Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXVII

2024

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

Número 10
Serie XIX

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo

Milton Enrique Velásquez Díaz
Patricio Adolfo Secaira Durango
Iván Rodrigo Larco Ortuño
Hipatia Susana Ortiz Vargas

Sala Especializada de lo Contencioso Tributario

Gustavo Adolfo Durango Vela
Gilda Rosana Morales Ordónez
Diego Patricio Gordillo Cevallos

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

Felipe Esteban Córdova Ochoa
Daniella Lisette Camacho Herold
Marco Xavier Rodríguez Ruiz
Mercedes Johanna Caicedo Aldaz
Lauro Javier de la Cadena Correa
Julio César Inga Yanza
Manuel Enrique Cabrera Esequiel

Sala Especializada de lo Civil y Mercantil

Luis Adrián Rojas Calle
David Isaías Jacho Chicaiza
Rita Annabel Bravo Quijano

Sala Especializada de lo Laboral

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

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

David Isaías Jacho Chicaiza
Luis Adrián Rojas Calle
Rita Annabel Bravo Quijano

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

"La Gaceta Judicial constituye una obra colectiva de carácter institucional, coordinada por la Corte Nacional de Justicia, que comprende la compilación, selección y sistematización de fallos, así como el diseño, formato y estructura editorial de la publicación.

La titularidad de los derechos de edición, compilación y explotación del contenido de esta obra se ejerce conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Económica Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y demás normativa aplicable en materia de derechos de autor.

Queda prohibida la reproducción total o parcial, distribución, publicación, modificación o explotación del contenido y formato de esta obra sin la autorización correspondiente, especialmente con fines comerciales, conforme la normativa vigente".

Colaboradores:
Johana Aguirre-Dirección de Asesoría Jurídica
Belén Velecela-Presidencia CNJ
Gema Novoa-Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
Dina Lima-Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
Edison Villacis-Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo

Diagramación
Santiago González Muñoz-Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo

Edición:
Johana Aguirre-Dirección de Asesoría Jurídica
Santiago Aráuz Rios-Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo

GACETA JUDICIAL

ISSN: 1390-2369
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:
Julio-2026

PRESENTACIÓN

El derecho, en su condición de fenómeno vivo y reflejo ineludible de la evolución social, exige de sus operadores un esfuerzo constante de interpretación, análisis y sistematización. Bajo esta premisa fundamental, me complace presentar esta Gaceta Judicial número 10, un espacio concebido no solo como un registro de la práctica de las diferentes Salas de esta Alta Corte, sino como un foro dinámico para la reflexión jurídica de vanguardia. En un entorno globalizado y digitalizado, donde las relaciones humanas y comerciales se transforman a un ritmo sin precedentes, la jurisprudencia debe actuar como un faro de certeza y predictibilidad, garantizando el principio de seguridad jurídica que sostiene a todo Estado de derecho.

La Gaceta Judicial -históricamente- ha sido considerada como una herramienta utilitaria para el ejercicio profesional diario, pero también un documento de consulta obligatoria para la investigación científica del derecho. Entendemos que la jurisprudencia no es mera acumulación de fallos, sino la decantación del pensamiento jurídico aplicado a la resolución de conflictos reales.

La presente edición -en un primer momento- incorpora varias Resoluciones con fuerza de ley y Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios fundamentados en fallos de triple reiteración en materia contenciosa administrativa y tributaria, penal y laboral, tratando de solventar algunas de las problemáticas actuales que enfrentan los jueces, litigantes y académicos en las aulas y en los estrados.

Posteriormente, constan en este ejemplar los fallos más relevantes que cada Sala Especializada ha seleccionado, considerando que contribuirán de manera significativa a despejar las dudas de todo el colectivo jurídico.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo desarrolla en sus fallos la motivación del acto administrativo, la indebida acumulación de pretensiones, la incompatibilidad entre la nulidad y la resolución de un contrato y, la responsabilidad objetiva del Estado. A la vez, analiza principios y derechos como el de contradicción. Por su parte, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, examina la incongruencia en la determinación de glosas tributarias y la exención tributaria condicionada al principio de reciprocidad y su interpretación literal.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado aborda en sus sentencias temáticas que versan sobre los delitos de abuso sexual, lavado de activos, uso de documento falso y prevaricato. Pero también analiza aspectos doctrinarios como el error de tipo invencible, la improcedencia del recurso de casación por falta de fundamentación del error de derecho y la retractación de las víctimas en sede de casación cuando se trata de delitos sexuales.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, nos recuerda los requisitos indispensables para la procedencia de la acción por daño moral, estableciendo que para su justificación no se requiere prueba directa de su existencia. Asimismo, determina los requisitos esenciales de la acción reivindicatoria y elementos sustanciales que configuran el litisconsorcio según la doctrina. Además, nos recuerda la prohibición de revaloración probatoria en sede casacional.

La Sala Especializada de lo Laboral esclarece aspectos importantes sobre la solidaridad determinando la improcedencia de aplicar las normas del Código Civil cuando la responsabilidad solidaria se encuentra regulada por el Código de Trabajo. También estudia el principio de primacía de la realidad frente a contratos civiles simulados, vacaciones no gozadas y el cómputo del plazo para la prescripción del visto bueno.

Finalmente, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores incorpora tópicos novedosos respecto de la unión de hecho y la declaración de paternidad post mortem, así como la reproducción asistida con un donante, determinando la improcedencia de la impugnación de paternidad cuando existe consentimiento previo de los cónyuges para efectuar dicho procedimiento.

Por consiguiente, invito a nuestros lectores -abogados, jueces, estudiantes y ciudadanía en general- a adentrarse en estas páginas con un espíritu crítico y propositivo. La Gaceta Judicial no pretende clausurar los debates, sino inaugurarlos; no busca imponer verdades absolutas, sino ofrecer argumentos sólidos que enriquezcan la deliberación. Confiamos en que las reflexiones aquí plasmadas se traduzcan en una mejor práctica profesional y, en última instancia, en una justicia más pronta, cumplida y equitativa para todos los miembros de la colectividad.

Dr. Marco Rodríguez Ruiz
Presidente (E) Corte Nacional de Justicia

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES DEL PLENO		
Resoluciones Generales y Obligatorias		
R: 08-2024 F: 15/05/2024	Jurisprudencia obligatoria: Multas en contratación pública y oportunidad de su imposición.	5815
R: 09-2024 F: 05/06/2024	Jurisprudencia obligatoria: Prescripción de la potestad disciplinaria y cómputo de su plazo.	5819
R: 10-2024 F: 05/06/2024	Jurisprudencia obligatoria: Efectos de la nulidad del acto administrativo de compra de renuncia obligatoria.	5822
R: 11-2024 F: 19/06/2024	Resolución reformatoria: Interpretación prejudicial andina y consulta obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.	5825
R: 12-2024 F: 03/07/2024	Jurisprudencia obligatoria: Ineficacia de la responsabilidad por representación ante falta de motivación del acto determinado.	5829
R: 13-2024 F: 24/07/2024	Jurisprudencia obligatoria: Plazo perentorio y caducidad de la potestad sancionadora de la Contraloría General del Estado.	5833
R: 14-2024 F: 21/08/2024	Jurisprudencia obligatoria: Responsabilidad personal de funcionarios públicos y acción de repetición.	5838
R: 15-2024 F: 21/08/2024	Jurisprudencia obligatoria: Atenuantes y agravantes en la individualización de la pena.	5842
R: 16-2024 F: 04/09/2024	Resolución general y obligatoria: Caducidad de potestades públicas y su tratamiento como asunto de puro derecho.	5847
R: 17-2024 F: 18/09/2024	Jurisprudencia obligatoria: Seguridad Jurídica y exoneración del impuesto a la renta para usuarios de zonas francas.	5851
R: 18-2024 F: 02/10/2024	Jurisprudencia obligatoria: Revisión Judicial del acta de finiquito cuando existan cuestionamientos sobre su contenido.	5856
R: 19-2024 F: 02/10/2024	Jurisprudencia obligatoria: Aplicación del artículo 216 del Código del Trabajo para la pensión jubilar en los GAD.	5860
R: 20-2024 F: 23/10/2024	Jurisprudencia obligatoria: Autonomía del delito de lavado de activos y suficiencia de la prueba indiciaria.	5863
R: 21-2024 F: 23/10/2024	Jurisprudencia obligatoria: Devolución de valores recaudados por salvaguardas no autorizadas por la Comunidad Andina.	5869

PRESIDENCIA		
Sentencias de Extradición		
R: 34-2024 F: 20/09/2024	Extradición pasiva solicitada por la República de China.	5877

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. J: 17811-2019-01266	Motivación del acto administrativo lesivo y técnicas de estructuración del recurso de casación en materia contenciosa administrativa.- Convocatoria para conjueces para mayoría absoluta de la Sala.	5891
II. J: 09802-2021-00636	Indebida acumulación de pretensiones en el proceso contencioso administrativo. Incompatibilidad entre la nulidad de la terminación unilateral y la resolución del contrato.	5922
III. J: 17811-2019-00289	Inexistencia de vulneración del principio de contradicción.	5945
IV. J: 01803-2019-00183	Responsabilidad objetiva del Estado por deficiente atención médica. Omisión de intervención quirúrgica urgente en hospital del IESS y vulneración del derecho a la salud.	5954

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. J: 17510-2021-00499	Aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del Código Tributario, vinculado a la falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP.	5977
II. J: 17510-2020-00067	Falta de motivación e incongruencia en la determinación de glosas tributarias.	5985
III. J: 17510-2021-00269	Exención tributaria condicionada al principio de reciprocidad y su interpretación literal.	6001

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

I. J: 04571-2022-00125	Abuso sexual: Error en la subsunción del verbo rector del art. 170 COIP al absolver al procesado pese a la existencia de hechos típicos.	6011
II. J: 17100-2018-00018	Motivación e inferencia indiciaria en el delito de lavado de activos.	6027
III. J: 15281-2022-00303	Error de tipo invencible y garantía de motivación: Improcedencia del recurso de casación cuando se pretende revalorar la prueba.	6048

IV. J: 11282-2020-03086	Uso de documento falso: Relevancia jurídica de la copia fotostática cuando simula un documento auténtico.	6059
V. J: 13100-2021-00001	Prevaricato y límites de la facultad del juez de garantías penitenciarias en la fase de ejecución de la pena.	6071
VI J: 08256-2019-00205	Improcedencia del recurso de casación por falta de fundamentación del error de derecho.	6100
VII J: 13572-2020-00331	Improcedencia de la retractación de la víctima en sede de casación en delitos sexuales.	6117

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. J: 17230-2020-13958	Prescripción extintiva y obligación natural: Subsistencia, efectos jurídicos y ausencia de declaración judicial.	6133
II. J: 17322-2017-00332	Recurso de casación: Prohibición de revaloración probatoria en sede casacional.	6141
III. J: 07307-2018-00338	Reivindicación y litisconsorcio: Improcedencia del recurso por fundamentación abstracta.	6163

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

I. J: 17371-2019-04127	Solidaridad laboral: Improcedencia de aplicar normas del Código Civil cuando la responsabilidad solidaria se encuentra regulada por el Código del Trabajo.	6191
II. J: 09359-2021-00811	Relación laboral y principio de primacía de la realidad frente a contratos civiles simulados.	6199
III. J: 09359-2021-00570	Vacaciones no gozadas: Los días de descanso establecidos en el régimen laboral del trabajador no pueden considerarse vacaciones.	6221
IV. J: 23331-2021-02922	Visto bueno solicitado por el empleador: Prescripción y cómputo del plazo.	6232

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

I. J: 09969-2020-00242	Unión de hecho post mortem: Improcedencia cuando no se fundamenta técnicamente la errónea interpretación de la norma.	6243
II. J: 17204-2020-01987	Reproducción asistida con donante: Improcedencia de la impugnación de paternidad cuando existe consentimiento previo.	6261
III. J: 01658-2022-00240	Declaratoria de paternidad post mortem: Valor probatorio del examen de ADN y derecho a la identidad.	6277

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

RESOLUCIONES DEL PLENO CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 08-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, 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.

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.

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. Que el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Que el artículo 135 del Código Orgánico Administrativo señala que la Administración Pública realiza la dirección del procedimiento administrativo en ejercicio de las competencias que se le atribuyan en el ordenamiento jurídico.

Que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina los principios aplicables al ámbito de la contratación pública, entre los cuales destaca el principio de oportunidad.

Que el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala: En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de quince (15) días. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato. Las multas para la entidad contratante cumplirán estrictamente lo que establece esta Ley, además de las cláusulas contractuales, específicamente sobre las características de las prendas, las fechas de entrega y el plazo máximo de pago luego de haber recibido la obra, de conformidad con los plazos considerados para pagar la totalidad, establecidos en la Ley Orgánica de Pagos en Plazos Justos. En caso de incurrir en este incumplimiento se aplicará lo establecido en el artículo 101 de esta Ley. El Servicio Nacional de Contratación Pública establecerá mecanismos electrónicos para la recepción de denuncias que versen sobre el incumplimiento de los requisitos mínimos contractuales, para lo cual intervendrá en el ámbito de sus competencias como ente de control. Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

Que el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece en sus artículos 292 y 293 los procedimientos para la imposición de las multas durante la ejecución contractual.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia se ha referido en reiteradas ocasiones sobre la relación entre nulidad e ilegalidad, concluyendo que:

> "[…] En consecuencia se puede afirmar que un acto nulo siempre llevaría implícito la ilegalidad del mismo, pero no viceversa, por cuanto un acto ilegal no necesariamente será nulo, a menos que se verifique la ocurrencia de un vicio grave […]" [1]

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 sentencias que se detallan a continuación:

a) **Juicio No. 01803-2018-00076 (Resolución 544-2021),** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 7 de julio de 2021, las 16h25, emitida por los Jueces Nacionales doctores Milton Velásquez Díaz (ponente), Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango.

b) **Juicio No. 01803-2018-00402 (Resolución 730-2022),** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 19 de julio de 2022, las 16h56, emitida por los Jueces Nacionales doctores Milton Velásquez Díaz (ponente), Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido.

c) **Juicio No. 17811-2018-01410 (Resolución 1225-2023),** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 15 de diciembre de 2023, las 15h12, emitida por los Jueces Nacionales doctores Milton Velásquez Díaz (ponente), Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

[1] Sentencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso de Casación No. 554-2006, de 11 de junio de 2012.

Que en los casos precitados, la Administración impuso las multas cuando se llevó a cabo la terminación unilateral del contrato (Resoluciones Nos. 730-2022 y 1225-2023) y una vez que la entidad fue citada con la demanda, en la cual se pretendía la terminación del contrato (Resolución No. 544-2021).

Que, en razón de ello, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente Línea Argumental Común:

a) Las multas por retraso o incumplimiento de las obligaciones contractuales, conforme el artículo 71 de la LOSNCP, no responden al ejercicio de una potestad administrativa sancionadora en sentido estricto, sino al ejercicio de una facultad de coerción para la correcta ejecución del contrato. Lo cual involucra que la Administración tiene a su disposición la potestad coercitiva, que le permite, sin terminar el contrato, impulsar al contratista a corregir su conducta y cumplir con sus obligaciones, a fin de que el interés público se vea beneficiado por medio de la ejecución del objeto contractual.

b) En similar sentido se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en ejercicio de su facultad consultora, al indicar que: *"La aplicación de las sanciones en materia contractual, en definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad. En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones"* (OF. PGE. No. 09269 de 8 de agosto de 2012, contenido en: Procuraduría General del Estado. Boletín Jurídico No 9. Julio a Diciembre 2012. Pág. 136).

c) En este orden, si bien la determinación de penalidades no está sujeta a plazos de caducidad del procedimiento, sin embargo, ello no implica que el ejercicio de esta facultad coercitiva se mantenga indefinida en el tiempo. Así, el propio artículo 71 de la LOSNCP, establece que se determinarán las multas por *"cada día de retardo"*, bajo la finalidad de presionar el cumplimiento del contrato. Ello puesto que es irrazonable que las penalidades se impongan en un lapso ampliamente distante a la fecha del incumplimiento de las obligaciones.

d) Bajo esta línea, la ejecución razonable de este tipo de multas, requiere: (i) una detección oportuna del retraso o incumplimiento por parte de la Administración pública y (ii) la determinación inmediata de la sanción mediante su facultad coercitiva, puesto que su finalidad es que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual, en atención al principio de conservación del contrato administrativo.

e) Por ello, en todos los casos, la Sala Especializada concluyó que la Administración Pública impuso de manera inoportuna las multas, sin observar su finalidad, es decir, impulsar el cumplimiento del contrato. Ello, en concordancia con lo establecido en el artículo 71 LOSNCP, que prevé que en los contratos públicos obligatoriamente se estipularán cláusulas de multas, mismas que se impondrán por el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales; las cuales se determinarán por cada día de retraso, y se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones pendientes.

En uso de la atribución prevista en los artículos 180 y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

"Las multas a las que se refiere el inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obedecen al ejercicio de la facultad coercitiva de la

administración pública, cuyo fin es que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual acusado durante la ejecución. Su detección e imposición debe ser oportuna, razón por la cual, hacerlo de manera paralela a la terminación unilateral del contrato o posterior a ella acarrearía su ilegalidad."

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 quince días del mes de mayo del año dos mil veinticuatro.

