la controversia, relativa a la investigación de paternidad.

41. Específicamente, en el considerando CUARTO del fallo, consta:

(...)En el caso de la prueba de la accionante que pretende que se tomen en cuenta los perfiles genéticos de su pretense padre y los de ella, es importante señalar que dicha prueba no tiene aptitud probatoria, es importante no sólo señalar que conforme lo que dispone el art. 72 COGEP, las pruebas deben realizarse ante el juez que decidirá el conflicto, tanto es así, que el art. 120 ibídem sobre la posibilidad de anticipar la práctica de la prueba, contiene regla de prevención, sino que el CONA en la normativa que se transcribió, dispone reglas especiales para el examen genético para determinar el vínculo biológico, de modo que las pruebas obtenidas carecen de conducencia y por ello se confirma su inadmisión.

En cuanto a la prueba de la contraparte, que se ha encaminado a probar la aseveración que la accionante al falsificar un acta de posesión efectiva y una sentencia, no es hija del fallecido Almeida Guzmán, porque esos actos no los haría un hijo verdadero, carecen de conexión con el proceso que versa sobre la investigación de la paternidad, es decir sobre el derecho de una persona de determinar quién es su padre biológico y por lo tanto se confirma la inadmisión.

⁸ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.

⁹ Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

Conforme lo prevé el art. 168 COGEP, los jueces y tribunales pueden ordenar prueba oficiosa, de forma extraordinaria y debidamente motivada: en el caso, se examinó que la litis tiene como fundamento el derecho de una persona a conocer su identidad, lo cual está protegido constitucionalmente, al ser una persona de la tercera edad, también se encuentra en la categoría etaria que merece atención prioritaria de la administración de justicia. El derecho de las personas a conocer su identidad ha sido especialmente protegido por el legislador y las Cortes a lo largo de los años, en efecto, recordemos la inconstitucionalidad de la norma que establecía la prescriptibilidad de ese derecho, así mismo la reforma al Código Civil, que reprodujo el mismo alcance de la tutela del CONA, para el evento que el presunto padre se negara a someterse al examen genético, lo que constituye regla de reversión de carga probatoria.

Por estas razones este Tribunal ordenó la exhumación de los restos mortales de Ángel Fabián Almeida Guzmán, la obtención del material genético y el examen comparativo de ADN con la muestra de la accionante, con la finalidad de cumplir con el deber de tutelar derechos constitucional y legalmente protegidos como la identidad, así mismo de contribuir con la averiguación de la verdad, conforme a los puntos controvertidos que fueron fijados en la audiencia preliminar, con lo que se ha justificado plenamente la necesidad de ordenar prueba oficiosa por parte de este Tribunal.

Para ello se designaron peritos calificados por el Consejo de la Judicatura, cuyos nombramientos, conforme aparece en providencia de fs. 14 del cuaderno de segunda instancia, recayeron en Roberto Escudero Izquierdo, perito calificado en Antropología Física Forense y en Fabián Aragón Lovato calificado en Genética Forense, quienes han sido debidamente posesionados como aparece de las actas de fs. 25 y 27 de esta instancia.

En el día y hora señalados para la diligencia de exhumación, el Tribunal junto con la secretaria relatora y las partes procesales se trasladaron al Camposanto Monteolivo, y en unidad de acto, contando con la colaboración del personal del camposanto, el perito Escudero Izquierdo, realizó la extracción de la muestra del fémur de los restos mortales identificados como pertenecientes a Fabián Almeida Guzmán, conforme su experticia acreditada, lo cual consta en el informe que se encuentra de fs. 42 a 44.

Posteriormente la accionante acudió al Laboratorio del perito genetista con la finalidad de proporcionar la muestra idónea para el examen de ADN,

diligencia que conforme obra la razón de autos (fs. 41 de esta instancia) se realizó en presencia de la delegada del tribunal y el perito genetista Fabián Aragón Lovato. El posterior análisis comparativo de las muestras genéticas ha dado como resultado positivo la existencia del vínculo biológico entre la accionante y el señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, tal como consta en el informe de fs. 54 a 56, la probabilidad de paternidad se establece en el porcentaje de 99.9999%.

Es importante señalar las diferencias entre las diligencias probatorias practicadas con el COGEP de las del COIP, en las que el fiscal es quien prepara todo el acervo probatorio. En esta diligencia, los jueces hemos asistido junto con la Secretaria Relatora, habiendo previamente solicitado la colaboración del Director del Camposanto Monteolivo (fs. 18) en el que se encuentran los restos mortales del pretense progenitor, de quien se ha confirmado ahora, la paternidad (...).

El Tribunal en aras de la transparencia procesal, pese a que el CONA establece la suficiencia del examen de ADN cuando éste se ha realizado conforme la normativa para el caso, ha suspendido la diligencia, notificando con el día y hora de la reinstalación de la diligencia tanto a los peritos con la obligación de comparecer a audiencia y sustentar su informe como a las partes procesales (...).

El proceso de investigación de paternidad tiene por objeto determinar la existencia del vínculo biológico entre las personas, en este caso entre el presunto padre y su hija, quien es accionante en este proceso; en vista que se discute el derecho de identidad, el tribunal ordenó prueba para mejor resolver, esto es la obtención de la muestras biológicas y el posterior examen genético, diligencia que se realizó median-do oficio al Gerente del camposanto quien dio las facilidades del caso para el desarrollo de la pericia, esto es la determinación del lugar en donde debía obtenerse la muestra biológica (...).

En el caso el resultado del examen genético ha sido positivo a las pretensiones de la accionante, la alta fiabilidad del examen genético es la razón de su suficiencia, no se ha probado que estas pericias se hayan apartado de la normativa prevista para estos casos por lo que se han desestimado las objeciones realizadas en la sustentación pericial y el Tribunal ha resuelto en consecuencia aceptar la demanda propuesta... [Sic].

42. La ex Corte Suprema indicaba: *“Una decisión es absurda cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas formales y arbitrarias cuando hay ilegitimidad en la motivación (...) el absurdo en la valoración de*



*la prueba no se limita a la sola ilegitimidad de la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas y si este proceder lo adopta voluntariamente, se trataría de una arbitrariedad*¹¹.