Lectura de fácil comprensión

El precedente jurisprudencial refiere a que las multas provenientes de la ejecución de un contrato administrativo deben imponerse oportunamente, pues su finalidad es impulsar el cumplimiento del contrato, por lo que sería ilegal si se impusieran, por ejemplo, al momento de decidir la terminación unilateral del contrato, en la liquidación del mismo o etapas posteriores.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dra. Liz Barrera Espín, Dra. Gabriela Mier Ortiz, Dr. Manuel Cabrera Esquivel, Dr. Marco Rodríguez Mongón, Dr. Diego Gordillo Cevallos, **CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES**. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 09-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.";

Que el artículo 185 de la Constitución de la República determina: *"Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.*

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.";

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: *"2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración;";*

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

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

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

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

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de

Justicia, cuyo objeto es *"[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios.";*

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: *"El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior.*

En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley.";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es *"[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.";*

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a. Resolución No. 0716-2022 de 18 de julio de 2022, emitida en el proceso No. 17811-2018-00615 por los Jueces Nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

b. Resolución No. 0390-2023 de 13 de abril de 2023, emitida en el proceso No. 17811-2018-00165 por los Jueces Nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

c. Resolución No. 0625-2023 de 15 de junio de 2023, emitida en el proceso No. 09802-2019-00763 por los Jueces Nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido.

d. Resolución No. 0913-2023 de 15 de septiembre de 2023, emitida en el proceso No. 01803-2020-00265 por los Jueces Nacionales Patricio Secaira Durango (p), Milton Velásquez Díaz y Conjuez Nacional Bayardo Espinoza Brito (voto salvado); y,

e. **Resolución No. 0170-2024** de 12 de marzo de 2024, emitida en el proceso No. 17811-2013-0848 por los Jueces Nacionales Patricio Secaira Durango (p), Iván Larco Ortuño y Milton Velásquez Díaz.

Que en las sentencias analizadas se trata el siguiente punto de derecho: ¿Cómo debe interpretarse la frase "autoridad que tuvo conocimiento" dentro del inciso segundo del artículo 92 de la LOSEP?;
Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha analizado la norma señalada, concluyendo que el concepto "autoridad" no debe ser interpretado como autoridad nominadora que tiene la potestad sancionadora, ni tampoco como alguna otra autoridad en específico, sino a toda autoridad de la entidad que esté en la posibilidad de apreciar, a priori, la existencia de una posible infracción disciplinaria.

Que en este sentido, la Sala Especializada ha concluido que una interpretación contraria a la antes señalada, sería contraria al derecho a la seguridad jurídica y al principio de favorabilidad en la interpretación de los derechos.

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio respecto a que la contabilización del término de noventa días para que opere la prescripción para imponer sanciones disciplinarias, previsto en el inciso segundo del artículo 92 de la LOSEP, debe contarse desde que cualquier autoridad de la entidad pública haya conocido el cometimiento de una presunta infracción administrativa.

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

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

El término de noventa días para que opere la prescripción para imponer sanciones disciplinarias, previsto en el inciso segundo del artículo 92 de la LOSEP, debe contarse desde que cualquier autoridad de la entidad pública haya conocido el cometimiento de una presunta infracción disciplinaria.

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.

DISPOSICION GENERAL

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 cinco días del mes de junio del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUECES Y JUEZAS NACIONALES**; Dr. Carlos Pazos Medina, **CONJUEZ NACIONAL**. Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 10-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente. Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada";

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo

establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0091-2023** de 31 de enero de 2023, emitida en el proceso No. 13801-2015-00499 por los Jueces Nacionales Milton Velásquez Díaz, ponente, Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido;

b) **Resolución No. 0802-2023** de 28 de julio de 2023, emitida en el proceso No. 17811-2019-01072 por los Jueces Nacionales Iván Larco Ortuño, ponente, Milton Velásquez Díaz y Fabián Racines Garrido;

c) **Resolución No. 1031-2023** de 10 de octubre de 2023, emitida en el proceso No. 17741-2015-1328 por los Jueces Nacionales Iván Larco Ortuño, ponente, Patricio Secaira Durango y Milton Velásquez Díaz;

d) **Resolución No. 1218-202**3 de 5 de diciembre de 2023, emitida en el proceso No. 13801-2014-0157 por los Jueces Nacionales Milton Velásquez Díaz, ponente, Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango;

e) **Resolución No. 1236-2023** de 15 de diciembre de 2023, emitida en el proceso No. 13801-2015-00373 por los Jueces Nacionales Milton Velasquez Díaz, ponente, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño;

f) **Resolución No. 0047-2024** de 18 de enero de 2024, emitida en el proceso No. 13801-2012-0351 por los Jueces Nacionales Fabián Racines Garrido, ponente, Iván Larco Ortuño y Milton Velásquez Díaz.

Que en las sentencias señaladas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado sobre la consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos

administrativos emitidos para la cesación de funciones de servidores públicos por compra de renuncia obligatoria con indemnización, a propósito de la sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador. En las mencionadas sentencias, la Sala enfatizó que la declaratoria de nulidad del acto administrativo implica que los servidores públicos que fueron cesados de sus funciones por la compra de renuncia obligatoria sean restituidos al mismo estado en el que se encontraban antes de su desvinculación, a modo de reintegro al sector público, como si nunca hubieran dejado de prestar sus servicios. De este modo, debido a la declaratoria de nulidad, corresponde el pago de las remuneraciones dejadas de percibir más los beneficios legales, y la devolución del monto recibido por concepto de indemnización por la compra de renuncia obligatoria.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha especificado que la disposición de no devolución del monto recibido como indemnización por la compra de renuncia obligatoria, contenida en la sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador, atiende específicamente a los casos de reingreso al sector público, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica de Servicio Público; mas no al reintegro, que se dispone como una medida de reparación cuando la autoridad judicial ha declarado la nulidad del acto administrativo.

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUELVE:

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

> *La declaratoria de nulidad del acto administrativo que cesa en funciones a un servidor público por la figura de compra de renuncia obligatoria, en aplicación de la sentencia constitucional No. 26-18-IN/20 y acumulados, implica que se retrotraen las cosas al estado anterior, razón por la cual tendrá entre sus efectos el reintegro a su puesto de trabajo, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; y, a su vez, el servidor público deberá devolver el valor total correspondiente a la indemnización por compra de renuncia obligatoria, rubro que se descontará del valor a cancelar por la entidad pública.*

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

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 cinco días del mes de junio del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUECES Y JUEZAS NACIONALES**; Dr. Carlos Pazos Medina, **CONJUEZ NACIONAL.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 11-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que sobre la integración latinoamericana, el artículo 423 de la Constitución de la República establece que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado, en todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá, entre otros aspectos, a favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

Que el artículo 425 de la Norma Suprema, dispone que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Que el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, 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".*

Que el artículo 549 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, establece la competencia en materia de propiedad intelectual al indicar: *"Los actos administrativos de la Autoridad Nacional Competente en materia de derechos intelectuales son susceptibles de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa, para lo cual no será necesario agotar la vía administrativa. Las demás acciones se tramitarán en la jurisdicción civil o penal de conformidad con la competencia prevista en el ordenamiento jurídico".* Que el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con la finalidad de resguardar la aplicación uniforme y coherente de las normas del ordenamiento jurídico comunitario entre los Países Miembros.

Que la interpretación prejudicial es considerada como un medio de colaboración jurídica entre los jueces nacionales de los países miembros y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a la aplicación y entendimiento de la normativa andina comunitaria, dicha interpretación prejudicial ocurre en los casos en que el juez nacional deba aplicar directamente una norma comunitaria, controvertida en la causa; no constituye, por tanto, pérdida de la soberanía jurisdiccional interna, sino como se señaló, la intención es la cooperación jurídica para efectos de aplicar la normativa andina, cuyo propósito final constituye la uniformidad en la interpretación del derecho comunitario.

Que las disposiciones legales que regulan el procedimiento, forma y alcance del mecanismo de interpretación prejudicial que le compete al organismo jurisdiccional andino, se encuentran comprendidas

tanto en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Que el artículo 33 de la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que:

> *"Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.*
>
> *En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal."*

Que el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el Juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

Que la aplicación del procedimiento jurisdiccional de interpretación prejudicial respecto a normas de la Comunidad Andina se encuentra en plena vigencia en el ordenamiento jurídico. En tal virtud, en el desarrollo de las causas que se requiera dicha consulta, la misma deberá remitirse a lo establecido en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual en los casos de **interpretación prejudicial de carácter obligatorio** conlleva la suspensión del proceso judicial interno hasta obtener el pronunciamiento del Tribunal Andino.

Que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia aprobó la Resolución No. 14-2017, el 7 de junio de 2017, la cual determinó la fase procesal en la que debe sustanciarse la interpretación prejudicial dentro de los procesos ordinarios contencioso administrativos indicando lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO ÚNICO.- Procedimiento de interpretación prejudicial.-*** *En los procesos ordinarios contencioso administrativos dentro de los cuales el juzgador, en uso de sus facultades, considere que se deba aplicar una norma perteneciente al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al finalizar la audiencia preliminar prevista en el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos resolverá elevar en consulta de forma inmediata, la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual constará en la resolución respectiva.*
>
> *La interposición de la consulta según lo dispone el artículo 124 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina suspenderá el proceso hasta obtener el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia.*
>
> *El término previsto para la realización de la audiencia de juicio establecido en el artículo 297 del Código Orgánico General de Procesos empezará a decurrir a partir del día siguiente de la recepción del pronunciamiento de interpretación prejudicial.*
>
> *En la audiencia de juicio, el juez al dictar sentencia está obligado a adoptar la interpretación del Tribunal Andino de Justicia, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que tiene efecto vinculante".*

Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reconoció que la doctrina interpretativa del acto aclarado es plenamente compatible con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 33 del Tratado

de la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y el artículo 123 de su Estatuto, antes mencionados, mediante las sentencias de interpretación prejudicial emitidas en los procesos: 145-IP-2022; 261-IP-2022; 350-IP-2022; y, 391-IP-2022 (publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 5146 y 5147 de 13 de marzo de 2023).

Ante lo cual, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 5241, publicada en Lima el 10 de julio de 2023, aprobó la Nota informativa mediante el Acuerdo 06-2023-TJCA, sobre la Guía para la aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado, respecto de las solicitudes de interpretación prejudicial, indicando:

> *"…En las citadas sentencias, el Tribunal interpretó el contenido y alcance de la obligación de formular una consulta prejudicial y concluyó Que en aquellos casos en los que el juez nacional de única o última instancia tenga que resolver una controversia, en la que deba aplicar o se discuta una o más normas del ordenamiento jurídico comunitario andino , no estará obligado a solicitar una nueva interpretación prejudicial al TJCA, si es que esta corte internacional ya ha interpretado tal o tales normas con anterioridad, en una o más interpretaciones prejudiciales publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena…"*

Que la aplicación del criterio jurídico interpretativo de la doctrina del acto aclarado, no ha eliminado el deber de solicitar esta interpretación prejudicial, sino ha flexibilizado su obligatoriedad, en aplicación del principio de economía procesal.

Que el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estableció en dicha Guía, la obligatoriedad de formular esta consulta prejudicial, conforme a ciertos presupuestos.

Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sugiere que el juez nacional de los Países Miembros de la subregión andina analice y consigne en su actuación judicial, la evaluación de estos cuatro supuestos. Siendo Que al cumplirse, flexibilizan la obligatoriedad de solicitud de una interpretación prejudicial; y,

En ejercicio de la atribución que el confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Artículo 1.- Reformar la Resolución No. 14-2017 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 7 de junio de 2017, agregando a continuación del ARTÍCULO ÚNICO un artículo innumerado que diga:

"Artículo. …- En aplicación del criterio jurídico interpretativo del acto aclarado, reconocido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la autoridad judicial competente solicitará la interpretación prejudicial solamente en los siguientes casos:

a) Cuando no existe una interpretación prejudicial previamente emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la solicitud de interpretación prejudicial será obligatoria y ameritará la suspensión del proceso interno.

Esto incluye los casos en los que la norma andina ha sido objeto de modificación y no ha habido una interpretación prejudicial respecto de la norma modificada.

b) Será obligatorio solicitar la interpretación prejudicial cuando, a pesar de que unas normas andinas ya han sido interpretadas, otras que deben aplicarse al caso no lo han sido. En el caso específico, la autoridad judicial consultante deberá solicitar la interpretación prejudicial respecto de las normas andinas que aún no han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

c) Si a pesar de contar con una interpretación prejudicial previa respecto de la norma andina en cuestión, la autoridad judicial consultante considera imperativo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precise, amplíe o modifique el criterio jurídico interpretativo contenido en la mencionada interpretación prejudicial. Por lo Que deberá solicitar la interpretación prejudicial, explicando las razones por las cuales considera que la interpretación encontrada no resulte clara, las circunstancias a tener en cuenta para que la interpretación relacionada sea ampliada, o los argumentos que sustenten la necesidad de modificación de la línea jurisprudencial resuelta a través de la interpretación prejudicial del tema concreto.

d) En los casos en los que a pesar de haberse encontrado una interpretación prejudicial relevante para el caso concreto, la autoridad judicial consultante advierte cuestionamientos insoslayables sobre situaciones hipotéticas Que en abstracto, se desprenden o están vinculadas con la referida norma andina; se deberá presentar la solicitud de interpretación prejudicial para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina aclare los cuestionamientos puntuales hipotéticos y abstractos sobre la interpretación determinada. Lo que permitirá a la o el juez resolver con mayor precisión e idoneidad la controversia del proceso jurisdiccional, siempre y cuando no hubiera sido materia de pronunciamiento resuelta con anterioridad por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en las consultas existentes.

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

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 junio del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas **(VOTO EN CONTRA)**, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dr. Manuel Cabrera Esquivel, Dra. Katty Muñoz Vaca, **CONJUEZ Y CONJUEZA NACIONALES**. Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 12-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código Ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

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

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que los literales a, b, c, d y h del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República señalan: "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: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra [...]";

Que el artículo 26 del Código Tributario señala: "Responsable es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a este. Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de este de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria y según el procedimiento previsto en el Código Orgánico General de Procesos";

Que el numeral 2 del artículo 27 del Código Tributario determina: "Para los efectos tributarios son responsables por representación [...]: 2. Los directores, presidentes, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida. [...] La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión";

Que el numeral 6 del artículo 103 del Código Ibídem dispone: "Son deberes sustanciales de la administración tributaria: [...] 6. Notificar los actos y las resoluciones que expida, en el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley, a los sujetos pasivos de la obligación tributaria y a los afectados con ella";

Que el artículo 85 del Código Tributario dispone: "Todo acto administrativo relacionado con la determinación de la obligación tributaria, así como las resoluciones que dicten las autoridades respectivas, se notificará a los peticionarios o reclamantes y a quienes puedan resultar directamente afectados por esas decisiones, con arreglo a los preceptos de este Código. El acto de que se trate no será eficaz respecto de quien no se hubiere efectuado la notificación";

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0028-2021** de 29 de julio de 2021, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 11803-2015-0028, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Gustavo Durango Vela, ponente, José Suing Nagua y Fernando Antonio Cohn Zurita;

b) **Resolución No. 0492-2022** de 28 de julio de 2022, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 17510-2018-00451, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales José Suing Nagua, ponente, Gustavo Durango Vela y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez;

c) **Resolución No. 0609-2022** de 28 de septiembre de 2022, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 17510-2019-00228, suscrita por el tribunal conformado por la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez, ponente, y los jueces nacionales Gustavo Durango Vela y José Suing Nagua;

d) **Resolución No. 0674-2023** de 25 de octubre de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 09501-2021-00327, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Fernando Cohn Zurita, ponente, Gustavo Durango Vela y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez; y,

e) **Resolución No. 0041-2024** de 29 de enero de 2024, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 09501-2019-00384, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Gustavo Durango Vela, ponente, José Suing Nagua y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez.

Que en las sentencias analizadas se trata el siguiente punto de derecho: ¿Se puede perseguir en coactiva el cobro a un responsable por representación, de una obligación derivada de un trámite de determinación tributaria que se siguió exclusivamente respecto del contribuyente?;

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio respecto a la ineficacia de la vinculación de los responsables por representación en el procedimiento de coactiva cuando estos no hubieren sido notificados con los actos administrativos de determinación, cuyo cobro se persigue a través del mencionado procedimiento administrativo;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

"No será eficaz el acto ni jurídicamente viable la vinculación en el procedimiento administrativo de ejecución, respecto de los responsables por representación (solidario), cuando se hubiera omitido la

notificación a ellos de los actos administrativos de determinación cuyo cobro se persigue, toda vez que se violenta el debido proceso, en la garantía del derecho a la defensa".

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

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 tres días del mes de julio del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dra. Ximena Velasteguí Ayala, Dr. Marco Rodríguez Mongón, **CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES**. Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 13-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 185 de la Constitución de la República determina: *"Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.*

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala";

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: *"2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";*

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

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

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

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

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional

de Justicia, cuyo objeto es *"[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios.";*

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: *"El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior.*

En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley.";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] *establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.";*

Que el artículo 76 de la Constitución de la República consagra el derecho al debido proceso en todos los procesos administrativos y judiciales;

Que el artículo 82 de la Constitución de la República señala: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.";

Que el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) determina:

"Las sanciones de destitución o de multa, o ambas conjuntamente, las ejecutará la correspondiente autoridad nominadora de la institución del Estado, de la que dependa el servidor, a requerimiento y por resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. Dicha autoridad informará mensualmente a la Contraloría General del Estado sobre la ejecución de las sanciones y, en su caso, de la recaudación de las multas.

Las sanciones serán impuestas y ejecutadas por la Contraloría General del Estado cuando la indicada autoridad haya dejado de hacerlo, o cuando se hubieren constituido en sujetos pasivos de la sanción, o cuando deba imponérselas a personas de derecho privado o a terceros.

La Contraloría General del Estado, antes de imponer la sanción de destitución, notificará al implicado sobre la desviación detectada, concediéndole el plazo improrrogable de hasta treinta días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo, el Contralor General o los funcionarios de la Contraloría General competentes para hacerlo, emitirán su resolución dentro del plazo de sesenta días.

Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora.";

Que el literal a) del artículo 56 del Reglamento General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala: ***"Art. 56.- Proceso de la determinación de responsabilidades.-*** *De conformidad con lo dispuesto en la ley, en el proceso de determinación de responsabilidades, se procederá de la siguiente manera: a. Para las sanciones de destitución o de multa o de ambas a la vez será notificado el empleado sobre la o las desviaciones detectadas; habrá el plazo improrrogable de hasta 30 días, para que ejerza su defensa; la Contraloría establecerá su resolución dentro del plazo de 60 días y el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días contados desde el día siguiente al de la notificación con la resolución que hubiere desechado la impugnación y confirmado la sanción de destitución o de multa o de ambas a la vez, conforme lo previsto en el artículo 49 que concuerda,*

en cuanto a la ejecutoria de las resoluciones, con el artículo 58 y con el inciso tercero del artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [...]";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a los siguientes puntos de derecho: ¿El plazo establecido en el inciso tercero del artículo 48 de la LOCGE, en concordancia con el literal a) del artículo 56 del Reglamento General a la LOCGE, es un plazo perentorio? y ¿Es este plazo aplicable también para los procedimientos administrativos de determinación de multas?, en las sentencias que se detallan a continuación:

a. Resolución No. 105-2021 de 1 de febrero de 2021, emitida dentro del proceso judicial No. 09802-2018-00358, por los jueces nacionales Iván Larco Ortuño (p), Patricio Secaira Durango y Javier Cordero López;

b. Resolución No. 419-2021 de 02 de junio de 2021, emitida dentro del proceso judicial No. 17811-2018-00804 por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño;

c. Resolución No. 427-2021 de 02 de junio de 2021, emitida dentro del proceso judicial No. 13802-2017-00422 por los jueces nacionales Iván Larco Ortuño (p), Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido;

d. Resolución No. 487-2021 de 16 de junio de 2021, emitida dentro del proceso judicial No. 17811-2018-00553 por los jueces nacionales Fabian Racines Garrido (p), Iván Larco Ortuño y Milton Velásquez Díaz;

e. Resolución No. 963-2021 de 13 de diciembre de 2021, emitida dentro del juicio No. 01803-2019-00038 por los jueces nacionales Iván Larco Ortuño (p), Patricio Secaira Durango y Milton Velásquez Díaz;

f. Resolución No. 420-2022 de 25 de abril de 2022, emitida dentro del juicio No. 17811-2017-00531 por los jueces nacionales Patricio Secaira Durango (p), Iván Larco Ortuño y Milton Velásquez Díaz;

g. Resolución No. 714-2022 de 15 de julio de 2022, emitida dentro del juicio No. 13802-2017-00425 por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Iván Larco Ortuño y Fabián Racines Garrido;

h. Resolución No. 096-2023 de 31 de enero de 2023, emitida dentro del juicio No. 13802-2019-00101 por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Iván Larco Ortuño y Fabián Racines Garrido;

i. Resolución No. 324-2023 de 20 de marzo de 2023, emitida dentro del juicio No. 17811-2019-01667 por los jueces Milton Velásquez Díaz (p), Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango;

j. Resolución No. 553-2023 de 24 de mayo de 2023, emitida dentro del juicio No. 13802-2019-00124 por los jueces nacionales Fabián Racines Garrido (p), Milton Velásquez Díaz y Patricio Secaira Durango; y,

k. Resolución No. 778-2023 de 25 de julio de 2023, emitida dentro del juicio No. 09802-2021-0376 por los jueces nacionales Fabián Racines Garrido (p), Milton Velásquez Díaz y Patricio Secaira Durango.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia determinó que el plazo establecido en el tercer inciso del artículo 48 de la LOCGE es aplicable tanto para las sanciones de destitución como las de multa, toda vez que al tratarse de un procedimiento homogéneo, no podría tener reglas diferentes dependiendo del tipo de sanción;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo consideró que los procedimientos sancionadores deben contar con un plazo obligatorio y perentorio, puesto que se debe salvaguardar el principio de seguridad jurídica, por lo que no puede darse una situación de incertidumbre jurídica prolongada al administrado;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo analizó que la norma señalada, concluyendo que el plazo establecido en el tercer inciso del artículo 48 de la LOCGE es perentorio, por lo que su inobservancia acarrea la nulidad del acto administrativo;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo razonó que el inciso tercero del artículo 48 es aplicable tanto para la sanción de destitución como para la de multa;

Que en este sentido, la Sala Especializada concluyó Que una interpretación contraria a la antes señalada, sería incompatible con el derecho a la seguridad jurídica y al derecho al debido proceso;

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio respecto a que el plazo establecido en el tercer inciso del artículo 48 de la LOCGE es aplicable para las sanciones de destitución y/o multas, y tiene carácter perentorio;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

> "El plazo de sesenta días previsto en el inciso tercero del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con el artículo 56 literal a) de su Reglamento General, es un plazo perentorio, que establece la caducidad de la competencia para que el ente de control resuelva el procedimiento sancionador en trámite, siendo aplicable tanto en el caso de sanción de

destitución, como de multa. La expedición de la resolución fuera de ese lapso genera la incompetencia de la autoridad en razón del tiempo para resolver, y por tanto, su nulidad; cuya declaratoria es obligatoria para la autoridad administrativa o judicial".

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

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 veinticuatro días del mes de julio del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dra. María Cristina Terán Orbea, Dra. Ximena Velasteguí Ayala, Dr. Marco Vinicio Rodríguez Mongón, **CONJUEZAS Y CONJUEZ NACIONALES**. Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 14-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.";

Que el artículo 185 de la Constitución de la República determina: *"Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.*

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.";

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: *"2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración;";*

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

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

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente.

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

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional

de Justicia, cuyo objeto es *"[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios.";*

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: *"El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior.*

En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley.";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es *"[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.";*

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República dispone: *"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

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

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

Que el primer inciso del artículo 233 de la Constitución de la República determina: *"Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.";*

Que el cuarto inciso del artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Público señala: "[...] En caso de fallo favorable para la servidora o servidor suspendido y declarado nulo o ilegal el acto, se le restituirán los valores no pagados. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la

autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y, en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados, siempre que judicialmente se haya declarado que la servidora o el servidor haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave. La sentencia se notificará a la Contraloría General de Estado para efectos de control [...];

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación al siguiente punto de derecho: En el marco de la acción subjetiva o de plena jurisdicción, cuyo objeto es el control de legalidad del acto administrativo, ¿Deben los tribunales contencioso administrativos determinar la responsabilidad personal de los servidores o agentes públicos causantes de la ilegalidad o nulidad del acto administrativo?, en las sentencias que se detallan a continuación:

a. **Resolución No. 477-2023** de 05 de mayo de 2023, emitida dentro del proceso judicial No. 13801-2015-00285 por los jueces nacionales Fabián Racines Garrido (p), Patricio Secaira Durango y Milton Velásquez Díaz;

b. **Resolución No. 033-2024** de 17 de enero de 2024, emitida dentro del proceso judicial No. 13802-2016-00283, por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (p), Patricio Secaira Durango y Fabián Racines Garrido; y,

c. **Resolución No. 226-2024** de 01 de abril de 2024, emitida dentro del proceso judicial No. 13801-2015-0011 por los jueces nacionales Patricio Secaira Durango (p), Milton Velásquez Díaz e Dra. Hipatia Ortiz Vargas;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional Justicia ha determinado en sus fallos que el inciso cuarto del artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Público no contempla que, una vez declarada la ilegalidad o nulidad del acto, el Tribunal deba determinar el servidor o servidora responsable para que el Estado pueda seguir en su contra el proceso de repetición;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha enfatizado que, la acción subjetiva tiene como objeto desvanecer la presunción de legalidad de los actos administrativos impugnados, mas no la de declarar la responsabilidad personal de servidores o agentes públicos;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha concluido que, posteriormente a la declaración de ilegalidad o nulidad del acto administrativo, la Administración pública debe ejercer la acción judicial correspondiente y ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, a fin de que este se pronuncie sobre la responsabilidad personal por las erogaciones económicas que se determinen en el fallo que ha dispuesto el pago de los valores dejados de percibir;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha determinado que, la Administración pública debe iniciar, por cuerda separada, la acción de repetición en contra las y los servidores públicos que corresponda;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la declaración de responsabilidad personal en contra de servidores públicos dentro de una acción subjetiva, en la cual no son parte procesal, sería una clara vulneración a las garantías del debido proceso;

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio respecto a la improcedencia de que los tribunales contencioso administrativos declaren la responsabilidad personal de los servidores o agentes públicos dentro de la acción subjetiva o de plena jurisdicción, cuyo objeto es el control de legalidad del acto administrativo de destitución o suspensión;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

> "En respeto a las garantías al debido proceso de los servidores públicos, en la resolución de las acciones subjetivas o de plena jurisdicción por las que se declare la ilegalidad o nulidad de actos administrativos, los tribunales contencioso administrativos no están facultados a declarar la responsabilidad personal de los servidores o agentes públicos que, presuntamente, hayan sido los causantes de tales vicios. En estos casos, las administraciones públicas deberán iniciar la acción judicial de repetición que corresponda, por cuerda separada."

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

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 veintiún días del mes de agosto del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Adrián Rojas Calle **(VOTO EN CONTRA)**, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio César Inga Yanza, Dr. Manuel Cabrera Esquivel, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dra. Gabriela Mier Ortiz, Dr. Juan Martínez Castillo, Dr. Pablo Loayza Ortega, **CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES.-** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 15-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código Ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

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

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que los literales h y l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República señalan: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, 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 [...]";

Que el artículo 82 de la Constitución establece: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes";

Que los artículos 44, 45 y 47 del Código Orgánico Integral Penal determinan los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes, y las circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción respectivamente;

Que el numeral 1 del artículo 54 del Código Ibídem dispone: "La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente: 1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes. [...]";

Que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0172-2022** de 3 de marzo de 2022, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 16281-2019-01008, suscrita por el tribunal conformado por la jueza nacional Daniella Camacho, ponente, y los jueces nacionales Adrian Rojas y Luis Rivera;

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"En esta causa, la aplicación de la agravante prevista en el artículo 47.11 COIP, no contraviene el principio de congruencia entre la decisión judicial y la acusación; pues surge de los mismos hechos acusados por la Fiscalía, conocidos por el procesado pues constan dentro de las circunstancias por las que fue llamado a juicio y sobre los cuales pudo ejercer su derecho a la defensa".

b) **Resolución No. 0227-2022** de 5 de abril de 2022, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia de Justicia, dentro del juicio No. 17316-2020-00325, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Walter Macías, ponente, Javier de la Cadena y Marco Rodriguez;

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"Las circunstancias agravantes se concretan a través de la controversia probatoria celebrada durante el juicio, por ello no es razonable exigir que fiscalía realice una valoración jurídica previa de esas circunstancias para incluirlas en la acusación. Por lo tanto, no se puede sostener incongruencia cuando es evidente que los hechos han permanecido inmutables".

c) **Resolución No. 0107-2023** de 26 de enero de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 23281-2020-04230, suscrita por el tribunal conformado por el conjuez nacional Adrián Rojas (voto salvado), ponente, y el conjuez nacional Pablo Loayza y el juez nacional Byron Guillén;

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"Es decir que la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes no constitutivas de la infracción, responde a la obligación del juzgador de determinar la pena imponible en el caso concreto y a un ejercicio de valoración de los hechos que se han determinado como probados y de que estas circunstancias, que han sido taxativamente determinadas por el legislador, no hayan sido incorporadas como elemento descriptivo del tipo penal"

d) **Resolución No. 1103-2023** de 10 de octubre de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 17282-2020-01306, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Byron Guillén, ponente, Carlos Pazos y Pablo Loayza; y,

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"6.56. En el caso del recurso de casación, que es un recurso limitado en que no se puede revisar hechos ni valorar nuevamente prueba, la aplicación de circunstancias atenuantes y/o agravantes, así como la atenuante trascendental, debe observar de manera estricta los elementos fácticos que el Tribunal Ad quem ha declarado como probados, sin que sea posible variar estos elementos, sino que el razonamiento se limitará a explicar cómo sobre los hechos probados se considera aplicable una circunstancia modificativa de la pena".

e) Resolución No. 0280-2024 de 1 de febrero de 2024, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 09285-2019-01868, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Luis Rivera (voto salvado), ponente, la jueza nacional Daniella Camacho y el juez nacional Javier de la Cadena.

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"48. Por lo tanto, se puede establecer que los hechos están contenidos en la acusación, fueron parte de la práctica de la prueba, y en contra de ellos se ejerció el derecho a la defensa a través de la contradicción en el contrainterrogatorio y los argumentos finales. Por lo Que pese a la omisión de Fiscalía de invocar la norma, estos hechos si estuvieron contenidos en la base fáctica de la acusación y de los mismos sí se ejerció el derecho a la defensa, correspondiendo a los jueces, en su rol, la adecuación más estricta al ordenamiento jurídico de los hechos considerados probados. [...]"

f) Resolución No. 704-2024 de 12 de junio de 2024, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 17297-2017-00341, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Javier De la Cadena Correa, ponente, Julio César Inga Yanza e Iván Saquicela Rodas.

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"En conclusión, se advierte que nuestra legislación penal determina expresamente que le corresponde al juzgador imponer la pena considerando las circunstancias del hecho punible, siendo su obligación legal identificar la existencia de atenuantes y agravantes taxativamente previstos en el COIP, aun cuando los sujetos procesales no lo hayan requerido; y, de ser pertinente aplicar lo establecido en el artículo 44 del COIP".

Que en las sentencias analizadas se trata el siguiente punto de derecho: ¿Nuestro ordenamiento jurídico permite la aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes no constitutivas de la infracción por parte del Juez o Tribunal, sin que los sujetos procesales las hayan alegado?;

Que el razonamiento judicial para la imposición de una pena se circunscribe a los hechos considerados probados. Esta actuación es atribución exclusiva de la autoridad judicial y debe sujetarse a la normativa legal;

Que las alegaciones de las partes procesales en cuanto a la aplicación de agravantes o atenuantes no vinculan al juzgador ni surte efectos irrevocables ante los hechos que se prueben durante el proceso, siempre y cuando no se altere la base fáctica de la acusación;

Que la determinación de la pena es un ejercicio estrictamente regulado por la norma penal que impide actuaciones arbitrarias o desproporcionadas. Además, cuando el juzgador actúa con sujeción a la norma y sus fallos se encuentran suficientemente motivados, se garantizan los derechos a la igualdad, seguridad jurídica, debido proceso y defensa, siempre que la calificación jurídica de los hechos no altere el relato fáctico considerado probado y que los medios de prueba empleados hayan sido sometidos a contradicción según el trámite propio que corresponde a los procesos penales;

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio respecto a la aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes por parte de los juzgadores cuando estos realizan la individualización de la pena, ello a pesar de que las partes procesales hayan o no alegado tales circunstancias;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

> "La aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes no constitutivas de la infracción, es atribución legal de los juzgadores, por lo que debe realizarse en consideración a los hechos dados por probados en el juicio, independientemente de las alegaciones que al respecto hayan formulado los sujetos procesales".

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.

DISPOSICIÓN GENERAL

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 veintiún días del mes de agosto del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e);** Dra. Enma Tapia Rivera **(VOTO EN CONTRA)**, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía **(VOTO EN CONTRA),** Dra. Consuelo Heredia Yerovi **(VOTO EN CONTRA)**, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García **(VOTO EN CONTRA)**, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño **(VOTO EN CONTRA)**, Dr. Adrián Rojas Calle (VOTO EN CONTRA), Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz **(VOTO EN CONTRA),** Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio César Inga Yanza, Dr. Manuel Cabrera Esquivel, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dra. Gabriela Mier Ortiz, Dr. Juan Martínez Castillo, Dr. Pablo Loayza Ortega, **CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 16-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

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 que se vincula con las garantías de las personas al pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, como son: debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República).

Esta facultad, además, se relaciona con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establecen: *"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 legalidad, 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 el artículo 327 del COGEP establece que todas las acciones contencioso-administrativas, se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario;

Que el proceso ordinario contencioso administrativo comprende la sustanciación de dos audiencias, la primera denominada "audiencia preliminar" en la que se tratan cuestiones respecto a la validez del proceso, las excepciones previas, la determinación del objeto de la controversia, y el anuncio probatorio, entre otros aspectos procesales; y, la audiencia de juicio, en la que corresponde la práctica de la prueba, exposición de alegatos y la resolución oral.