43. Del contenido de la sentencia, se tiene que la Sala de apelación, sostiene su decisión de inadmisión de la prueba biológica presentada por la demandante, al no haber sido actuada y practicada conforme las reglas determinadas en el COGEP y el CONA.

44. En ese sentido, con el propósito de garantizar los derechos y garantías constitucionales de la demandante, el tribunal ordenó la práctica de prueba para mejor resolver, conforme faculta el artículo 168 del COGEP.

45. Y, siendo que el objeto de la controversia se constriñe a determinar la identidad biológica de la actora, a partir de la cual la administración de justicia puede declarar al no reconocido como hijo de determinado padre o madre, al tenor del artículo 252 del Código Civil, norma citada como aplicable al caso por el ad quem; no se evidencia déficit motivacional en el fallo objetado, pues tanto de su contenido explícito como implícito se vislumbran con claridad las razones de la decisión, resultando suficientes.

46. En definitiva, la sentencia del tribunal de apelación enuncia las normas en su sustenta su decisión, justificando su aplicación y pertinencia en contraste con los hechos del caso. De manera que reúne los requisitos mínimos de motivación, por lo tanto, no existe mérito que dé lugar a la casación por falta de motivación.

7.2. Resolución de los cargos por el caso cuarto del artículo 268 del COGEP

47. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación¹² de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

48. A esta causal se la denomina de infracción in-

directa del derecho sustantivo. Por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

49. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede soslayar la convicción que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

50. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

- a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción.
- b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí.
- c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.
- d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los

¹¹ Resolución caso N. 202-2002, publicada en el Registro Oficial N. 710 de 22 de noviembre de 2002

¹² 1.- **Aplicación indebida:** Ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla

2.- **Falta de aplicación:** El juzgador yerra ignorando en el fallo la norma aplicable al caso controvertido. Implica error en cuanto a la existencia de la norma

3.- **Errónea interpretación:** Cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley

preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

51. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho¹³. De allí que en virtud de su verificación excepcionalmente puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin él no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

52. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, solo cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del COGEP y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

53. En el caso en examen, el casacionista, acusa la infracción del artículo 168 del COGEP, por indebida aplicación, denunciando además la falta de aplicación del artículo 169, 224 numerales 4 y 5 y 226 todos pertenecientes al Código Orgánico General de Procesos y la errónea interpretación del artículo 11 del Título V del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia.

54. En consecuencia, acusa la no aplicación del artículo 76, numeral 7 literal k) de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial. Así como la indebida aplicación de los artículos 252 y 255 del Código Civil.

55. En resumen, el recurrente argumenta su impugnación por el caso cuarto, señalando que el tribunal ad quem, valoró prueba indebidamente introducida al proceso, al ordenar oficiosamente la prueba genética de ADN, lo que considera que

ha generado desequilibrio en los derechos de las partes procesales.

56. En esa línea, con respecto a la denuncia de presunta infracción de los artículos 168 (prueba para mejor resolver), 169 (carga de la prueba), 224 (contenido del informe pericial) y 226 todos del COGEP (prueba pericial de oficio) y 11 del CONA (forma de realización de la prueba de ADN). Ninguna de dichas normas es contentiva de algún precepto de valoración de prueba, por lo que en principio y por sí solas son insuficientes para sustentar cargo por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

57. No obstante, en el caso se ha denunciado la ilegal actuación y en consecuencia indebida valoración del examen de ADN efectuado entre la actora y los restos mortales del extinto señor Fabián Almeida Guzmán. Y, tal como señalaba la ex Corte Suprema de Justicia, es motivo de casación por esta casual, la valoración de pruebas indebidamente introducidas al proceso¹⁴, lo que en definitiva tornaría en arbitraria su valoración.

58. Sin embargo en el caso en estudio, no se observa ilegalidad en la disposición de la práctica del examen genético de ADN, toda vez que al tenor del artículo 168 del COGEP, procesalmente se contempla la posibilidad de que el juez disponga motivadamente prueba para mejor resolver; facultad que dicho sea de paso es independiente del informe pericial para mejor resolver, del artículo 226 del COGEP, que se puede ordenar cuando existen informes periciales recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho. La diferencia radica en que la prueba para mejor resolver que considere necesaria el juzgador ordenar, puede ser de cualquier tipo, siempre y cuanto se justifique su necesidad y excepcionalidad.

59. Volviendo al caso, la necesidad y excepcionalidad de la práctica del ADN, se justifica en la naturaleza de la acción planteada, investigación de paternidad, que persigue el restableciendo del derecho identidad personal de la demandante; mediante la declaración judicial de su filiación biológica.

¹³ Llinas María, El error de hecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-119 del 16 de diciembre de 2008, expediente N° 66170 3103 001 2001 00319 01. M. P.; acerca de las normas sustanciadas: "(...) un precepto es de estirpe sustancial cuando crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos y potestades de las personas".

¹⁴ Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág.3962

60. Tal como señala el tribunal de apelación, el caso trata de la identidad biológica de la actora, quien tiene derecho a conocer su procedencia genética, que hace parte del derecho a la identidad personal, como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República, el cual no solo permite la designación de las personas con nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; sino también la conservación y desarrollo de las características materiales e inmateriales de la identidad, como son la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

61. En suma, el Estado está obligado a la protección de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando que cada miembro identificado como parte un linaje familiar, goce de los mismos derechos y oportunidades que el resto de sus integrantes, promoviendo la responsabilidad parental.

62. En este sentido, esta sala ha señalado en torno al derecho de identidad y declaratoria de paternidad post mortem, que:

“(…) el derecho de identidad personal, evoca a dos supuestos: 1) la identidad genética y 2) la identidad filiatoria¹⁵; a través de la primera se busca llegar a la realidad biológica de la persona, pues no obstante del sentido de pertenencia que se pueda tener con respecto a quienes jurídicamente aparecen como familia, es importante que se respete la dignidad e individualidad que caracterizan a cada persona.... se permite entonces, que toda persona conozca la verdad sobre su origen y en consecuencia, la herencia genética legada de sus progenitores biológicos; lo cual devela su irrepetible identidad. De manera general, la identidad filiatoria, también está dada a partir de verdad biológica, pero bajo ciertas circunstancias la identidad de filiación no siempre coincide con la identidad genética, como sucede en el caso de hijos habidos fuera del matrimonio y reconocidos por el cónyuge, hijos adoptados, hijos reconocidos voluntariamente aun conociendo que no lo son o mediando errores en el consentimiento del reconociente. ... para cuyo establecimiento era factible recurrir a la prueba científica de ADN,

de los restos mortales del presunto progenitor, por ser el medio más idóneo con el que se cuenta en la actualidad para revelar la herencia genética en este tipo de acciones y que a luz del artículo 13, Capítulo I, Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, es prueba suficiente para la declaración de maternidad o paternidad. No obstante, en la investigación de paternidad, en pro de salvaguardar el interés legítimo de los hijos, amparados a nivel constitucional por iguales derechos, se erige el denominado principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, que permite “*al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyándose en toda la gama de pruebas que admite la ley, posibilitando, de este modo, y en forma definitiva, la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal*”¹⁶; mediante este principio se otorga igualdad en el círculo familiar, dando paso al libre desarrollo de la personalidad¹⁷ a través de la singularidad del ser, cuyo fundamento descansa en el derecho a conocer la verdad biológica, solo así se protege el derecho a la identidad personal. Entonces, la libertad probatoria en el juicio de declaración de paternidad, autoriza al hijo o a quien legalmente lo representa, a acceder a todos los medios de prueba para transparentar su procedencia, porque el objetivo primario en esta causa, es el derecho del hijo a que declare su filiación biológica. [Sic]¹⁸.

63. Es decir, que esta clase de procesos existe cierta libertad probatoria, de manera que se permita que el accionante conozca y se le reconozca de manera definitiva como miembro de determinado linaje familiar, a partir de su filiación biológica materna o paterna, como en el caso.

64. En tal razón, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 168 del COGER, en virtud del cual el tribunal de apelación ordenó prueba oficiosa, se encuentra justificada, dado que está en disputa el derecho de identidad constitucionalmente protegido.

65. En cuanto a la alegación de que no se respetó la cadena de custodia de las muestras obtenidas y que por tanto se tendría en duda si la identidad de los restos mortales pertenecen o no al causante Fabián Almeida Guzmán+. Se precisa que, según se desprende del fallo enervado, para la obtención

¹⁵ Eduardo Zanoní, *ibídem*, pág.78

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Chile n°2.089-05, de 28 de agosto del 2006, Cuarta Sala.

¹⁷ Artículo 66. 4 y 5 de la Constitución de la República.

¹⁸ Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 14304-2018-00997, sentencia de 20 de octubre de 2021.

del material genético y el examen comparativo de ADN con la muestra de la accionante, se designaron peritos calificados por el Consejo de la Judicatura, debidamente posesionados en el proceso, quienes en unidad de acto con el Tribunal, secretaria relatora y las partes procesales se trasladaron al Camposanto Monteolivo, a realizar la extracción de la muestra del fémur de los restos mortales identificados como pertenecientes a Fabián Almeida Guzmán.

66. Posteriormente la accionante acudió al laboratorio del perito genetista con la finalidad de proporcionar la muestra idónea para el examen de ADN y luego del análisis comparativo de las muestra genéticas ha dado como resultado positivo la existencia del vínculo biológico entre la accionante y el señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, siendo la probabilidad de paternidad de 99.9999%. Por lo que, al resultar positivo el examen genético, el tribunal de apelación declaró la procedencia de la demanda.

67. En conclusión, este tribunal no encuentra que la decisión del tribunal ad quem sea arbitraria, al devenir de la disposición legal de prueba para mejor resolver, cuya excepcionalidad en el caso se encuentra justificada por el derecho a la identidad biológica de la accionante, de manera que se le permita identificarse con sus consanguíneos como

hija biológica del señor Ángel Fabián Almeida Guzmán, teniendo derecho a llevar el apellido de su padre, esto es Almeida.

68. Bajo las anteriores precisiones, se desecha el cargo por el caso cuatro de casación.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal 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**, por unanimidad, resuelve:

1. Rechazar el recurso de casación planteado por el demandado, Fabián Almeida Cruz, contra la sentencia de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 26 de enero de 2023.
2. Notifíquese y devuélvase.

f) DR. ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**. DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**. DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)**.

Certifico.

Resumen de fácil comprensión

Al no haberse demostrado las causales dos y cuatro del artículo 268 del COGEP, se rechaza el recurso de casación planteado por el demandado Fabián Almeida Cruz.

VI

Juicio Nro. 17201-2017-00481

Fecha: 26 de diciembre del 2023, las 16h32

TEMA: Causal de indignidad para la sucesión por falta de acusación particular o denuncia por el asesinato del causante.

SÍNTESIS

Se demanda la indignidad para suceder por no haber presentado acusación particular en contra de los asesinos de la hija y nieto de la actora; la cónyuge e hijo del hoy demandado. La Sala del análisis del cuaderno del ad quem, encuentra que durante los años que duró la investigación, hasta cuando se encontró los cadáveres de los prenombrados, fue imposible para el demandado establecer que éstos habían fallecido. Por lo dicho, la indignidad es imposible sostener en los términos que se detalla de autos y por cuanto, la incongruencia o falta de acusación particular no resiste análisis en casación, pues está debidamente ajustada a derecho la sentencia dictada, cumple con el requisito de motivación mínima y su rechazo de la demanda, se adecúa al contenido normativo de la causal de indignidad invocada. La Sala, rechazó el recurso de casación incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17201-2017-00481

Juez Ponente: Dr. Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

Quito, martes 26 de diciembre del 2023, las 16h32.