Que existen dudas sobre el alcance y aplicación del artículo 295.4 del Código Orgánico General de Procesos respecto a si el tema de caducidad de la facultad de la autoridad administrativa para iniciar o resolver un proceso administrativo, cuando es fundamento de la demanda, debe ser resuelto como asunto de puro derecho dentro de la audiencia preliminar o se debe convocar y resolver en audiencia de juicio;

Que el artículo 65 del Código Orgánico Administrativo con respecto a la competencia señala que es *"la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en*

razón de la materia, el territorio, ***el tiempo*** *y el grado."* (Énfasis añadido), y en este orden de ideas, la competencia es uno de los requisitos de validez de los actos que dicta la administración pública, cuya ausencia determina la nulidad, conforme el artículo 105 del mismo cuerpo legal, a saber: *"Es nulo el acto administrativo que: (…) 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo…".*

Que el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos establece el objeto del proceso jurisdiccional contencioso tributario y contencioso administrativo, indicando que: *"…Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder…".*

Que la caducidad del ejercicio de las potestades de la administración pública para sustanciar y resolver un procedimiento administrativo en función de la competencia en razón del tiempo; al ser un vicio de nulidad absoluta del procedimiento y del acto administrativo, su tratamiento se ha venido calificando doctrinariamente como un asunto de puro derecho.

Que el artículo 295 numeral 4 del COGEP, establece que *"Si el asunto es de puro derecho se escuchará las alegaciones de las partes. La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito".*

Que en la exposición de motivos de la Resolución 12-2017 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en lo que se refiere a la determinación de un asunto de puro derecho, se han planteado las siguientes reflexiones:

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

En otras palabras, cuando se dice que un asunto es de puro derecho, no se quiere representar una decisión anticipada en razón de la imposibilidad de resolver el fondo de la controversia; al contrario, existe una decisión sobre el fondo del asunto, sino que dado que en el asunto no existen hechos susceptibles de prueba. Obviamente, determinar que un asunto es de puro derecho es una facultad del juzgador, y de ser procedente, la o el juzgador pase a escuchar los alegatos de las partes, para finalmente pronunciar su decisión. Tampoco se trata de una cuestión nueva.

El estudio de la evolución de la audiencia preliminar permite advertir Que incluso tales cuestiones han sido sus notas definidoras desde sus orígenes. Así, tanto la resolución sobre las excepciones previas como el juzgamiento de los asuntos de puro derecho hace ya varias décadas se hacía en la audiencia preliminar, empleando la lógica del proceso oral.

Así por ejemplo, ya el artículo 510 del Código de Proceso Civil de Portugal de 1961 atribuyó al despacho saneador los siguientes fines: 1. conocer de las excepciones que puedan conducir a la absolución de la instancia, así como de las nulidades procesales; 2. decidir si procede alguna excepción perentoria, cuando existan elementos necesarios para ello; 3. conocer directamente la pretensión, si la cuestión de fondo fuese únicamente de derecho y existiesen los elementos para decidirla, o aun de hecho, si el proceso contuviese los elementos para una decisión fundada…".

Que para la determinación de un asunto de puro de derecho, se requiere que la resolución del mismo involucre exclusivamente la aplicación e interpretación de normas jurídicas, es decir, aquella simple relación entre la certeza fáctica y los postulados de la disposición jurídica; relación circunstanciada que

efectivamente procede para conocer sobre la existencia o no de la caducidad del ejercicio de las potestades públicas en un procedimiento administrativo.

Que en la legislación comparada, la determinación de un asunto de puro derecho, se encuentra previsto en el numeral 98 inciso 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, que establece: *"Si el asunto es de puro derecho o no existe prueba que evacuar, el juez tramitador, antes de dar por finalizada la audiencia preliminar, dará a las partes oportunidad para que formulen las conclusiones, las cuales serán consignadas literalmente por los medios técnicos o telemáticos que el juzgador estime pertinentes; acto seguido, remitirá el expediente al Tribunal para que dicte la sentencia".*

Que en el artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia se prescribe: *"Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la audiencia de pruebas y podrá dictar la sentencia oral dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión".*

Que la problemática procesal para tratar la caducidad del procedimiento administrativo como un asunto de puro derecho en materia contencioso administrativa, surge en virtud de que podría presumirse, la violación de trámite, y consecuentemente del derecho a la defensa y del debido proceso, al no sustanciarse la audiencia de juicio conforme corresponde hacerlo en un proceso ordinario; generándose de esta manera, duda respecto a su aplicación y procedencia.

Que la posibilidad legal de tratar y resolver una controversia contencioso administrativa como un asunto de puro derecho, además de estar previsto en la legislación procesal, está relacionado con el principio de celeridad, la realización efectiva de una justicia sin dilaciones; y, la observancia irrestricta a los principios de concentración, simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación y economía procesal.

Que frente a la existencia de la caducidad de las potestades públicas dentro de un procedimiento administrativo, resulta innecesaria la sustanciación de la audiencia de juicio, la cual tiene como objetivo la valoración probatoria de las razones de fondo que motivaron la apertura y resolución del procedimiento administrativo.

Que en esas circunstancias, en el expediente y acto administrativo respectivo, ya se cuenta con los elementos fácticos y jurídicos que evidencian si la administración pública ha actuado o no con competencia en razón del tiempo, hecho que sin que amerite un análisis adicional genera la nulidad del acto administrativo impugnado, conforme ha sido determinado en los precedentes jurisprudenciales constantes en las resoluciones No. 10-2021; No. 12-2021; y, No 08-2022.

Que de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 309 del Código Orgánico General de Procesos, la institución pública demandada estará obligada a acompañar a la contestación de la demanda copias certificadas de la resolución o acto impugnado y el expediente original que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de la dependencia a su cargo, por lo cual, el tribunal que ha de resolver la acción contencioso administrativa que se fundamenta en la caducidad de la facultad de la autoridad pública, tiene los elementos necesarios para resolver este asunto al momento de efectuarse la audiencia preliminar;

Que en atención a los principios de celeridad y economía procesal, resulta imperioso clarificar que la caducidad en un procedimiento administrativo, debe ser conocida y resuelta como un asunto de puro derecho en los términos establecidos en el artículo 295 numeral 4 del COGEP; sin que de ninguna manera este procedimiento implique violación alguna de las garantías constitucionales al debido proceso.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- La caducidad del ejercicio de las potestades públicas para la apertura, sustanciación y resolución de un procedimiento administrativo, deberá ser tratada en audiencia preliminar, como un asunto de puro derecho.

El accionante, al momento de proponer su demanda contenciosa administrativa, podrá alegar sobre la caducidad de las competencias de la entidad pública demandada, que no implica que sea el único argumento constante en el acto de proposición.

Los litigantes podrán solicitar que dicha caducidad se trate como un asunto de puro derecho, en la audiencia preliminar.

Artículo 2.- La decisión de aplicar el procedimiento establecido en el artículo 295 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, le corresponde exclusivamente a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, sin que se requiera el consentimiento de las partes procesales.

Artículo 3.- La relación fáctica y jurídica del tiempo transcurrido, deberá desprenderse del propio expediente administrativo y/o del acto administrativo impugnado. En consecuencia, el único punto controvertido que puede alegarse es la discrepancia respecto al cumplimiento de los plazos o términos y sus efectos. La resolución deberá dictarse vía sentencia.

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 cuatro días del mes de septiembre del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz **(VOTO EN CONTRA),** Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa **(VOTO EN CONTRA),** Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Iván Larco Ortuño, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, Dr. Manuel Cabrera Esquivel **(VOTO EN CONTRA), JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Marco Vinicio Rodríguez Mongón **(VOTO EN CONTRA), CONJUECES NACIONALES.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 17-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código ibidem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente. Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada";

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento,

dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que el artículo 82 de la Constitución de la República señala 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".

Que el artículo 301 de la Constitución de la República establece que "Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley".

Que el artículo 34 del Código Tributario señala que "La exención, aun cuando hubiere sido concedida en atención a determinadas situaciones de hecho, podrá ser modificada o derogada por ley posterior".

Que el artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno señalaba, en su parte pertinente que "En la determinación y liquidación del impuesto a la renta no se reconocerán más exoneraciones que las previstas en este artículo, aunque otras leyes, generales o especiales, establezcan exclusiones o dispensas a favor de cualquier contribuyente".

Que la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 309 de 21 agosto de 2018, eliminó el inciso anterior.

Que la Ley de Zonas Francas, que fue derogada expresamente por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010, establecía en su artículo 41 que "Los usuarios de las zonas francas gozarán así mismo de una exoneración total del impuesto sobre patentes y de todos los impuestos vigentes sobre la producción, el uso de patentes y marcas, las transferencias tecnológicas y la repatriación de utilidades".

Que el artículo 66 de la Ley de Zonas Francas señalaba que "Las normas de esta Ley tienen el carácter de especiales y prevalecerán sobre cualesquiera otras, sea de carácter general o especial, que se opongan a ellas; y, no podrán ser modificadas o derogadas por otras leyes, sino por aquellas que expresamente se dicten para tal fin".

Que la disposición general de la Ley de Beneficios Tributarios para Nuevas Inversiones Productivas, Generación de Empleo y Prestación de Servicios establece que "Los incentivos y beneficios tributarios que se conceden a través de la presente Ley, así como los previstos en la Ley de Zonas Francas relativos a la exoneración del Impuesto a la Renta y del Impuesto al Valor Agregado, solo podrán ser modificados o eliminados por una ley dictada expresamente para tal finalidad".

Que la disposición transitoria tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones establece que "Las zonas francas cuyas concesiones han sido otorgadas al amparo de la Ley de Zonas Francas, continuarán en operación bajo las condiciones vigentes al tiempo de su autorización, por el plazo que dure su concesión. No obstante, las empresas administradoras y usuarias de las actuales zonas francas deberán sujetarse administrativa y operativamente a las disposiciones del presente Código".

Que la disposición derogatoria del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones señala que "Salvo lo establecido en las Disposiciones Transitorias, a partir de la fecha de vigencia de este Código, queda [sic] derogadas todas las normas en cuanto se opongan a las disposiciones de este Código. Adicionalmente, se derogan expresamente las siguientes normas: […] n) Ley de Zonas Francas, publicada como Codificación No. 4, publicada en Registro Oficial No. 562 de 11 de Abril del 2005 […]".

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0046-2021** de 21 de enero de 2021, emitida en el proceso No. 09503-2013-0042 por los jueces nacionales Fernando Cohn Zurita, ponente, José Suing Nagua y Gustavo Durango;

b) **Resolución No. 0387-2021** de 6 de julio de 2023, emitida en el proceso No. 17510-2018-00462 por los jueces nacionales José Suing Nagua, ponente, y Gustavo Durango Vela y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez;

c) **Resolución No. 0360-2021** de 12 de julio de 2021, emitida en el proceso No. 09501-2018-0646 por los jueces nacionales Gustavo Durango Vela, ponente, y José Suing Nagua, y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez;

d) **Resolución No. 0528-2021** de 8 de noviembre de 2021, emitida en el proceso No. 17506-2014-0016 por la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez, ponente, y los jueces nacionales José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela;

e) **Resolución No. 0284-2022** de 10 de mayo de 2022, emitida en el proceso No. 09501-2017-0080 por los jueces nacionales José Suing Nagua, ponente, y Gustavo Durango Vela, y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez;

f) **Resolución No. 0544-2022** de 7 de septiembre de 2022, emitida en el proceso No. 17510-2019-00362 por la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez, ponente, y los jueces nacionales Gustavo Durango Vela y José Suing Nagua;

g) **Resolución No. 0845-2022** de 16 de diciembre de 2022, emitida en el proceso No. 17505-2012-0024 por los jueces nacionales Gustavo Durango Vela, ponente, y José Suing Nagua, y la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez; y

h) Resolución No. 0572-2023 de 18 de septiembre de 2023, emitida en el proceso No. 17510-2015-00339 por la jueza nacional Rosana Morales Ordóñez, ponente, y los jueces nacionales José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela.

Que en las sentencias señaladas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado con respecto a la antinomia existente entre la vigencia de la Ley de Régimen Tributario Interno y la Ley de Zonas Francas para la determinación de la prevalencia de la exoneración del impuesto a la renta a las compañías usuarias de zonas francas, considerando, en lo principal, que no se pueden aplicar los criterios de jerarquía ni especialidad, pues la Ley de Régimen Tributario Interno no tiene el carácter de orgánica (de conformidad con la sentencia No. 10-18-SIN-CC), y ambas leyes son especiales.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha razonado que la reforma al artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno mediante la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas (publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 181 de 30 de abril de 1999) por la cual se agregó el inciso de exclusividad de reconocimiento de las exoneraciones de impuesto a la renta, es anterior a la codificación de la Ley de Zonas Francas (publicada en el Registro Oficial No. 562 de 11 de abril de 2005), por lo que no es posible sostener que el legislador habría pretendido una derogatoria tácita de las exoneraciones contenidas en esta ley.

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha sostenido que la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas de 1999 tampoco implicó la imposibilidad para fijar con posterioridad exoneraciones en otros cuerpos legales. Tal es así, que la Ley de Beneficios Tributarios para Nuevas Inversiones Productivas, Generación de Empleo y Prestación de Servicios (publicada en el Registro Oficial No. 148 de 18 de noviembre de 2005) en su disposición general indicó que "los incentivos y beneficios tributarios que se conceden a través de la presente ley, así como los previstos en la ley de zonas francas relativos a la exoneración del impuesto a la renta y del Impuesto al Valor Agregado, solo podrán ser modificados o eliminados por una ley dictada para el efecto", ratificando expresamente la continuidad del régimen tributario especial de zonas francas.

Que para la solución de la antinomia en cuestión la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia señaló que la Ley de Zonas Francas es la normativa aplicable por el criterio de temporalidad o cronológico en virtud de la reiteración de permanencia de la exoneración en la Ley de Beneficios Tributarios para Nuevas Inversiones Productivas, Generación de Empleo y Prestación de Servicios, así como de las disposiciones derogatorias y transitorias del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, por las cuales si bien se deja constancia de la derogatoria de la Ley de Zonas Francas (mediante el literal n) de las disposiciones derogatorias), esto es sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones transitorias, en donde se ratifica la vigencia de las concesiones de las zonas francas otorgadas al amparo de la Ley de Zonas Francas. De esta forma, las condiciones y derechos adquiridos por los concesionarios de zona franca se mantendrían vigentes por el tiempo que duren las concesiones correspondientes.

Que en las exoneraciones tributarias concedidas mediante Ley, cuyo beneficio se establezca para un tiempo determinado, atendiendo al principio de reserva de ley, su reconocimiento se extiende hasta su expiración, conforme el último inciso del artículo 34 del Código Tributario, esto es por el tiempo establecido para el beneficio otorgado aún cuando la norma haya sido derogada o reformada, salvaguardando los principios impositivos de seguridad jurídica e irretroactividad.

En consecuencia, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha argumentado que la exoneración de impuesto a la renta prevista en la Ley de Zonas Francas no había perdido vigencia con la reforma de 1999, de tal forma que coexistía con las exoneraciones del artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Por lo tanto, el beneficio de exoneración del impuesto a la renta se mantiene hasta que terminen los contratos de concesión otorgados al amparo de la Ley de

Zonas Francas de conformidad con el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, con la finalidad de garantizar el derecho a la seguridad jurídica del acto administrativo que reconoce a las compañías como usuarias de zonas francas.

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

> "En atención al derecho a la seguridad jurídica, la exoneración del impuesto a la renta para los usuarios de zonas francas rige hasta la terminación de las concesiones previstas por las leyes que regulan dicho régimen, vigentes al momento de la concesión".