VISTOS. - En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 23 de noviembre del 2023, reinstalada el 07 de diciembre del año en curso de agosto 2023, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por el procurador judicial de la actora Ángela Benilda Medrano Orta. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. Comparece a la administración de justicia el doctor Eber William López Arévalo, en calidad de Procurador Judicial de la actora Ángela Benilda Medrano Orta, formulando demanda ordinaria de indignidad en contra del demandado señor Pedro Joaquín Nuñez Saa, señalando:

- 1.1. Que su hija, la señora Beatriz Luzmila López Medrano, se hallaba casada legalmente con el demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa, mediante acto celebrado el 14 de mayo de 1993, en la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo.
- 1.2. Durante la vida conyugal, procrearon un hijo que en vida se llamó David Israel Nuñez López, conforme se desprende de la partida de nacimiento que acompaña.
- 1.3. Que el 22 de octubre de 2012, su hija Beatriz Luzmila López Medrano, quien tenía 51 años de edad y su nieto David Israel Nuñez López, quien tenía 19 años de edad, desaparecieron misteriosamente de su domicilio que lo tenían en la calle Restauración No. S3-02 y Calderón, de la ciudad de Cayambe, Provincia de Pichincha.
- 1.4. Que el día sábado 23 de mayo de 2015, agentes de la Policía Nacional, encontraron los cuerpos sin vida de su hija Beatriz Luzmila López Medrano y de su nieto David Israel Nuñez López, sepultados en el sector de la lavandería de la casa de su prenombrada hija ubicada en la calle Restauración

No. S3-02 y Calderón, de la ciudad de Cayambe, provincia de Pichincha.

- 1.5. Que por cuanto su hija Beatriz Luzmila López Medrano, tuvo un solo hijo que fue su nieto David Israel Nuñez López, el mismo que falleció también el 22 de octubre de 2012, correspondió heredar conforme a las reglas del artículo 1030 del Código Civil, a la compareciente Ángela Benilda Medrano Orta en calidad de madre y al cónyuge sobreviviente el demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa.
 - 1.6. Que de manera lamentable el demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa, que fue el cónyuge de su hija Beatriz Luzmila López Medrano y padre de su nieto David Israel Nuñez López, pese a que éstos desaparecieron misteriosamente el 22 de octubre de 2012, nunca se preocupó por su esposa e hijo, al contrario siempre demostró desidia, nunca dio importancia a la desaparición y muerte de su esposa e hijo, tanto es así, que jamás denunció, informó o acusó ante las autoridades respectivas la desaparición, ni la muerte de su esposa e hijo, pese a que pudo y tenía la obligación legal y moral de hacerlo ya que los desaparecidos y muertos eran su cónyuge y su hijo, faltando de este modo gravemente a sus deberes éticos y legales para con los difuntos que insisto eran su cónyuge y su hijo.
 - 1.7. Bajo estos antecedentes y de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1011 del Código Civil, presenta la demanda en contra de Pedro Joaquín Nuñez Saa, a fin de que en sentencia se lo declare indigno para suceder a la causante señora Beatriz Luzmila López Medrano, consecuentemente, se lo excluya como heredero de la causante
2. El demandado Pedro Joaquín Nuñez Saa, comparece a juicio contestando la demanda y precisando:
- 2.1. Que se hallaba legalmente casado con la señora Beatriz Luzmila López Medrano, habiendo procreado un hijo, quien en vida fue David Israel Nuñez López. Y que su difunta cónyuge e hijo desaparecieron el 22 de octubre del 2012, encontrándose desaparecidos hasta el día sábado 23 de mayo del 2015, fecha en la cual, con la ayuda del centro canino de la Policía Nacional; se localizó los cuerpos sin vida de su cónyuge e hijo, en el interior de su domicilio donde habitaron hasta la desaparición en la calle Restauración y Calderón de Cayambe.
 - 2.2. Que según sentencia de 16 de mayo del 2016, a las 14h21, dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Quito, su cónyuge e hijo fallecieron por asesinato cometido por Jesús Moisés Delgado Pérez y Karina Fernanda Toledo López.
 - 2.3. Que en el momento de la desaparición, rindió su versión libre y voluntaria en Fiscalía y al enterarse que sus recordados cónyuge e hijo fueron asesinados, inmediatamente colaboró con la fiscalía conforme narra en su contestación.
3. Mediante sentencia de 28 de febrero del 2020, las 15h02, el Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Cayambe de la Provincia de Pichincha, rechaza la demanda por falta de prueba.
4. De esta sentencia, la demandante propone recurso de apelación, resuelto el 12 de mayo de 2021, a las 12h14, por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que, rechazando el recurso de apelación interpuesto, confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado.
5. De la sentencia de segunda instancia, la señora Ángela Medrano López, propone recurso de casación, que ha sido admitido a trámite por la señora Conjueza Nacional Competente, doctora Rita Bravo Quijano, mediante auto interlocutorio, de 7 de enero de 2022.
6. Al tenor del inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.
7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal N°. 247-UATH- 2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.



9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjuces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02- 2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le facultó el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 *ibidem*; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, el cual enfatiza el respeto a los derechos y garantías de las personas, cuyo fundamento es la subordinación de la legalidad a la Constitución, fomentando en unos casos e instaurando en otras, una serie de garantías para el cumplimiento y repa-

ración de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades¹.

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de derecho²; operando como un

¹ Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Editorial el Foro de la Justicia: Bogotá, 1983, p. 9

² Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica: Buenos Aires, 1961, p. 102

instrumento de control de la ley contra la sentencia. Sin embargo, por la progresividad del derecho, cuya razón de ser es la justicia, se ha incorporado a la casación una función de protección del interés privado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes³.

19. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

- a) Fin nomofilático: relativo al control de legalidad del fallo impugnado en casación.
- b) Fin uniformador: busca la unificación de la jurisprudencia.
- c) Fin dikelógico: inherente a la obtención de justicia en cada caso.

20. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la Constitución⁴; a la vez, su excepcionalidad impide que sea caracterizada como una tercera instancia, puesto que restringe a los Jueces de Casación, la posibilidad de modificar los hechos fijados en el fallo recurrido o valorar nuevamente el acervo probatorio aportado por las partes procesales, actividades que le corresponden, privativamente, a los jueces de instancia.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo

que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.

5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis*)⁵.

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del COGEP, determinan los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266 El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

³ Murcia Ballén, Humberto, ob. cit., p.46-47

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:

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**". (Énfasis añadido).

⁵ Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
 3. La determinación de las causales en que se funda.
 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.
- 23.** Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.
- 24.** Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:
- (...) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente. Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente.⁶
- 25.** Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados

oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica de la casacionista Ángela Medrano Orta, fundamentando el recurso en torno a los casos dos y cinco del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

26.1. Por el caso dos de casación, denuncia la falta de motivación del fallo de segunda instancia, aduciendo que la sentencia es incongruente, al no abordar en su análisis los fundamentos que fueron objeto del planteamiento de la demanda.

26.2. Refiere que el motivo de la demanda de indignidad demandada, fue por cuanto el demandado, no denunció ni acusó ante la justicia el homicidio de su cónyuge e hijo, pero que el tribunal de apelación se limitó a decir que el accionado se preocupó por la desaparición de sus familiares, aun cuando según la ley, el llamado a suceder tiene el deber de denunciar el homicidio de su causante, cosa que no hizo el demandado.

En ese sentido, enfatiza en que el ad quem, no analizó si en el caso se configuraron los requisitos o elementos constitutivos de la causal de indignidad que contempla el artículo 1011 del Código Civil.

26.3. Por el caso cinco de casación, en la misma línea argumentativa anterior, denuncia la errónea interpretación del artículo 1011 del Código Civil.

26.4. Infracción que dice se ha configurado en la sentencia impugnada, por cuanto el tribunal expresa que el demandado justificó que se preocupó por la desaparición de su cónyuge e hijo, sustentando su decisión en argumentos distintos a los que establece la norma que denuncia infringida, que castiga al heredero que no denunció el homicidio de su causante.

26.5. Ande que el tribunal de apelación, confunde lo que es la preocupación con la

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

denuncia o acusación, que son cosas diametralmente distintas.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 ut supra, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿La sentencia emitida el 12 de mayo de 2021, a las 12h14, por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, cumple con el requisito de motivación suficiente?

27.2. ¿Existe en la sentencia, errónea interpretación del artículo 1011 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Énfasis añadido).

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

(...) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁷.

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que

*la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.*

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo

130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben “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”; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1.- Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando “(...) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.”

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o

⁷ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, N.º 182, párr. 77. En el mismo sentido, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C N.º 193, párr. 152.

incompatibles entre sí, en la parte resolutive del fallo. Toda resolución judicial constituye un silogismo lógico, partiendo de los antecedentes del caso que se juzga, con la descripción de la posición de las partes en la demanda y las excepciones, las pruebas aportadas dentro del proceso, para luego hacer las consideraciones de índole legal y jurídico que permiten la aplicación de la normas de derecho que corresponden al caso, para arribar a una decisión, por lo tanto se trata de un razonamiento lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

35. Por último, es motivo de anulación del fallo, por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, siendo que es requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida⁸.

38. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "... requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (...) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal..."⁹.

39. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución,

ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por:

(1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia¹⁰.

40. Dicho esto y en razón de la denuncia de la casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida no analiza la propuesta fáctica y normativa de la demanda, incurriendo en incongruencia frente a las partes y frente al derecho, revisada la motivación de la sentencia impugnada, se tiene que en la parte pertinente del análisis jurídico y motivación del tribunal de apelación, en el considerando "SEXTO" del fallo consta:

(...) La parte actora y recurrente, concurre ante la administración de justicia con la demanda de declaratoria de indignidad, en contra del demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA bajo los siguientes cargos: Que al haber desaparecido la cónyuge del demandado, la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, así como su hijo DAVID ISRAEL NUÑEZ LÓPEZ, hecho ocurrido con fecha 22 de octubre de 2012, a quienes posteriormente con fecha sábado 23 de mayo de 2015, se les encuentra sin vida, sepultados en la lavandería de la casa de la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, ubicado en la calle Restauración No. S3-02 y Calderón del Cantón Cayambe, el demandado nunca se preocupó, ni le dio importancia a la desaparición y muerte de su esposa e hijo, demostrando desidia. Tampoco denunció o acusó respecto de la desaparición y muerte de su familia, cuando tenía la obligación legal y moral de hacerlo... correspondía al DR. EBER WILLIAM LÓPEZ ARÉVALO, en calidad de Procurador Judicial de la actora ÁNGELA BENILDA MEDRANO ORTA, demostrar las afirmaciones vertidas en el juicio, y especialmente probar si el demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA actuó con desidia y falta de importancia en la búsqueda de su cónyuge la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, e hijo DAVID ISRAEL NUÑEZ LÓPEZ, y si su omisión de denunciar, y acusar particularmente a los autores del

⁸ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.

⁹ Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

delito de asesinato, constituye causa de indignidad, según lo previsto en el Art. 1011 del Código Civil ecuatoriano, que fue el fundamento jurídico de su acción propuesta, ... Ahora bien, la parte actora, al momento de la presentación de la demanda adjuntó los siguientes medios probatorios:...Certificado de defunción (foja 3), perteneciente a la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, en la que registra con fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, fecha de registro de defunción 8 de junio del 2015. Certificado de defunción (foja 4), correspondiente a quien en vida fue DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, en la que registra con fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, fecha de registro de defunción 8 de junio del 2015. Documento de Registro Único de Contribuyentes de personas naturales, signado con el No. 0600688220001, a nombre del contribuyente PEDRO JOAQUÍN NÚÑEZ SAA en la que figura el nombre comercial “EL BUEN FERRETERO”, con fecha de inicio de actividades 21/03/2013, fecha de actualización 08/04/2013, dedicado a la venta de artículos de ferretería al por menor, ubicado en la calle Restauración Número S3-02 y Calderón, del cantón Quito, Provincia de Pichincha, para lo cual el demandado ha referido que necesitaba facturar, dado que se ha hecho cargo de la ferretería.- De foja 8 a 11 del proceso, obra el acta de posesión efectiva a favor del demandado PEDRO JOAQUÍN NÚÑEZ SAA, respecto de los bienes inmuebles dejados por la causante BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, celebrada con fecha viernes 26 de agosto del 2016, ante la Notaría Cuarta de la ciudad y Cantón Riobamba, provincia de Chimborazo..... De foja 342 del proceso, obra el escrito de fecha lunes 21 de agosto del 2017, a las 14h38, en la que la parte actora, adjunta copias certificadas del proceso penal No. 17291-2015-00264, firmado por la DRA. SOLEDAD COLOMA Coordinadora del Tribunal de Garantías Penales, las mismas que obran de fojas 39 a 341 del proceso, de la que se advierte la existencia del juicio penal seguido por la Fiscalía General del Estado, en contra de los señores JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, en la que mediante sentencia de fecha lunes 16 de mayo del 2016, a las 14h21, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Quito, les impone una pena privativa de la libertad de VEINTICINCO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, en calidad de autores del delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 numerales 4 y 5 del Código Penal, en per-