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

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 dieciocho días del mes de septiembre del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dr. Marco Albán Zambonino, Dra. Maria Cristina Terán Orbea, Dra. Katty Muñoz Vaca, **CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES.-** Certifico.- **f)** Dra. Sylvana León León, **SECRETARIA GENERAL (e).**

RESOLUCIÓN No. 18-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente. Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada";

Que mediante Resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento,

dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante Resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que el artículo 169 de la Constitución de la República determina que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades;

Que el artículo 326 de la Constitución de la República reconoce en su numeral segundo que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario;

Que el artículo 326 de la Constitución de la República establece en su numeral tercero Que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras;

Que el artículo 326 de la Constitución de la República señala en su numeral onceavo que será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente;

Que el artículo 4 del Código del Trabajo determina que los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario;

Que el artículo 5 del Código del Trabajo señala que los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos;

Que el artículo 595 del Código del Trabajo establece que el documento de finiquito suscrito por el trabajador podrá ser impugnado por éste, si la liquidación no hubiere sido practicada ante el inspector del trabajo, quien cuidará de que sea pormenorizada;

Que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0259-2021** de 19 de agosto de 2021, emitida en el proceso No. 17233-2019-00256 por las juezas nacionales Katerine Muñoz Subía, ponente, y María Consuelo Heredia Yerovi; y el juez nacional Alejandro Arteaga García;

b) **Resolución No. 0371-2021** de 19 de noviembre de 2021, emitida en el proceso No. 17233-2019-00253 por las juezas nacionales María Consuelo Heredia Yerovi, ponente, Enma Tapia Rivera y Katerine Muñoz Subía;

c) **Resolución No. 0199-2022** de 25 de mayo de 2022, emitida en el proceso No. 17233-2019-00701 por las juezas nacionales María Consuelo Heredia Yerovi, ponente, y Katerine Muñoz Subía, y el juez nacional Alejandro Arteaga García;

d) **Resolución No. 0202-2022** de 26 de mayo de 2022, emitida en el proceso No. 17233-2019-02629 por las juezas nacionales Enma Tapia Rivera, ponente, y María Consuelo Heredia Yerovi, y el juez nacional Alejandro Arteaga García;

e) **Resolución No. 0049-2023** de 8 de febrero de 2023, emitida en el proceso No. 09359-2020-01792 por las juezas nacionales Enma Tapia Rivera, ponente, Katerine Muñoz Subía y María Consuelo Heredia Yerovi;

f) **Resolución No. 0298-2023** de 3 de julio de 2023, emitida en el proceso No. 09359-2020-03331 por las juezas nacionales Enma Tapia Rivera, ponente, Katerine Muñoz Subía y María Consuelo Heredia Yerovi;

g) **Resolución No. 0467-2023** de 17 de octubre de 2023, emitida en el proceso No. 09359-2021-00227 por la jueza nacional Katerine Muñoz Subía, ponente, el juez nacional Alejandro Arteaga García, y la conjueza nacional Liz Barrera Espín;

Que en las sentencias señaladas, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia encontró que los empleadores alegaban que los trabajadores no podían impugnar el acta de finiquito a partir de una lectura literal de los requisitos del mentado artículo, o porque no habrían incluido expresamente en su demanda la frase "impugnación del acta de finiquito";

Que en las mencionadas sentencias, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia razonó, en general, que la postura de los empleadores atenta contra los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales pues, puede darse el caso que el documento de finiquito describa todos los valores pero contenga errores u omisiones que perjudiquen al trabajador. Tal es así, que el solo hecho de que el trabajador haya firmado el acta de finiquito no impide de forma alguna que este pueda reclamar sus derechos laborales si se considera perjudicado, por cuanto el acta podría contener errores de cálculo, o una posible renuncia de derechos;

Que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha argumentado Que conforme el artículo 5 del Código del Trabajo, toda autoridad judicial y administrativa, considerando su obligación de prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos, tiene el deber implícito de verificar la satisfacción de los derechos laborales del trabajador. Por lo tanto, es factible que siempre que se desprenda del contexto de la demanda laboral el desacuerdo con el contenido del acta de finiquito, los juzgadores puedan interpretar o avizorar que las pretensiones están dirigidas a reclamar situaciones concernientes al acta de finiquito; en cuyo caso, deben resolver si proceden o no tales requerimientos;

Que según el artículo 169 de la Constitución, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia recalca que exigir un término o frases específicas como condición de pronunciamiento

respecto de un posible desconocimiento de haberes laborales, implicaría asumir la prevalencia de formalidades en sacrificio de una decisión justa;

Que en las referidas sentencias, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia precisa que la sola presentación de la demanda en la que se reclama valores no constantes en el acta de finiquito o su reliquidación, por sí misma ya es una impugnación; sin que sea necesario que se señale en la demanda, de forma expresa, que se impugna el acta de finiquito, o que conste la palabra "impugnación", como lo sostuvieron los empleadores en sus recursos de casación;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUELVE:

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

> "Si del contexto de la demanda laboral se verifican pretensiones dirigidas a cuestionar el contenido del acta de finiquito, tales como la existencia de errores de cálculo de los valores liquidados, valores omitidos, o una posible renuncia de derechos, las juezas y jueces laborales tienen la obligación de revisar este documento, sin que sea necesario que la parte accionante lo impugne de forma expresa en la demanda".

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

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 dos días del mes de octubre año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e);** Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Rita Bravo Quijano, Dr. Manuel Cabrera Esquivel, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dra. Katty Muñoz Vaca, Dr. Marco Rodríguez Mongón, **CONJUEZA Y CONJUEZ NACIONALES.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 19-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código Ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente. Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada";

Que mediante Resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento,

dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante Resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 0249-2021** de 29 de julio de 2021, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 11335-2019-00049, suscrita por el tribunal conformado por la jueza nacional Enma Tapia Rivera, ponente, la jueza nacional Consuelo Hereda Yerovi y la jueza nacional Katerine Muñoz Subía;

b) **Resolución No. 0158-2023** de 31 de marzo de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No 11371-2021-00095, suscrita por el tribunal conformado por la jueza nacional Katerine Muñoz Subía, ponente, la jueza nacional Enma Tapia Rivera y la jueza nacional Consuelo Heredia Yerovi;

c) **Resolución No. 0317-2023** de 7 de julio de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 22301-2021-00044, suscrita por el tribunal conformado por el juez nacional Alejandro Magno Arteaga García, ponente, la jueza nacional Enma Tapia Rivera, y el conjuez nacional Julio Arrieta Escobar;

d) **Resolución No. 0367-2023** de 31 de julio de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 17371-2019-03137, suscrita por el tribunal conformado por el juez nacional Alejandro Magno Arteaga García, ponente, y las juezas nacionales María Consuelo Heredia Yerovi y Enma Tapia Rivera;

e) **Resolución No. 0502-2023** de 8 de noviembre de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 11371-2021-00094, suscrita por el tribunal conformado por el juez nacional Alejandro Magno Arteaga García, ponente, y las juezas nacionales María Consuelo Heredia Yerovi y Enma Tapia Rivera;

Que en las sentencias analizadas se resuelve el siguiente problema jurídico: De conformidad con el inciso segundo de la regla 2 del artículo 216 del Código del Trabajo, ¿qué pueden regular los gobiernos autónomos descentralizados municipales y provinciales respecto de la pensión jubilar mensual?;

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio respecto al alcance de la excepción establecida para los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Provinciales, prevista en el inciso segundo, regla 2 del artículo 216 del Código del Trabajo, cuyo contenido permite únicamente regular lo previsto en el primer inciso de la mencionada regla, fundamentándose en principios como interpretación más favorable de los derechos, progresividad, intangibilidad y favorabilidad laboral;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

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

> "Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales deben aplicar todas las reglas del artículo 216 del Código del Trabajo para el cálculo de la pensión jubilar. Sin embargo, de conformidad con el segundo inciso de la regla 2 del artículo 216, los GADs provinciales y municipales sólo regularán el contenido de la regla 2, esto es, respetando los límites del monto de la pensión jubilar mensual, establecida en el primer inciso".

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

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 dos días del mes de octubre año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Iván Larco Ortuño, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Manuel Cabrera Esquivel, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dra. Katty Muñoz Vaca, Dr. Marco Rodríguez Mongón, **CONJUEZA Y CONJUEZ NACIONAL.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 20-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código Ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente. Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada.";

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento,

dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República señala: "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 [...]";

Que el segundo inciso del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal establece, sobre el delito de lavado de activos, lo siguiente: "Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito [...];

Que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) Resolución No. 643-2021 de 29 de julio de 2021, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia de Justicia, dentro del juicio No. 09333-2018-00282, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Felipe Córdova Ochoa, ponente, Luis Rojas Calle y Luis Antonio Rivera Velasco;

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"Dicho esto, cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿Está justificado adecuadamente el elemento normativo "activos de origen ilícito"? Al solventar esta interrogante, corresponde ser enfáticos al indicar que el elemento normativo "activos de origen ilícito" sí fue acreditado por los miembros del Tribunal ad quem, pues, se determinó que estos activos provendrían de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, y, para llegar a esta determinación, efectuaron un ejercicio de valoración de los elementos probatorios, coligiendo Que en razón de la autonomía de este delito, los delitos previos no requieren justificarse mediante una sentencia condenatoria pasada por autoridad de cosa juzgada, es suficiente la prueba indiciaria para acreditar dicha calidad en los activos, por lo Que de esta prueba indiciaria, se desprendería el origen ilícito de los fondos."

b) Resolución No. 765-2022 de 13 de septiembre de 2022, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 01902-2014-0088, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Luis Antonio Rivera Velasco, ponente, Javier de la Cadena Correa y Luis Rojas Calle;

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"Como ya se citó, el activo tenía que ser calificado como ilícito con motivo de la prueba; empero, el tribunal de instancia, más allá de que es consciente de la ley, decide irrespetarla y no asegurarse primero en que el dinero sea proveniente de fuentes no lícitas; arbitrariamente omite este requisito trascendental y se centra en las transacciones realizadas por el ahora casacionista para inferir un delito."

"[...] ¿Cómo concluye el tribunal de alzada que el mero hecho de hacer transacciones comprueba la ilicitud del dinero?; los mismos jueces admiten que no se demostró el origen de la plata y se excusan de que ello no es menesteroso porque no es indispensable otra sentencia que lo asegure, mas eso no significa que en el proceso tenían que tener la certeza del origen de los fondos sean ilegales. De ser así, cualquier persona por solo tener dinero podría ser condenado, dado que se estaría presumiendo que todo dinero es de origen ilícito y, asimismo, destruyendo el estado de inocencia que garantiza la Constitución de la República del Ecuador."

c) Resolución No. 984-2022 de 10 de noviembre de 2022, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 13284-2018-01581, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Felipe Córdova Ochoa, ponente, Byron Guillen Zambrano y Luis Antonio Rivera Velasco;

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"En la especie, la valoración de los elementos de prueba aportados por las partes procesales, permitió a los juzgadores declarar probada la materialidad del delito, circunstancias que se encuentra categóricamente desarrollada en el considerando 5.1 de la sentencia objetada:

"...En conclusión para lograr justificar en el proceso la existencia de la infracción conforme a derecho, debe comprobarse que el acto se adecua al tipo penal acusado, que es idéntico, entonces podemos decir que en la especie la MATERIALIDAD DE LA INFRACCIÓN ha sido probada con: La prueba documental de la Asistencia Penal Internacional N° 4402018 de la República de Guatemala, remitida mediante oficio N° DFG/20452018, de fecha 26 de diciembre de 2018, suscrito por María Consuelo Porras, Fiscal General de la República de Guatemala, que dejó claramente develado que el ciudadano Wilson Wilfredo Luargas García, se lo relaciona a la actividad ilícita de narcotráfico, actividad por la cual consta la petición de extradición de Estados Unidos, país en el que se lo REQUIERE POR DOS CARGOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, así como

información sobre la orden de detención con fines de extradición, documentos de su formal extradición, y el proceso de extinción de dominio de sus bienes [...] el link que fue materializado fue https://www.youtube.com/?v=tztaxzqubmq el cual pertenece a la cuenta de la red social YouTube, [...] que el contenido del mismo "(…) se trata de un archivo de audio y video, el cual tiene el nombre de "El Primazo aceptó ser extraditado a Estados Unidos", está grabación contiene imágenes que fueron realizadas en un noticiero, en la sala del noticiero interactúan dos personas de género femenino, las cuales están produciendo la noticia que se está desarrollando en vivo se podría decir, luego estas imágenes pasan a una persona de género masculino que se trata de un reportero que se encuentra en exteriores, específicamente las imágenes luego se trasladan a una sala de imágenes, donde en esta sala interactúan tres personas de género masculino, donde obviamente se está desarrollando una audiencia, en la cual se aprecian las imágenes que la persona que corresponde a los nombres de Wilson Wilfredo Luargas García, este señor su abogado interactúa donde solicita que este señor Wilfredo Luargas García sea extraditado a Estados Unidos, que sea juzgado por las autoridades de Estados Unidos [...] En base al análisis de estos medios de prueba, que han sido revalorizados por esta Sala, queda plenamente acreditado el primer elemento objetivo, respecto de la materialidad de la infracción del delito de lavado de activos."

d) Resolución No. 463-2024 de 29 de enero de 2024, expedida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 0712-2020-00205, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Marco Rodríguez Ruiz, ponente, Byron Guillen Zambrano y Felipe Córdova Ochoa.

En esta sentencia la *ratio decidendi* relativa al punto de derecho, en lo principal, señala:

"30. De los párrafos que anteceden, se devela con meridiana claridad Que el ad quem incurre en el yerro jurídico de errónea interpretación del elemento valorativo de la autonomía del tipo penal de lavado de activos, por los siguientes motivos:

i. Al exigir una suerte de prejudicialidad no contemplada en la norma penal (artículo 317 del COIP), alusiva a la existencia de una "comprobación" de los delitos fuente y que en estos se haya originado activos ilícitos, de ahí que la afirmación relativa a que no es necesario una sentencia sobre los delitos origen, sino solo prueba indiciaria, queda como un mero enunciado en su razonamiento interpretativo acerca de los límites del referido elemento de la autonomía;

ii. Al asimilar como parte de su razonamiento lo que la defensa de los procesados pone de manifiesto, esto es que la sentencia –dentro del proceso penal instaurado por el delito de peculado "está apelada", hasta da a entender que la "comprobación" de los delitos precedentes y la ilicitud de los activos objeto del delito de lavado de activos, estaría supeditada a una sentencia judicial ejecutoriada que los establezca, todo lo cual, confiere también como resultado una confusión con lo único que sí demanda el mentado artículo para FGE, esto es "su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito", lo cual, se ha cumplido conforme discurre el propio ad quem en los párrafos transcritos; [...]"

"34. De la citas que anteceden, se puede inferir que el alcance del elemento de autonomía del delito de lavado de activos, no solo se refiere a la falta de requerimiento de una "comprobación" de los delitos fuente y del origen de activos ilícitos en aquellos, tampoco a una sentencia condenatoria ejecutoriada que avale tales presupuestos [...]"

Que en las sentencias analizadas se trata el siguiente punto de derecho: Dentro del proceso penal por lavado de activos ¿El origen ilícito de los activos objeto del lavado, debe acreditarse mediante una sentencia de condena previa?;

Que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado señala que el delito de lavado de activos tiene carácter autónomo e independiente de aquellos delitos de los que provengan los activos;

Que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado enfatizó que en el artículo 317 del COIP se establece la obligación de la Fiscalía General del Estado de investigar el origen ilícito de los activos, objeto del delito de lavado de activos, de tal manera que no se puede entender al carácter autónomo del delito, como sinónimo de falta de pruebas;

Que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado es del criterio de que en la prueba indiciaria se parte de un hecho conocido (hecho inicial - indicio) y se llega al establecimiento de un hecho desconocido (hecho final - delito), razonamiento que debe quedar claro en la resolución judicial;

Que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado considera que se deben identificar los indicios, es decir, los elementos que describen el hecho conocido, que permitió llegar de manera indirecta, mediante una relación de causalidad (inferencia lógica), al establecimiento de la existencia del delito;

Que en las sentencias señaladas en líneas anteriores, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio sobre la suficiencia de la prueba indiciaria para demostrar el origen de ilícitos de los activos objeto del delito de lavado de activos, por lo que no debe exigirse como requisito una sentencia previa o prueba directa;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial;

RESUELVE:

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

> *"Debido al carácter autónomo del delito de lavado de activos, bastará prueba indiciaria para demostrar el origen ilícito de los activos objeto del delito, sin que se requiera sentencia condenatoria respecto a los delitos previos."*

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

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 veintitrés días del mes de octubre del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro

Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dra. María Cristina Terán Orbea, Dr. Marco Rodríguez Mongón, **CONJUEZA Y CONJUEZ NACIONAL.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 21-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 2 del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración";

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

Que el numeral 2 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: "2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración";

Que el artículo 182 del Código Ibídem dispone: "Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

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

Que mediante resolución No. 069-2016 de 25 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] normar el procedimiento a seguir para la identificación, remisión y deliberación del Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto de las propuestas de precedentes jurisprudenciales obligatorios";

Que el artículo 8 del citado reglamento señala: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia deliberará y decidirá acerca de la creación del precedente jurisprudencial obligatorio puesto a su conocimiento, dentro de los sesenta (60) días, contados desde que conoció en sesión el informe, o desde que feneció el tiempo establecido en el artículo anterior. En caso de que no se produzca la resolución correspondiente se aplicarán los efectos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y la ley";

Que mediante resolución No. 135-2016 de 09 de agosto de 2016, el Consejo de la Judicatura expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia, cuyo objeto es "[...] establecer la metodología para el procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia";

Que el procedimiento para ejercer la función establecida en los artículos citados 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.

Que el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República señala: "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 o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia [...]";

Que el artículo 76 de la Constitución establece el derecho al debido proceso con sus diferentes garantías;

Que el artículo 82 de la Constitución determina el derecho a la Seguridad Jurídica, en los siguientes términos: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.";

Que el artículo 425 de la Constitución establece: "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados";

Que el artículo 97 del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) dispone: "Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, éste podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General. El País Miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar

un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años";

Que el artículo 3 de la Decisión No. 778 de la Comunidad Andina define a la deuda aduanera de la siguiente manera: "[...] DEUDA ADUANERA: El monto total de los tributos aduaneros y demás gravámenes exigidos, incluidos los importes de las multas y recargos, así como los intereses moratorios y compensatorios, aplicables a una determinada mercancía, con arreglo a las disposiciones contenidas en esta Decisión y las señaladas en la legislación nacional de cada País Miembro";

Que el artículo 89 del COPCI dispone: "Derechos.- Los derechos antidumping, compensatorios y los resultantes de la aplicación de medidas de salvaguardia, serán recaudados por la Administración Aduanera junto con los tributos al comercio exterior aplicables, sin que por ello pueda establecerse naturaleza fiscal o tributaria a estos gravámenes de efecto comercial. Por lo tanto, los principios generales de Derecho Tributario no serán de aplicación obligatoria a estas medidas. Los derechos antidumping y compensatorios se mantendrán vigentes durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el daño a la rama de producción nacional. No obstante, tales derechos se eliminarán en un plazo de cinco años, contados a partir de su entrada en vigor, en los términos establecidos en el reglamento a esta normativa. En el caso de las salvaguardias, tendrán vigencia hasta por cuatro años y podrán ser prorrogadas hasta por cuatro años más, siempre que se justifique la necesidad de su mantenimiento, tomando en consideración el cumplimiento del programa de ajuste de la producción nacional. Los gravámenes económicos que se impongan como resultado de estos procesos podrán ser menores al margen de dumping o al monto de la subvención comprobada, siempre y cuando sean suficientes para desalentar la importación de productos, en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. Cuando sea resuelto en la investigación la necesidad de cobrar retroactivamente estos gravámenes, la autoridad aduanera determinará el procedimiento del cobro retroactivo de los recargos establecidos para estos casos, en los términos establecidos en el reglamento";

Que el artículo 90 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones señala: "Los valores cobrados por medidas provisionales de derechos antidumping, derechos compensatorios o salvaguardias provisionales, se devolverán si al término de la investigación no se determina que el aumento de las importaciones ha causado o ha amenazado causar un daño grave a una rama de la producción nacional";

Que el artículo 91 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones determina: "Los derechos antidumping, salvaguardias o derechos compensatorios definitivos podrán revisarse y modificarse, periódicamente, a petición de parte o de oficio, en cualquier tiempo, previo informe de la Autoridad Investigadora, independientemente de que dichos derechos se encuentren sujetos a un procedimiento de controversia administrativa o judicial, nacional o internacional. En todo caso, las resoluciones que declaren el inicio y la conclusión de la revisión deberán notificarse a las partes interesadas de que se tenga conocimiento. En el procedimiento de revisión las partes interesadas tendrán derecho a participar";

Que el artículo 108 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones indica: "Los tributos al comercio exterior son: a. Los derechos arancelarios; b. Los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías; y, c. Las tasas por servicios aduaneros. El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador mediante resolución creará o suprimirá las tasas por servicios aduaneros, establecerá exenciones, fijará sus tarifas y regulará su cobro. Los recargos arancelarios y demás gravámenes económicos que se apliquen por concepto de medidas de defensa comercial o de similar naturaleza, no podrán ser considerados como tributos en los términos que establece el presente Código, y por lo tanto no se regirán por los principios del Derecho Tributario";

Que el artículo 205 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones señala: "El servicio de aduana es una potestad pública que ejerce el Estado, a través del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, sin perjuicio del ejercicio de atribuciones por parte de sus delegatarios debidamente autorizados y de la coordinación o cooperación de otras entidades u órganos del sector público, con sujeción al presente cuerpo legal, sus reglamentos, manuales de operación y procedimientos, y demás normas aplicables. La Aduana tiene por objeto: facilitar el comercio exterior y ejercer el control de la entrada y salida de mercancías, unidades de carga y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República, así como quienes efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías; determinar y recaudar las obligaciones aduaneras causadas por efecto de la importación y exportación de mercancías, conforme los sistemas previstos en el código tributario; (SIC) resolver los reclamos, recursos, peticiones y consultas de los interesados; prevenir, perseguir y sancionar las infracciones aduaneras; y, en general, las atribuciones que le son propias a las Administraciones Aduaneras en la normativa adoptada por el Ecuador en los convenios internacionales";

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico en relación a un mismo punto de derecho en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución No. 316-2023** de 25 de mayo de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia de Justicia, dentro del juicio No. 13802-2019-00060, suscrita por el tribunal conformado por la jueza nacional Rosana Morales, ponente, y los jueces nacionales Gustavo Durango y José Suing;

b) **Resolución No. 360-2023** de 13 de junio de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia de Justicia, dentro del juicio No. 09501-2021-00009, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales José Suing, ponente, Gustavo Durango y la jueza nacional Rosana Morales;

c) **Resolución No. 638-2023** de 12 de octubre de 2023, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 09501-2020-00377, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales José Suing, ponente, Gustavo Durango y la jueza nacional Rosana Morales;

d) **Resolución No. 115-2024** de 06 de marzo de 2024, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 13802-2019-00061, suscrita por el tribunal conformado por los jueces nacionales Fernando Cohn, ponente, Gustavo Durango y la jueza nacional Rosana Morales; y,

Que en las sentencias analizadas se trata el siguiente punto de derecho: Cuando la Secretaría General de la Comunidad Andina resuelve suspender las salvaguardias provisionales, ¿debe la Administración aduanera o la autoridad jurisdiccional, devolver a los contribuyentes los valores que se hubieren recaudado por dicho concepto durante el tiempo que estuvo vigente la medida provisional?;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia señala que a pesar de que las salvaguardias no son tributos, estos sí forman parte de la deuda aduanera;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario ha precisado que la Secretaría General de la Comunidad Andina es la autoridad competente para verificar las circunstancias que den lugar a la emisión de salvaguardias, por tanto suspender las mismas;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario ha señalado que las resoluciones emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante las cuales se ha resuelto suspender salvaguardias, también se ha dispuesto establecer mecanismos de devolución de los valores recaudados por dicho concepto, al considerar que son pagos ilegales;

Que el establecimiento de un mecanismo de devolución garantiza la vigencia de los derechos de los administrados como al debido proceso y seguridad jurídica;

Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado por más de tres ocasiones el criterio sobre la ilegalidad del pago de las salvaguardias que hayan sido suspendidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, en tal virtud, su derecho a ser restituidas de conformidad con el art. 90 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones;

Que el COPCI, norma especial en materia aduanera, tiene una disposición que contempla la devolución de salvaguardias, y es la base sobre la que debe sustentarse la respectiva devolución;

En ejercicio de la atribución conferida en los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República y los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial;

RESUELVE:

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

> *"En los casos en que la Secretaría General de la Comunidad Andina resuelva no autorizar la medida correctiva prevista en el art. 97 del Acuerdo de Cartagena, los valores que se hubieren recaudado en concepto de salvaguardias provisionales durante la vigencia de dicha medida, se considerarán indebidamente pagados, de conformidad con el artículo 90 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) y se deberá proceder a su devolución por parte de la autoridad administrativa o jurisdiccional, conforme corresponda."*

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

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 veintitrés días del mes de octubre del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (e)**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Patricio Secaira Durango, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio César Inga Yanza, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dra. María Cristina Terán Orbea, Dr. Marco Rodríguez Mongón (voto en contra), **CONJUEZA Y CONJUEZ NACIONALES.** Certifico.- **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

EXTRADICIONES

I

***Resolución**: 34-2024*
***Juicio**: 05100-2024-000126*
***Fecha**: 20 de septiembre de 2024; las 15h00*
***Juez Ponente**:Dr. José Suing Nagua*

TEMA

Extradición pasiva solicitada por la República de China.

SÍNTESIS

La Presidencia de la Corte Nacional de Justicia conoció la solicitud de extradición pasiva formulada por la República Popular China respecto de ciudadanos requeridos para ser procesados por el delito de fraude. Luego de analizar la documentación remitida por el Estado requirente, se verificó el cumplimiento de los requisitos legales y convencionales aplicables, particularmente en relación con la doble incriminación y la vigencia de la acción penal respecto de los delitos de naturaleza patrimonial. En consecuencia, se resolvió conceder la extradición solicitada, al cumplirse las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en los instrumentos internacionales aplicables.

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN

VISTOS:

Para resolver sobre el presente pedido de extradición pasiva de los ciudadanos chinos XX y XX, se considera:

1. Antecedentes

1.1 Mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2024-0338-O de 17 de julio de 2024, el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, Director de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remite adjunto la Nota Verbal No. 2024 (063) de 1 de julio de 2024, proveniente de la Embajada de la República Popular China acreditada en el Ecuador, por la que solicita la detención provisional con fines extradición del ciudadano de nacionalidad china XX, nacido el XX, con número nacional de identidad chino XXXX; y, la ciudadana de nacionalidad china XX nacida XX, con número nacional de identidad chino XX, quienes son requeridos por la Dirección de Investigación de Delitos Económicos del Ministerio de Seguridad Pública de ese país, para ser sometidos al proceso penal por el delito de fraude, previsto y sancionado en el artículo 266 de la Ley Penal de la República Popular China; los ciudadanos requeridos se encuentran acusados de haber cometido los siguientes hechos:

El 31 de octubre de 2015, XX (masculino, nacido el 9 de abril de 1969, de nacionalidad china) denunció ante la Comisaría de Policía de XX que XX había pedido prestados a XX un total de 150 mil yuanes CNY (las monedas siguientes son iguales) dos veces con el pretexto de que necesitara desesperadamente dinero por la hospitalización de su padre por cáncer y la hospitalización de su hijo por enfermedad grave, con el derecho de arrendamiento de dos años de los pisos n° XX de XX (con el número de parcela del XX, Ciudad de XX, en adelante denominada la viviendaXX, como garantía. Al expirar el plazo de amortización acordado por ambas partes, XX se retrasó en el reembolso por diversas razones, perdió los contactos y no ha devuelto los préstamos. XX pensó que XX le había estafado y denunció el caso al órgano de seguridad pública.

El 5 de noviembre y el 12 de noviembre de 2015, la Comisaría de Policía XX recibió las denuncias de XX (masculino, nacido el 19 de mayo de 1986, de nacionalidad china), XX (masculino, nacido el 24 de octubre de 1973, de nacionalidad china) y otras personas, que XX y su esposa utilizaron el certificado de uso

de tierras colectivas falsificado[1] o el derecho de arrendamiento de la vivienda como garantía, con el pretexto de que necesitaran desesperadamente dinero por la rotación de negocios o la grave enfermedad de su hijo, etc., estafaron a los denunciantes o sus partes relacionadas para que les prestaran un total de 400 mil yuanes, se negaron de devolver los prestamos después de expirar el plazo por diversas razones, y perdieron los contactos. Los denunciantes pensaron que habían sido estafados por XX y su esposa, y denunciaron los casos al órgano de seguridad pública (…). La propiedad de la vivienda A proporcionada por XX y su esposa no pertenece a XX y su esposa. (…). El certificado de uso de tierras colectivas proporcionado por XX y su esposa es falsificado, y se ha confiscado por el departamento pertinente según la ley…".

1.2 Analizado el cumplimiento de requisitos básicos de la solicitud de detención provisional con fines de extradición, en auto de 23 de julio de 2024, las 14h30, este despacho dispuso la detención preventiva con fines de extradición de los ciudadanos de nacionalidad china XX;

1.3 Mediante oficio No. PN-INTERPOL-2024-1509-O de 1 de agosto de 2024, el Mayor de Policía Luis Enrique Torres Mejía, Jefe de la Unidad Nacional de Interpol, remite el Parte Policial No. 2024080102333735711 de fecha 1 de agosto de 2024, realizado por el Sgos. de Policía Byron Javier Rey Monar, agente aprehensor de esa Unidad Policial, dando a conocer la detención de los ciudadanos chinos XX y XX. En tal virtud, mediante auto de 1 de agosto de 2024, se giró las boletas constitucionales de encarcelamiento No. 24-2024-PCNJ y No. 25-2024-PCNJ, a fin de que XX y XX, sean ingresados y permanezcan detenidos en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Quito No.1 "El Inca" y en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, respectivamente, por este procedimiento de extradición; y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Extradición, se realizó la audiencia de comparecencia el día jueves 28 de agosto 2024 a las 15h00, y contó con la presencia de los requeridos XX y XX, asistidos del señor intérprete XX y patrocinados por el doctor Juan Carlos Cevallos Puruncajas, defensor particular. Además, compareció el abogado Wilson Guillermo Espín Rosales, en representación de la señora Fiscal General del Estado.

1.4 Realizada la audiencia, y de acuerdo al trámite correspondiente, el 3 de septiembre de 2024, se dictó auto de procesamiento de extradición y con fundamento en los artículos 5 numeral 7, 6, 13 y 20 de la Ley de Extradición, 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;

1.5 Cumpliendo con lo dispuesto en autos dictados 1 de agosto y 3 de septiembre de 2024, dentro del plazo otorgado la Embajada de la República Popular China, mediante notas diplomáticas N.V. (2024) 102 y N.V. (2024) 103 de 6 de septiembre de 2024, remitió a este despacho la solicitud formal de extradición de los ciudadanos XX y XX y 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 lunes 16 de septiembre de 2024 a las 15h30, la misma se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia de los requeridos XX y XX, asistidos del señor intérprete Yu Qiwei y patrocinados por la doctora Teresa Andrade, defensora pública. Además, compareció el abogado Wilson Guillermo Espín Rosales, en representación de la señora Fiscal General del Estado;

[1] El certificado de uso de tierras colectivas es un documento legal que certifica que el usuario (unidad o individuo) utiliza las tierras colectivas y está protegido por la ley. El Artículo 10 de la *Constitución de la República Popular China* y el Artículo 9 del Capitulo II de la *Ley de Gestión de Tierras de la República Popular China* establecen que: las tierras en zonas rurales y suburbanas será de propiedad colectiva, excepto las que son de propiedad del Estado establecidas por la ley. Los sitios de casas, las parcelas privadas y las tierras montañosas serán de propiedad colectiva. El Artículo 43 del Capitulo V de las *Algunas Disposiciones para Determinar la Propiedad y el Derecho de Uso de las Tierras* establece que: en caso de que las empresas e instituciones de la oficina de aldea (pueblo) y los individuos utilicen las tierras colectivas de los agricultores para la construcción no agrícola de acuerdo con la ley, el derecho de uso de las tierras colectivas para la construcción podrá determinarse de acuerdo con la ley.

1.7 En esta diligencia la doctora Teresa Andrade, defensora pública, en uso de la palabra manifestó:

> "Estoy presente en esta audiencia dando cumplimiento a lo dispuesto por su autoridad en providencia, los señores requeridos gozan de su derecho a elegir su abogado de confianza el abogado Juan Carlos Cevallos es quien ha venido actuando en la audiencia anterior, es quien se ha entrevistado con ellos y quien debería estar en esta audiencia. Solicito en vista de que no ha presentado algún escrito, no sabemos si va a venir más tarde a la audiencia o si les deja en indefensión, le solicito en vista de que la Defensoría Pública no hace defensas compartidas con abogados particulares que se difiera la audiencia, que se me permita en esta audiencia poder entrevistarme con los señores, asumir la defensa de ellos y usted pueda declararles en indefensión, para que en la siguiente convocatoria y pueda hacer esta audiencia y las que resten dentro del procedimiento de extradición; este sería mi pedido concreto."

1.8 Ante tal petición, el suscrito previo a resolver lo solicitado por la Defensora Pública, dispuso que la señora Secretaria certifique si existe alguna petición o requerimiento formulado por el abogado defensor de los extraditables. La señora Secretaria indicó que no existe al momento ningún escrito que haya llegado de parte del abogado de los señores extraditables. A continuación se consultó a los extraditables si consienten en ser patrocinados por la Defensora Pública presente, a lo que respondieron que "no hace falta más procesos ya que nosotros voluntariamente aceptamos ser extraditados"; en ese sentido para salvaguardar el derecho a la defensa de los extraditables se dispuso que la señora Defensora Pública tome contacto con ellos, frente a esta última petición que se acaba de escuchar para ver si aquello es corroborable. Los extraditables de manera conjunta con la Defensora Pública y el señor perito intérprete se reunieron en privado a efecto de realizar la entrevista.

1.9 Al reinstalar la audiencia, se concedió la palabra a la señora Defensora Pública quien expuso:

> "Después de la entrevista que he sostenido con los señores hoy reclamados, ellos consienten en que la Defensoría Pública representada por mi persona se haga cargo. Pese a que usted ya dictó un auto de procesamiento y que se estaba convocando para una audiencia de juzgamiento, sin embargo han manifestado que es su deseo ser extraditados por tres razones principales: La primera, porque han podido recuperar a su hija que estaba secuestrada en la ciudad de Guayaquil y sus tres hijos se encuentran a salvo y se han ido a China. Segundo, porque la señora padece un problema de salud en sus ojos y dice que quiere irse cuanto antes a su país. Tercero, debido a la situación de inseguridad que vivimos en este país. Esos han sido los tres argumentos que manifiestan, por lo que solicito que sean escuchados al respecto."

1.10 A continuación los requeridos en uso de la palabra manifestaron que aceptan la extradición a la República Popular China lo antes posible.

1.11 Finalmente, el abogado Wilson Guillermo Espín Rosales, delegado de la señora Fiscal General del Estado, representando los intereses del Estado requirente, manifestó:

> "En referencia a lo que se ha manifestado expresamente a la voluntad de ser extraditados a la República Popular de China de acuerdo al artículo 11 de la Ley de Extradición, la Fiscalía General del Estado considera que no existe obstáculo legal alguno para proceder con la extradición conforme se ha establecido también en el auto de procesamiento, se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley de Extradición, también en el artículo 7 del Tratado suscrito entre el Ecuador y China para la extradición y no se encuentra prohibición alguna de concederla conforme los artículos 5 de la Ley de Extradición y 3 y 4 del Tratado de Extradición suscrito entre la República del Ecuador y la República Popular de China, por lo tanto la Fiscalía solicita se conceda y se acceda a la demanda de extradición.".

1.12 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 Popular China, aún no se encuentra vigente el Tratado de Extradición en particular, por lo que a la solicitud de extradición de los ciudadanos de nacionalidad china XX y XX, 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"* (Énfasis agregado).

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 XX y XX, fueron escuchados en las audiencias y contaron con la defensa técnica del defensor particular Juan Carlos Cevallos Puruncajas y la defensora pública Teresa Andrade, 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 Popular China.

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 complementaria [2]."*.

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

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

respectivo y en la Ley de Extradición y 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 Internaciones 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 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]

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, los requeridos XX y XX comparecen 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 XX y XX, son requeridos, en la solicitud formal de extradición presentada por la Dirección de Investigación de Delitos Económicos del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China de 13 de marzo de 2024 (fs.3-26), consta el cargo por el delito de fraude, previsto y sancionado en el artículo 266 de la Ley Penal de la República Popular China, cometido en el año 2015, conducta que en nuestra legislación es considerada punible y se encuentra prevista y sancionada en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014; es decir,

[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 Petruzzi 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.

esas conductas estaban tipificadas 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 requerido[4] 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…"*. La Oficina de las Naciones Unidas 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.[5] 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 13 de marzo de 2024, (fs. 3-26), la Dirección de Investigación de Delitos Económicos del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China, expresa que los ciudadanos XX y XX, son requeridos para ser juzgados en la República Popular China por el delito de fraude; la mención del delito acusado se encuentra en las órdenes de detención emitida por XX; y, la descripción de las conductas en particular acusadas a los requeridos se encuentran contenidas en el apartado (IV) de la solicitud formal de extradición, que describe el delito que se acusa a XX y XX, siendo estas:

«Artículo 266 de la Ley Penal de la República Popular China: fraude.