juicio de las víctimas BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO y DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ,.. sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante decisión de fecha miércoles 28 de septiembre del 2016, a las 14h47, en la que desechó el recurso de apelación interpuesto por los procesados JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, confirmando la sentencia emitida por el Tribunal *A quo*. La parte actora, en la audiencia de juicio, practicó como prueba a su favor, el testimonio de la testigo JOMAIRA LISBETH NARVÁEZ LÓPEZ, Agente Investigadora de la DINASED, en la que manifestó no recordar haber visto dentro de su investigación al demandado PEDRO JOAQUÍN NÚÑEZ SAA, y no recordar respecto de la versión del demandado rendida con fecha 12 de diciembre de 2012, en la que manifestó llevar muchos casos, no siendo posible recordarlos; además, que su actuación como agente investigadora, lo realiza en delegación del Agente Fiscal. Por último, menciona haber acompañado a la señora Raquel López Medrano. La parte actora, practicó como prueba de su parte, la declaración de parte del demandado PEDRO JOAQUÍN NÚÑEZ SAA quien.. declaró que ha presentado denuncia en la Fiscalía, sin que precise fecha, que el entendía que su esposa e hijo estaban desaparecidos, que siempre preguntaba por su esposa, y la señorita que está ahí, le decía ya vino la señora RAQUEL LÓPEZ, habiendo el manifestado que los desaparecidos eran su esposa e hijo. Declara, que de la muerte de su cónyuge e hijo, se enteró en circunstancias que estaba en su casa en Riobamba, y ha pasado por la televisión, que han encontrado a madre e hijo enterrados en su casa. Contesta a las preguntas de la parte actora, que no ha presentado acusación particular, y ante la interrogante, ¿porqué, no ha presentado acusación particular?, manifiesta que no sabía que su hijo estaba muerto, dado que estaban desaparecidos; enfatiza en el hecho que, el 17 de octubre de 2012, concurrió donde la señora KARINA TOLEDO LÓPEZ, quien le ha manifestado que su cónyuge e hijo se han ido a comprar un terreno, para posteriormente en otra averiguación, le ha manifestado que su cónyuge e hijo se han ido a Colombia.... Concluye que Fiscalía no lo investigó como culpable. La parte demandada PEDRO JOAQUÍN NÚÑEZ SAA al momento de contestar la demanda, ha refutado los cargos imputados por parte del DR. EBER WILLIAM LÓPEZ ARÉVALO, en calidad de Procurador Judicial de la actora ÁNGELA BENILDA



MEDRANO ORTA, insistiendo en actos que a su leal entender y parecer, constituyen hechos, que demuestran haberse preocupado en la búsqueda de su cónyuge BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, para lo cual, a la presentación del escrito de contestación a la demanda, adjuntó la siguiente prueba: ... Certificado de defunción (foja 382), perteneciente a la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, en la que registra con fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, fecha de registro de defunción el 8 de junio del 2015; del mismo se constata, que quien solicita la inscripción es la hermana de la fallecida, la señora RAQUEL VIOLETA LÓPEZ MEDRANO, como causa de la muerte refiere: "INDETERMINADO POR ESTADO AVANZADO DE PUTREFACCIÓN." Acta de inscripción de defunción (fojas 383), respecto del fallecido DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, registra la fecha de fallecimiento el 22 de octubre del 2012, registro de defunción el 8 de junio del 2015. En la que consta, que quien solicita la inscripción, es la tía del fallecido, señora RAQUEL VIOLETA LÓPEZ MEDRANO, como causa de la muerte dice: "INDETERMINADO POR ESTADO AVANZADO DE PUTREFACCIÓN". Documento dirigido al Fiscal del cantón Cayambe (foja 384), ingresado con fecha 20 de marzo del 2013, a las 08h25, en la que, el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA señala casillero judicial y correos electrónicos, dentro del expediente fiscal No. 265-AA-DP-7; además, designa abogado para el patrocinio legal en la presente causa, con la que demuestra que oportunamente señaló domicilio judicial en la investigación por la desaparición de su cónyuge e hijo. ...De foja 441 del proceso, consta el oficio No. 170201815050077 (265- AA-DP7), de fecha 09 de julio del 2018, suscrito por el AB. JOSÉ ANTONIO CEVALLOS GARCÍA Fiscal del cantón Cayambe, en la que remite en seis fojas, el requerimiento solicitado por la judicatura de instancia inferior, de la que se advierte que anexa la siguiente documentación: 1) Versión libre y sin juramento (foja 442) rendida con fecha miércoles 12 de diciembre del 2012, a las 10h00, por el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA, ante el DR. VÍCTOR MIÑO ARIAS, Fiscal del cantón Cayambe y Pedro Moncayo, respecto de la desaparición de su cónyuge BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, cuyo contenido fue expuesto por la parte demandada al momento de contestar la demanda de declaratoria de in-

dignidad, con la que demuestra que por más de una ocasión concurrió hasta el domicilio de su cónyuge e hijo, a solicitar la presencia de su esposa, para inicialmente hablar sobre un proceso de divorcio que se quería comenzar, quien recibía información de su sobrina política KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, la misma que, en reiteradas ocasiones le manifestaba que su esposa e hijo habían salido primeramente a Riobamba, y luego a Colombia, en la que mantuvo la esperanza que sus familiares se encontraban tan sólo desaparecidos, y no fallecidos; conforme fue el trágico desenlace. 2) Petición dirigida al señor Fiscal de los cantones Cayambe y Pedro Moncayo, suscrita por el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA (foja 443), en la que, el demandado autoriza a fin de que se lleve a efecto la diligencia de reconocimiento de la Ferretería Continental del Ecuador, y cualquier acto conducente al esclarecimiento de los hechos, dice: <<para lo cual estoy dispuesto a prestar todas las facilidades que el caso amerite dentro de las instalaciones del inmueble que va a ser objeto de pericias las cuales han sido ordenadas por su Autoridad, **esto a fin de que se llegue a determinar el paradero de mi hijo David Israel Núñez López y mi cónyuge Beatriz Luzmila López Medrano.**>> (negrillas y subrayadas fuera del texto). ... 4) De fojas 446 a 447 de los autos, obra la versión libre y sin juramento de fecha 19 de junio del 2014, a las 11h54, rendida ante la Fiscalía del Cantón Cayambe, por parte del señor JESÚS MOISES DELGADO PÉREZ, quien refiere que los ahora fallecidos BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, viajaron a Colombia, concordando con lo manifestado en la declaración de parte por el demandado PEDRO JOAQUIN NUÑEZ SAA, quien manifestó: Que recibió información de la señora KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, conviviente del señor JESUS MOISES DELGADO PÉREZ, que su cónyuge había salido rumbo a Colombia, a comprar un vehículo marca lamborghini para su hijo. ... Del análisis precedente, nos hace concluir, que la parte actora, no ha demostrado los fundamentos fácticos y jurídicos de su acción propuesta, conforme era su obligación hacerlo, en virtud de lo dispuesto en el Art. 169 del COGEP, *contrario sensu*, la parte demandada PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA ha logrado desvanecer los argumentos constantes en la demanda, y demostrar por una parte que, desde la desaparición de su cónyuge BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO e hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ

LÓPEZ, estuvo en todo momento presto a colaborar con la Fiscalía de Cayambe, conforme a los escritos presentados, y que fueran analizados supra, en la que, estaba presto a las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos. Ha demostrado, que siempre estaba pendiente de la búsqueda de su cónyuge e hijo antes referidos, conforme lo ha manifestado en su versión rendida en la Fiscalía con fecha 12 de diciembre de 2012, a las 10h00, frente al Fiscal DR. VÍCTOR MIÑO ARIAS, el mismo que se fortalece con los testimonios de sus testigos rendidos en la audiencia de juicio, de nombres y apellidos JOSÉ VICENTE PALLASCO ROSERO y RENÉ RAÚL JARA BAEZ, quienes declaran conocer al demandado, y haber conocido a quien fuera su cónyuge, la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, el primero de los testigos, manifestó conocer que el accionado había ido a preguntar a la casa de su cónyuge e hijo respecto de su paradero, en la que le habían manifestado que habían viajado a Colombia a comprar un lamborghini, y que sabía que el demandado estaba preocupado por la desaparición de su esposa e hijo. Mientras el segundo de los testigos, declara saber que el demandado andaba buscando a su esposa e hijo, testimonios que tienen relación con la declaración de parte rendida por el demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA ... Por otra parte tenemos, lo siguiente: El fundamento de derecho de la parte actora para proponer la demanda, se sustenta en lo dispuesto en el Art. 1011 del Código Civil ecuatoriano, el mismo que a la letra expresa lo siguiente: <<[Indignidad por no denunciar el homicidio del causante].- Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible. Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso. Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.>> El segundo inciso de la referida norma, claramente nos señala, en qué momento cesa la indignación por no haber denunciado el homicidio de la persona del difunto, y refiere cuando la justicia, ha empezado a proceder sobre el caso. **En el presente proceso judicial bajo examinación del Tribunal, se advierte que la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, y su hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ, desapa-**

recieron el día 22 de octubre del año 2012, de su domicilio ubicado en la calle Restauración y Calderón del cantón Cayambe, Provincia de Pichincha, en cuyo domicilio vivían con los señores JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, autores del delito de sus asesinatos. La indagación previa, tiene como antecedente inmediato la denuncia de fecha 26 de octubre del 2012, presentada por la señora KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, quien denunció a la Fiscalía la desaparición de la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, afirmando que se han ido a una feria o convención de carros a Colombia, en la cual se da inicio al acto administrativo de búsqueda de personas desaparecidas, conforme se encuentra recogido en el extracto de audiencia penal de formulación de cargos de fecha domingo 24 de mayo del 2015, en contra de los ahora sentenciados JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ (fojas 55 a 59). La desaparición de la cónyuge e hijo del demandado, ocurrió con fecha 22 de octubre de 2012, hasta que, luego de una investigación prolija, de más de dos años, en la que se practicaron una serie de diligencias, como: versiones, ampliaciones de versiones a los sentenciados, exámenes de ADN, excavaciones, entre otros, dio como resultado, que con fecha 23 de mayo del 2015, se logró encontrar los cuerpos sepultados en la lavandería de su casa, de la señora BEATRIZ LUZMILA LÓPEZ MEDRANO, y su hijo DAVID ISRAEL NÚÑEZ LÓPEZ. En consecuencia, es lógico suponer que, desde la fecha de la desaparición, hasta la fecha que se encontraron los cuerpos, el demandado PEDRO JOAQUÍN NUÑEZ SAA desconocía que su cónyuge e hijo habían sido asesinados, abrigando la esperanza de encontrarlos con vida, en consecuencia, estaba en ese lapso de tiempo impedido de presentar denuncia de homicidio, mucho menos acusación particular, conforme lo señala el Art. 1011 del Código Civil; a más valor, que ya se había iniciado la intervención de la justicia, teniendo como antecedente la denuncia de fecha 26 de octubre del 2012, presentada por la propia coautora del asesinato ya juzgado. En relación a la problemática jurídica expuesta, tenemos lo siguiente: Que una vez encontrados los cuerpos de su cónyuge e hijo del demandado, hecho ocurrido con fecha 23 de mayo de 2015, en el mismo día se procede a



aprender a los ahora sentenciados JESÚS MOISÉS DELGADO PÉREZ y KARINA FERNANDA TOLEDO LÓPEZ, conforme al parte policial (fojas 43 a 44), por cuanto la investigación había avanzado, en la que, el Fiscal tuvo los elementos de cargo suficiente, para encausarlos, y llevarlos a su juzgamiento, quienes recibieron la ejemplar pena privativa de la libertad de veinticinco años. De tal manera que, al haber iniciado la justicia con la denuncia de desaparición propuesta el 26 de octubre del 2012, que fue la etiología de inicio de la investigación y posterior procesamiento penal, es aplicable lo prescrito en el segundo inciso del Art. 1011 del Código Civil, que expresa: “Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso...no se ha probado la pretendida indignidad acusada a la parte demandada.. [Sic] (El énfasis nos corresponde)

41. Del contenido de la sentencia migrada, resaltan dos premisas en torno a las pretensiones de la parte actora: 1) Que no se ha configurado en el caso, la causal de indignidad del artículo 1011 del Código Civil, por cuanto desde la desaparición de la cónyuge e hijo del demandado, el 22 de octubre de 2012, hasta la fecha en que se encontraron los cuerpos de los hoy occisos, el demandado desconocía que sus familiares habían sido asesinados, por lo que no tenía razón para denunciar o proponer acusación particular sobre el evento de homicidio o asesinato. 2) Que una vez que el demandado tuvo conocimiento del asesinato de su cónyuge e hijo, a haberse encontrado los cuerpos de los occisos el 23 de mayo de 2015, fiscalía capturó de manera inmediata a los ahora sentenciados Jesús Delgado y Karina Toledo, habiéndose iniciado por parte de fiscalía las investigaciones en torno a la desaparición de la señora Beatriz López Medrano y David Núñez Lope, el 26 de octubre de 2012, a partir de la denuncia por desaparición, propuesta por la misma coautora del asesinato de los extintos prenombrados.