Quien defraude a la propiedad pública o privada, si la cantidad implicada es relativamente grande, será condenado con pena de prisión de duración determinada no superior a tres años, detención penal o vigilancia pública, junto con una multa o será condenado solo con multa; si la cantidad es grande o existen otras circunstancias graves, será condenado con pena de prisión de duración determinada no inferior a tres años ni superior a diez años,

---

[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 requeriente y en la dlos requeridos.»

[5] **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 los requeridos 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)

junto con una multa; si la cantidad es muy grande o existen otras circunstancias muy graves, será condenado con pena de prisión de duración determinada no inferior a 10 años o a cadena perpetua, junto con una multa o una confiscación de bienes.

Cuando esta ley disponga otra cosa, prevalecerán dichas disposiciones.

Según las disposiciones anteriores, la condena máxima que puede imponerse no incluye la pena de muerte.»

6.8 Conducta que se encuentra contemplada en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que establece:

«**Art. 186.- Estafa.-** La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena máxima se aplicará a la persona que:

1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.

2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.

3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.

4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.

La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos privados, públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días.»

6.9 Al respecto se puede establecer que ambas conductas delictivas no solo tienen una semejanza de nomenclatura, sino que en su esencia buscan proteger el derecho a la propiedad, sancionando a toda persona (Sujeto activo), que mediante engaño (Elemento subjetivo: dolo), perjudique el patrimonio (Resultado material de la infracción), de otro (Sujeto pasivo).

6.10 En conclusión, las dos legislaciones reconocen como delictiva la conducta ilícita por la cual se encuentran procesados, los ahora requeridos.

6.11 Gravedad del delito: En cuanto a la gravedad de los delitos por los que se pretenda obtener la extradición, estos deben ser sancionados 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 Extradición[6].

[6] **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.»

6.12 Respecto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, se verifica que tanto en la legislación china como la ecuatoriana se establece un período de encarcelamiento máximo que supera un año de privación de libertad, es así que la Ley Penal china prevé una pena no inferior a diez (10) años o a cadena perpetua. Por su parte, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, dispone una pena privativa de libertad de hasta diez (10) años cuando se ha perjudicado a dos o más personas. 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 legislaciones establecen figuras delictivas que superan 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 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 [...]»

6.14 En el presente caso, las personas extraditadas no serán juzgadas por hechos distintos a aquellos por los que se solicita esta extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a fojas 208 y 209 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:

7.1.1 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;

7.1.2 Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares;

7.1.3 Copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso; y,

7.1.4 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 el presente caso la solicitud formal de extradición realizada por la República Popular China, cumple con todos los requisitos expuestos; ya que fue realizada por escrito, con la respectiva traducción al idioma español, se la transmitió por vía diplomática y fue acompañada de la siguiente documentación en copias certificadas:

7.2.1 Solicitud de extradición presentada por la Dirección de Investigación de Delitos Económicos del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China de 13 de marzo de 2024, en la que consta, la descripción de los hechos criminales investigados y las disposiciones legales aplicables al caso (fs. 3-26);

7.2.2 Datos de identificación y las fotografías de los requeridos XX y XX (fs. 27);

7.2.3 Autorización de captura emitida por la Fiscalía Popular del Distrito de XX, en contra del ciudadano chino XX (fs. 28);

7.2.4 Autorización de captura emitida por la Fiscalía Popular del Distrito de XX de 22 de enero de 2020, en contra de la ciudadana china XX (fs. 29);

7.2.5 Orden de captura dictada por la sección del Distrito de XX, de 22 de enero de 2020, en contra del ciudadano chino XX (fs. 30);

7.2.6 Orden de captura dictada por la sección del Distrito de XX , de 22 de enero de 2020, en contra de la ciudadana china XX(fs. 31);

7.2.7 Notificación roja con número de control A-8765/10-2021 publicada el 22 de octubre de 2021, en contra del ciudadano chino XX (fs. 32-33);

7.2.8 Notificación roja con número de control A-5626/6-2021 publicada el 29 de junio de 2021, en contra de la ciudadana china XX (fs. 34-35);

7.2.9 El estado de la investigación de los requeridos, sospechosos de delito de fraude, suscrito por el Sub-Buró del Distrito de XX, el 16 de mayo de 2024 (fs. 36);

7.2.10 Nota verbal (2024) 102 de 6 de septiembre de 2024, suscrita por la Embajada de la República Popular China, mediante la cual solicita formalmente la extradición de los ciudadanos XX y XX (fs. 203 y 204);

7.2.11 Una descripción del plazo de prescripción para el enjuiciamiento del delito de fraude de los acusados XX y XX (fs. 205-207); y,

7.2.12 Nota verbal (2024) 103 de 6 de septiembre de 2024, suscrita por la Embajada de la República Popular China, que contiene las garantías solicitadas en este expediente (fs. 208-209).

7.3 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 Popular China.

7.4 En la descripción del plazo para el enjuiciamiento del delito de fraude de los acusados XX y XX, realizada por la Dirección de Cooperación Internacional del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China, (fojas 206-207), las autoridades del Estado requirente resaltan que: *"…Los actos delictivos de XX y XX se produjeron en 2015, y la cantidad de dinero implicada era particularmente enorme. Según el Artículo 87 de la Ley Penal de la República Popular China, el plazo de prescripción para el enjuiciamiento es de 15 años, y este caso no excede el plazo de prescripción para el enjuiciamiento en China.".*

7.5 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…»

7.6 En el caso que nos ocupa, la causa penal seguida en contra de los requeridos XX y XX, inició el 12 de noviembre de 2015 (fecha en que la Sección de Seguridad Pública de XX, dio inicio a la investigación del proceso penal), y el máximo de la pena prevista para el delito acusado (fraude/estafa) es de diez años, por lo tanto, hasta la presente fecha, no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que se produzca la prescripción de la acción penal.

7.7 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 previstos y sancionados en las legislaciones de ambos Estados.

8. De las garantías

8.1 Con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los requeridos mediante auto de procesamiento dictado el 3 de septiembre de 2024, esta Presidencia solicitó a las autoridades de la República Popular China, las siguientes garantías:

> "I) Que se garantizará la seguridad de XX y XX, quienes no serán ejecutados o que no serán sometidos a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; II) Que XX y XX, no serán perseguidos por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad; III) Que los reclamados no será enjuiciados por hechos anteriores o distintos a los motivan la extradición; IV) De ser el caso, no serán extraditados, deportados o entregados a un tercer Estado, sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador; y, V) En caso de que los requeridos sean condenados a una pena privativa de libertad se les computará a la pena que deban cumplir en la República Popular China, el tiempo que estuvieren detenidos en Ecuador por motivos de esta extradición.".

8.2 Requerimiento que fue otorgado mediante nota diplomática N.V. (2024) 103 de 6 de septiembre de 2024, en la cual las autoridades del Estado requirente, expresan lo siguiente:

"…a) Los requeridos no serán sometidos a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni a penas de destierro y prisión perpetua.

b) No serán juzgados ni sancionados sino por los hechos que motivaron la solicitud de extradición, ni tampoco serán entregados a un tercero Estado.

c) Que en su juzgamiento se observarán las normas de sistema procesal que corresponda al caso, así como las normas del debido proceso y garantías fundamentales.

d) Que, de dictarse sentencia condenatoria en firme, se le computará el tiempo de privación de libertad que ha demandado el trámite de este expediente de extradición en la República de Ecuador…".

8.3 De lo expuesto se desprende que las autoridades de la República Popular China, asumen el compromiso de respetar las garantías solicitadas, así como los derechos humanos de XX y XX, recalcando que la sanción no implica pena de muerte y que no serán sometidos 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. Consentimiento de la extradición

9.1 En la audiencia oral efectuada el 16 de septiembre de 2024 a las 15h30, ante la ausencia de la defensa particular técnica de los requeridos, se les concede la palabra a XX y XX a fin de que expresen su autorización para que la defensora pública doctora Teresa Andrade, los represente. Los requeridos al hacer uso de la palabra en esta ocasión expresaron lo siguiente: *"…no hace falta más procesos ya que nosotros voluntariamente aceptamos ser extraditados…".*

9.2 En ese sentido, es importante resaltar que la figura de la extradición simplificada o voluntaria se encuentra contemplada en el segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Extradición que establece: *"…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 suscitaran obstáculos legales que a ello se opongan el Presidente de la Corte Suprema de Justicia podrá acceder a la demanda de extradición…"*, 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"*, determina 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."*

9.3 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, garantizando de esta forma el debido proceso, siendo la expresión de voluntad de los requeridos un elemento más a considerarse.

10. Resumen de fácil comprensión

10.1 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 compresión 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.

10.2 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.

11. Decisión

11.1 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:**

11.2 Conceder la extradición de los ciudadanos de nacionalidad china XX, titular de la cédula de identidad en Ecuador No. XXXX, y con número nacional de identidad chino XXXX, y XX, titular de la cédula de identidad en Ecuador No. XXXX, y con número nacional de identidad chino XXXX, a fin de que sean entregados a las autoridades de la República Popular China, para que puedan ser enjuiciados por los hechos descritos en la solicitud formal de extradición y que motivan este proceso.

11.3 Ratificar la medida cautelar de carácter personal de detención con fines de extradición impuesta en su contra, por lo que deberán permanecer privados de su libertad en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 "El Inca" y el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, respectivamente, hasta que se materialice su entrega.

11.4 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;

11.5 Hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades correspondientes del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, a la señora Fiscal General del Estado, al Director del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores, al Director del Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 "El Inca", al Director del Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, al Jefe de la Unidad Nacional de Interpol, y al requerido a través de sus abogados defensores.- Por licencia de la titular, actúe la doctora Sylvana León León, Secretaria General Encargada.– Notifíquese y cúmplase.

f) DR. JOSÉ SUING NAGUA **PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, (e)**
CERTIFICO:
DRA. SYLVANA LEÓN LEÓN **SECRETARIA GENERAL, (e)**

Resumen de fácil comprensión

El 22 de enero de 2020, las autoridades de China ordenaron la captura de XX y XX, por ser supuestos responsables de perjudicar a otras personas.

Luego de conocer que esos ciudadanos fueron localizados en Ecuador, el 1 de julio de 2024, China envió una solicitud para que se realice el trámite necesario para que XX y XX., sean trasladados a ese país.

Hoy, 20 de septiembre de 2024, resuelvo que XX y XX., sean entregados a las autoridades de China, para que cuando se encuentren en ese país, puedan estar presentes en el juicio y defenderse de las acusaciones en su contra.

Firma: Dr. José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, (e).

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I

Juicio Nro. 17811-2019-01266
Fecha: jueves 18 de julio del 2024, las 13h42
Juez Ponente: Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz

TEMA

Motivación del acto administrativo lesivo y técnicas de estructuración del recurso de casación en materia contenciosa administrativa.- Convocatoria a conjueces para mayoría absoluta de la Sala.

SÍNTESIS

La falta de técnica en la formulación del recurso de casación impide revisar la motivación del acto administrativo, cuando el recurrente no identifica con precisión la causal invocada ni demuestra la incidencia real de la desición inpugnada. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana demandó la declaratoria de validez de la resolución administrativa que calificó como lesivo el acto que concedió la carta de naturalización al señor Julián Paul Assange. El tribunal de instancia aceptó la demanda y declaró la nulidad del acto administrativo y ratificó la lesividad. Inconforme, el procurador judicial del señor Assange interpuso recurso de casación, admitido por las causales primera y segunda del artículo 268 del COGEP, alegando falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación de normas jurídicas, así como vulneración del derecho a la defensa. La Sala concluyó que el recurrente no cumplió con la carga técnica exigida en casación, al formular argumentos extensos y genéricos sin precisar la causal invocada ni demostrar cómo los supuestos errores habrían incidido en la decisión impugnada. Tras verificar que la sentencia recurrida contiene una motivación normativa y fáctica suficiente, la Sala, en fallo de mayoría, rechazó el recurso de casación. La sentencia cuenta con votos salvados, sin mayoría absoluta; por lo que requirió el llamado de conjueces.

NOTA EXPLICATIVA:

De acuerdo con el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial, para que exista resolución de las salas, se necesita mayoría absoluta de votos, y en caso no obtenerse esta mayoría, se debe llamar a las conjuezas y los conjueces. En ese sentido, en virtud de que en un primer momento no existió mayoría para dictar la sentencia en el Tribunal en el que se radicó la competencia, el 8 de septiembre de 2023, al amparo de lo dispuesto en el artículo ibidem, el juez ponente solicitó se llamen a las conjuezas y conjueces que fueren necesarios, para lograr la mayoría requerida, quedando conformado el Tribunal por siete miembros, que suscriben el presente fallo.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Velásquez Diez 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 fue designado como Conjuez de la Corte 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. 187-2019 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)** Mediante auto emitido en fecha 8 de mayo de 2023 se acepta la excusa presentada

por el Juez Nacional Fabián Racines Garrido, en esa medida, conforme acta de sorteo generada por la Presidenta (e) de la Corte Nacional de Justicia, reemplaza al prenombrado juzgador, con la Conjueza Nacional Hipatia Ortiz; **d)** El 31 de marzo de 2023, la presente causa fue sorteada de forma electrónica, siendo prevenida su competencia por el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo, empero, es necesario precisar que, el 8 de septiembre de 2023, en virtud de que no existió mayoría para dictar la sentencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial, el juez ponente solicitó que el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo llame a las Conjuezas y Conjueces que fueren necesarios para lograr la mayoría requerida. Mediante acta de sorteo de 11 de septiembre de 2023, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa al Conjuez nacional Mauricio Espinosa Brito. El 26 de septiembre de 2023, el juez ponente solicitó al Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo que se llame a un nuevo Conjuez o Conjueza para que integre el Tribunal, debido a que, en el anterior sorteo solo se designó a un Conjuez. A través de acta de sorteo de 27 de septiembre de 2023 radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa a la conjueza Nacional Mónica Heredia Proaño. El 3 de octubre del 2023 ante la imposibilidad de lograr una mayoría absoluta para aprobar la resolución, el juez ponente solicitó al Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo se sortee a dos nuevos conjueces para que integren el Tribunal. Mediante acta de sorteo de 10 de noviembre de 2023, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa al Conjuez nacional Fernando Cohn Zurita. A través acta de sorteo de 20 de noviembre de 2023, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa al Conjuez nacional Carlos Pazos Medina. El 5 de febrero de 2024, ante la imposibilidad de lograr una mayoría absoluta para dictar la sentencia, el juez ponente solicitó que se realice un nuevo sorteo para llamar a una nueva Conjueza o Conjuez. Mediante acta de sorteo de 7 de febrero de 2024, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa al Conjuez nacional Pablo Loayza Ortega. El 12 de abril de 2024, en virtud de que no se logró la mayoría requerida, el juez ponente solicitó que se realice el sorteo para llamar a una de la Conjuezas que se posesionaron el 26 de marzo y el 1 de abril del 2024, pertenecientes a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, hasta lograr la mayoría requerida. A través acta de sorteo de 17 de mayo de 2023, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa a la Conjueza nacional Katty Muñoz Vaca. El 10 de junio de 2024, el Juez ponente solicitó a la actuaria del proceso que siente razón informando si los conjueces nacionales Mónica Heredia Proaño y Fernando Cohn Zurita se encuentran actualmente en funciones. El mismo día, la secretaria relatora certificó que los doctores Mónica Heredia Proaño y Fernando Cohn Zurita ya no pertenecen a la Corte Nacional de Justicia, conforme las acciones de personal No. 1945-DNTH-2024-XC de 31 de mayo de 2024 y 1872-DNTH-2024-JG de 23 de mayo de 2024. En atención a la certificación mencionada, el 13 de junio de 2024, el juez ponente solicitó que se llame a dos conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo para completar el Tribunal. Mediante acta de sorteo de 13 de junio de 2024, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa a la Conjueza nacional María Cristina Terán. A través de acta de sorteo de 13 de junio de 2024, radicó la competencia para continuar con el conocimiento de la causa a la Conjueza nacional Ximena Velasteguí Ayala. El 1 de julio de 2024, el Juez ponente solicitó a la actuaria del proceso que siente razón informando si los Conjueces nacionales Mauricio Espinosa Brito y Carlos Pazos Medina se encuentran actualmente en funciones. El 2 de julio de 2024, la secretaria relatora certificó que los doctores Mauricio Espinosa Brito y Carlos Pazos Medina ya no pertenecen a la Corte Nacional de Justicia, conforme las acciones de personal No. 2407-DNTH-2024-XC de 1 de julio de 2024 y 2408-DNTH-2024-XC de 1 de julio de 2024; **e)** Este Tribunal ampliado 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)**; **f)** El 18 de julio de 2024, el Tribunal de esta Sala de Casación resolvió de forma oral en audiencia; **g)** Con base en lo expuesto se emite la resolución de forma escrita y motivada, que contiene el voto de mayoría:

1.- ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. El 14 de agosto de 2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, mediante sus representantes presentó una acción de lesividad, pretendiendo que en sentencia:

Se declare válida y se ratifique la Resolución Ministerial No. 0000042, de 10 de abril de 2019, a

través de la cual se declaró lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución Ministerial No. 001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017 […], mediante el cual se otorgó la CARTA DE NATURALIZACIÓN a favor del señor JULIAN PAUL ASSANGE […] 2. Se declare la nulidad absoluta del Acto Administrativo contenido en la Resolución Ministerial No. 001-MREM-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017 […], mediante el cual se otorgó la CARTA DE NATURALIZACIÓN a favor del señor JULIAN PAUL ASSANGE, por estar viciada de ilegalidades, lesionar el interés público y la potestad estatal[1].