42. Tal como ha quedado manifestado en líneas anteriores, para que una resolución se considere motivada, ha de contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos

en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.¹¹

43. El vicio de apariencia motivacional, se configura cuando a primera vista, la resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatención, incongruencia o de incompresibilidad¹².

44. En el caso, la parte recurrente aduce que la sentencia es incongruente, al no enmarcar su análisis en los presupuestos fácticos de su demanda y al no analizar, según considera, que hayan concurrido en el caso los elementos de la indignidad del artículo 1011 del Código Civil.

45. A decir de la Corte Constitucional, la incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.¹³

46. Circunstancias que el sub judice no suceden, pues el fundamento de la decisión de rechazo de la demanda de indignidad, parte del contenido normativo del artículo 1011 del Código Civil, según el cual es indigno para suceder, el que no hubiere acudido a denunciar el homicidio del difunto, cesando la causal de indignidad si la justicia hubiere empezado a tomar procedimiento en el caso en particular. De manera que el tribunal ad quem, no afianza su decisión en la sola preocupación demostrada del demandado por la desaparición de su cónyuge e hijo, sino en la iniciada investigación del ilícito penal por parte de organismo público y en la particularidad de que el demandado suponía que la señora Beatriz López y su hijo David Núñez, se hallaban con vida. En ese sentido, no se determina déficit motivacional en el fallo enervado.

47. El definitiva, la sentencia de apelación es eficiente en su motivación, correlaciona armónicamente cada una de sus premisas con la conclusión adoptada, no se evidencia en ella,

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.

¹² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.

contradicción o incongruencia entre sus afirmaciones, siendo la sentencia completa, suficiente y clara. Al no detectarse vicio en la motivación de la sentencia, se niega el cargo.

7.2. Resolución de los cargos por el caso cinco del artículo 268 del COGEP

48. El caso cinco de casación, regula los vicios in iudicando, producidos por violación directa de normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, a esta causal regula el error de subsunción.

49. Es decir que, recae sobre la pura aplicación del derecho, por violación directa, de manera que independientemente del error en la estimación de los hechos, lo que fija el yerro por esta causal, es la aplicación o interpretación de los presupuestos fácticos al hipotético normativo.

50. En esa línea, la ex Corte Suprema de Justicia, precisaba con respecto a la causal primera de casación, actual caso quinto:

El vicio que la causal primera imputa al fallo es la violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética, abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se puede producir por tres diferentes tipos de infracción, que son: por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto; lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.¹⁴

51. En fin, el caso quinto supone que no hay discusión en cuanto a los hechos que se tiene como probados, sino controversia en la aplicación e interpretación de las normas de derecho con respec-

to a los hechos; lo que se resume en la regulación del ejercicio de subsunción de la situación fáctica al supuesto normativo.

52. En ese sentido, con respecto a la reiterada denuncia de la recurrente, en cuanto a la errónea interpretación del artículo 1011 del Código Civil, por cuanto el tribunal no habría analizado los elementos que determinan la causal de indignidad contenida en la norma descrita, se hace necesario desglosar los presupuestos hipotéticos que la configuran y cuya concurrencia daría lugar a la declaratoria de indignidad, para el ejercicio se cita e contenido de la norma en análisis que reza:

Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.

Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.

Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.

52.1. Así, es indigno de suceder por regla general, aquel mayor de edad que no denuncia el homicidio del causante.

52.2. Pero dicha obligatoriedad se califica a partir de la concurrencia de circunstancias que faciliten al obligado a cumplir con su deber legal de denuncia o acusación de particular.

52.3. La causal de indignidad se extingue cuando la justicia se haya activado

52.4. Se excluyen de este caso de indignidad el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.

53. De la interpretación de la norma ibídem, no se desprende que el tribunal ad quem, haya ido en contra de su espíritu, modificado o restringido su alcance. Por el contrario, al tenerse como hechos ciertos e irrefutables que en un primer momento se denunció la desaparición de la señora Beatriz López y su hijo David Núñez, originándose investigación fiscal, en la que el demandado colaboró y en la que el ministerio público determinó que los desaparecidos estaban muertos al encontrarse sus cuerpos, casi tres años después;

¹⁴ Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

resulta lógico que el tribunal haya concluido que el demandado Pedro Nuñez Saa, no tenía razón para denunciar el asesinato u homicidio de sus cónyuge e hijo, al encontrarse en curso la investigación por su desaparición, cesando así el caso de nulidad demandado, que en definitiva nunca se configuró, por cuanto el señor Pedro Nuñez Saa, no tenía la posibilidad de llegar a determinar desde un inicio que sus familiares habían sido asesinados.

54. Con estas precisiones, no se encuentra que la sentencia recurrida adolezca de vicios por la causal quinta, la sentencia ha efectuado correctamente el ejercicio de subsunción de los presupuestos fácticos con la normas sustantivas relativas a la resolución del caso, por lo tanto, se niega el cargo.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal 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**, por unanimidad, resuelve:

1. Rechazar el recurso de casación planteado por el doctor Eber López Arévalo en su calidad de Procurador judicial de la actora Angela Benilda Medrano Orta,
2. Notifíquese y devuélvase.

f) DR. ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**. DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**. DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)**.

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

Examinada en sede casacional, la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia, se determina que cumple con el requisito de motivación mínima y su decisión de rechazo de la demanda, se adecua al contenido normativo de la causal de indignidad invocada, por lo tanto se confirma la decisión de rechazo de la demanda por improcedente.