1.2. La competencia para conocer, tramitar y resolver esta acción de lesividad se radicó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante **" TDCA-Quito"**) y fue signada con el número 17811-2019-01266, para tal efecto, se delimitó como objeto de la controversia:

Sobre la base de la demanda presentada por la parte accionante, el objeto del debate es que este Tribunal verifique la legalidad de la Resolución No. 0000042 de 10 de abril de 2019 que declaró lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 001-MREMH-VMH-2017 de 12 de diciembre de 2017 que otorgó la carta de naturalización al demandado Julian Assange, sin perjuicio del control de legalidad al que se encuentra obligado[2].

1.3. El TDCA-Quito, el 23 de julio de 2021 resolvió:

[Aceptar] la demanda deducida por el Procurador Judicial del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; consecuentemente ratifica a) la nulidad de la Resolución No. 0001-MREMH-VMH de 12 de diciembre de 2017 expedida por el Viceministro de Movilidad Humana mediante la cual se concedió la naturalización a favor del señor Julian Paul Assange; y por tanto, b) la legalidad de la Resolución No. 0000042 de 10 de abril de 2019, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que declaró lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0001-MREMH-VMH; en consecuencia, se dispone que las cosas vuelvan al estado anterior a la fecha en que se expidió la resolución administrativa cuya lesividad ha sido declarada y ratificada en este fallo. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana deberá, para los fines legales pertinentes, remitir copias certificadas de esta sentencia, cuando ella se haya ejecutoriado, a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, Dirección General de Extranjería, Dirección Nacional de Migración, para que se proceda a los registros que correspondan; igualmente, deberá comunicar al Gobierno de Australia y otros gobiernos de considerarlo pertinente, a través de los mecanismos diplomáticos respectivos.- Se deja a salvo el derecho del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana para ejercitar las demás acciones legales de las que se crea asistido[3].

1.4. El 05 de octubre de 2021, el doctor Carlos Poveda Moreno en calidad Procurador Judicial del señor Julián Paúl Assange **"el casacionista"** presentó recurso extraordinario de casación de la sentencia de instancia, fundado en los numerales 1, 2 y 5 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP".

1.5. Posterior a la aclaración y ampliación respectiva, el 31 de enero de 2023, la Conjueza Nacional Hipatia Susana Ortiz Vargas, resolvió:

ADMITIR PARCIALMENTE a trámite [el recurso de casación], respecto a los casos Primero y Segundo del artículo 268 del código ibídem, de conformidad con lo expuesto en los numerales 4.4.4.1 y 4.4.2 de este auto. Se inadmite la causal Quinta por no cumplir con el requisito establecido en el numeral 4 del artículo 267 del antes nombrado cuerpo legal[4].

1.7.- EL 18 de julio del 2024, el Tribunal en audiencia pública, de conformidad con los artículos 272 y 273 del COGEP, por decisión de mayoría emitió decisión, por lo que corresponde emitir sentencia escrita debidamente motivada, y para hacerlo se considera:

2. VALIDEZ PROCESAL

2.1. Estando la causa para resolver, este Tribunal no observa que se hayan infringido reglas de trámite que lesionen la categoría de derechos de protección de las partes procesales, ni omisiones de solemnidades sustanciales que degeneren en nulidad

[1] Foja 643 del expediente jurisdiccional.
[2] Expediente de instancia foja 945 vuelta.
[3] Foja 948 vuelta del expediente.
[4] Foja 16 vuelta del expediente de casación.

alguna. Así tampoco, de la revisión integral de los expedientes puestos a conocimiento de esta autoridad jurisdiccional 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 extraordinario 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. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1.- Con relación a los cargos de casación admitidos, en su libelo inicial y en su escrito de aclaración, el casacionista alega lo siguiente en relación con la causal primera del artículo 268 del COGEP:
6.1.1.- Una vez que la República del Ecuador de forma anti constitucional y contrariando todo precepto de derechos humanos reconocidos en el Derecho Internacional Humanitario, da por concluido el asilo diplomático a favor del ecuatoriano/australiano Julián Paúl Assange, con fecha 11 de abril del año 2013, es trasladado de forma inmediata por decisión de una Autoridad Judicial británica a la cárcel de Belmnarsh ubicada en la localidad de Thamasmead […] del Reino Unido.
6.1.3.- En este libelo inicial, se estipula que la demanda debe ser citada al demandado en la siguiente dirección: Heath Care Unit, HM Prisión Belmarsh, Western Way, London […].
6.1.4.- Posterior a la presentación, calificación y ampliación del contenido de demanda, se procede a disponer la citación del demandado, para lo cual adicionalmente se dispone al amparo de lo que dispone el artículo 158 del Código Orgánico de la Función Judicial en relación por lo dispuesto en artículo 70 del Código Orgánico General de Procesos; y, 5 literal j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, realizar el respectivo EXHORTO ante las Autoridades Consulares del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
Se dispone además la traducción de los siguientes documentos: a) Demanda; b) auto de sustanciación de fecha 16 de agosto de 2019, c) auto de calificación del libelo inicial. Debe recalcarse que, a la presentación de la demanda de trámite contencioso administrativo, fue acompañada de DIECINUEVE ANEXOS en CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES FOJAS. […] De conformidad a las disposiciones del COGEP en materia de citación y toda vez que, dentro de la demanda propuesta se anuncian los medios probatorios, motivo por el cual de conformidad a lo que dispone el artículo 54 del COGEP, el juzgador debía velar para que la citación a un privado de libertad en una cárcel británica sea eficiente, tomando en cuenta que a la fecha en la que se libre el mismo se verificada la crisis sanitaria producida por el COVID-19 lo que originaba restricciones generales al interior de estos centros e privación de libertad, sobre todo que necesariamente se debía coordinar una defensa de carácter internacional entre Gran Bretaña y la República del Ecuador, en el efecto de contactar con el demandado a través de vía telemática[5].
3.2.-Sobre el cargo del caso segundo del artículo 268 de COGEP, el recurrente señala:
El Derecho a adoptar una decisión debidamente motivada, más allá de ser considerado un mecanismo legal, es una exigencia de carácter democrático por cuanto el acceso a la justicia transparente y específica con todos sus elementos considerativos, por permitir generar la legitimación de los organismos jurisdiccionales a través de sus decisiones.
[…] a pesar de que la Corte Constitucional ha flexibilizado su posición referente a la exigencia motivacional, no deja de exigir una coherencia entre los argumentos de los sujetos procesales y a la sentencia; situación que no se vislumbra en la resolución asumida (sic), por cuanto el corporativo jurisdiccional nunca se pronunció sobre los siguientes hechos y fundamentos, a pesar que fueron esgrimidos en la audiencia preliminar y juicio respectivamente:
a.- Sobre la aplicación del artículo 34 del Convenio sobre Estatuto de Refugiados.
b.- sobre la opinión consultiva OC-25/18 de fecha 30 de mayo de 2018 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha: (sic)
c.- Artículo 81 de la Ley de Movilidad Humana en lo referente a la existencia de los elementos de lesividad:
d. Artículo 115 del Código Orgánico Administrativo, en lo que respecta a los requisitos de la lesividad de los actos emanados por el Estado; y,
e. Caducidad de la lesividad al amparo de lo que

[5] Foja 965 y 966 del expediente jurisdiccional.

dispone el artículo 306 numeral 4 del COGEP[6]

4.- PROBLEMA JURÍDICO

4.1.- Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso de casación, de su escrito de ampliación y aclaración, y del auto de admisión emitido por la Conjueza Nacional, este Tribunal advierte un problema jurídico a resolver que corresponde a los casos previstos en el artículo 268 numerales 1 y 2 del COGEP. De conformidad a la naturaleza del yerro acusado, sólo en el caso de ser declarado procedente, 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 sean considerado un menoscabo al principio de tutela judicial efectiva conforme lo ha señalado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 1433-13-EP/19.

5. Análisis del tribunal de casación.

CASO PRIMERO.- 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.

5.1.- 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 procedendo* 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 de carácter preponderante o transcendente para la resolución de un litigio.

5.2.- 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.

5.3.- El casacionista en su recurso genera un extenso planteamiento en relación a la falta de aplicación de diferentes normas que se reducirían en lo siguiente:

> […] falta de aplicación de las normas consagradas en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), g), h), l), m) de la Constitución de la República, en relación con lo que dispone el artículo 158 del Código Orgánico de la Función Judicial en relación por lo dispuesto en artículo 70 del Código Orgánico General de Procesos; y, letra j) del artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, al realizar el respectivo EXHORTO ante las Autoridades Consulares del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte[7].

5.4.- Esta Sala debe precisar que cuando se argumenta el yerro de violación in procedendo, resulta esencial que el recurrente cumpla no solamente con señalar las normas jurídicas no aplicadas al proceso, sino también que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, cumpliendo entonces con el principio de especificidad que irradia este recurso de casación.

5.5.- Ahora bien, resulta necesario referir que el casacionista afirma que se habría "impedido que se expongan e interpongan ante el Tribunal A quo, las excepciones previas ante el juicio de lesividad planteado en contra de mi mandante" [8], a más de que, "Por la distancia y las circunstancias del caso me fue imposible como abogado defensor contactarme con mi defendido, y lo que se realizó inclusive fue la petición de copias, las mismas que tuvieron una rémora injustificada" [9] (sic).

5.6.- Para el caso sub judice, es importante para resolver el planteamiento del recurrente considerar lo siguiente:

5.6.1.- Los artículos 158 del COFJ[10], así como al artículo 5 letra j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se refieren precisamente

---

[6] Foja 969 de expediente jurisdiccional.
[7] Foja 5 – 6 del expediente jurisdiccional.
[8] Foja 6 del expediente jurisdiccional.
[9] Ibídem.
[10] Es importante referir que en el auto de admisión del recurso se encuentra determinado como admitido la falta de aplicación del artículo 158 del COGEP, sin embargo, se trata de un lapsus calami, ya que realmente se trata del artículo 158 del COFJ atento a la aclaración del recurso de casación.

sobre la competencia para deprecar, comisionar o exhortar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito territorial, especialmente en cuanto a las comunicaciones internacionales, sin embargo de este planteamiento, revisado que ha sido el expediente procesal, se refleja que en el auto de fecha 20 de septiembre de 2019, si se aplican los enunciados normativos citados por el recurrente para practicar la citación, de la siguiente manera:
En consecuencia y en aplicación de los artículos 158 del Código Orgánico de la Función Judicial y 70 del Código Orgánico general de Procesos, con base en el artículo 5, letra j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se ordena se remita exhorto dirigido a las Autoridades Consulares del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte."; y en su lugar dirá: "2.1) La citación del Señor JULIAN PAUL ASSANGE, se lo realizará en Her Majesty's Prision Belmarsh, ubicada en: Western Way, London SE28 OEBUK, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con número asignado A937AY. En consecuencia y en aplicación de los artículos 158 del Código Orgánico de la Función Judicial y 70 del Código Orgánico General de Procesos, con base en el artículo 5, letra j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se ordena se remita CARTA ROGATORIA dirigida a las AUTORIDADES JUDICIALES competentes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte." En todo lo demás el referido auto queda inalterable. 3) Con la finalidad de dar cumplimiento a la carta rogatoria dispuesta en el auto de calificación y en presente auto se dispone al Perito designado dentro de la presente causa señor Alik Marcos Chang Shimanskii y debidamente posesionado realice la traducción respectiva del escrito presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de fecha 11 de septiembre del 2019 […].

5.6.2.- Por otro lado, en relación con el impedimento de poder ejercer el derecho a la defensa como interponer excepciones dentro del proceso, esta Sala debe precisar que, conforme el auto emitido el 25 de noviembre de 2020 a las 11h57, el Tribunal a quo señaló que se practicó la citación en debida forma al recurrente, conforme el siguiente argumento:
Continuando con la respectiva sustanciación de la causa y revisados que han sido los recaudos procesales, se evidencia que el demandado: JULIAN PAUL ASSANGE, fue citado en legal y debida forma el día 28 de mayo del 2020, conforme consta del CERTIFICADO DE CITACIÓN DE PROCESO EXTRANJERO, que obra de fs. 603 a 604, teniendo treinta días para contestar la demanda, sin embargo dicho término feneció el día 27 de julio del 2020; tomando en cuenta que ha sido citado el referido demandado, el 28 de mayo del 2020, mientras duraba el estado de excepción decretado en el país; se considera como primer día hábil para la contabilización del termino para contestar la demanda el día 15 de junio del 2020, al amparo de lo dispuesto en la resolución no. 07-2020 emitida por el pleno de la corte nacional de justicia; fecha hasta la cual, el demandado no ha contestado la demanda ni ha señalado domicilio judicial. En consecuencia considérese la falta de contestación a la demanda por parte del demandado, JULIAN PAUL ASSANGE, así como negativa de los hechos alegados y contenidos en la demanda, de conformidad a lo establecido en el artículo 157 del COGEP.

5.6.3.- Así mismo, revisado las fojas 600-606 del expediente jurisdiccional se encuentra entre otros documentos en relación a la práctica de la citación, la Nota Nro. MREMH-DAJIMH-2020-0990-N de fecha 06 de agosto de 2020, en donde se detalla: Mediante Nota No. […] la Embajada del Ecuador en Gran Bretaña, traslada copia digital de la Nota Verbal No 42-01/2020, mediante la cual el Servicio de Legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido, devuelve debidamente diligenciado el exhorto 497-2019, con la confirmación de los detalles del cumplimiento de la diligencia […] En lo específico, según la traducción de cortesía anexa, el Certificado de Citación contiene la siguiente razón actuarial […] En nombre del Oficial Mayor de las Corte Mayores de Inglaterra y Gales, División de Estrados de la Reina, CERTIFICO que se citó con la copia del documento adjunto, el 28 de mayo de 2020, al señor Julian Paúl Assange, en La Unidad de Cuidados de Salud, HM Prisión de Belmarsh, (El termino HM hace referencia a "Her Majesty's", es decir "De Su Majestad" para denominar edificios públicos de propiedad de la Corona Británica)[11]

5.6.4.- Por otro lado, en relación con los documentos con los que se debía citar al legitimado

[11] Foja 601 del expediente jurisdiccional.

pasivo, conforme consta en el auto de fecha 6 de septiembre de 2019, se desprende que la autoridad jurisdiccional al ordenar practicar el acto de citación señala "la citación al demandado en el domicilio señalado en el libelo de demanda y su complemento, para lo cual se adjuntará la demanda, auto de sustanciación de fecha 16 de agosto del 2019, las 13h48 (fojas 490), complemento de la demanda y este auto inicial" [12], empero de ello, sobre este argumento se debe precisar que el ordenamiento jurídico nacional prescribe claramente que la "citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado, el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas" [13]; y, en relación con la citación personal el legislador orgánico ha establecido la orden de que los documentos que se deben acompañar para la citación serán los siguientes: "el contenido de la demanda, de la petición de una diligencia preparatoria, de todas las providencias recaídas en ella y de cualquier otra información que a juicio de la o del juzgador sea necesaria para que las partes estén en condiciones de ejercer sus derechos" [14], pese a ello, esta Sala debe ser enfática que en relación con los medios probatorios que se adjuntan a la demanda existen un conjunto de etapas procesales prescritas en el COGEP para ejercer el derecho a la defensa, empero en los párrafos siguientes se expondrá más elementos sobre el debido proceso y la indefensión.

5.6.5.- Por último sobre la capacidad de ejercer la defensa técnica en el proceso, es oportuno señalar que se encuentra acreditado en el proceso que se ha realizado la citación con los documentos que prescribe el ordenamiento jurídico, sin embargo, la responsabilidad de comparecer o no al proceso, así como la carga de los efectos de no hacerlo, tienen como sujeto de imputación o asignación de la responsabilidad al demandado; y, conforme el auto emitido el 01 de febrero de 2021 12h18 se identifica la comparecencia de la defensa técnica del recurrente al proceso, esto, previo a la realización de la audiencia preliminar y de juicio, en donde actuaron debidamente, presentaron argumentos y pudieron contradecirlos, hasta ejercer derechos tales como presentar recurso de apelación (indebidamente) y casación.

5.7.- Para dar un mayor detalle sobre la existencia o no de vulneración del derecho a la defensa, esta Sala estima necesario precisar lo siguiente:

5.7.1.- El artículo 76 numeral 1 de la Constitución reconoce la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes, implicando aquello "que [los] operadores de justicia tienen la obligación de aplicar las normas jurídicas que correspondan en el caso concreto" [15]. Ahora bien, este tipo de garantías forman parte de aquellas denominadas impropias, "esto es que su vulneración tiene, básicamente, dos requisitos: (i) la violación de alguna regla de trámite y (ii) el consecuente socavamiento del principio del debido proceso" [16].

5.7.2.- El artículo 76 numeral 7 letra a) de la Constitución reconoce el derecho a la defensa, sin embargo, para identificar que existe vulneración a este derecho la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 2035-16-EP/21 párrafo 31 señaló lo siguiente:

> [...] Para verificar la violación del derecho a la defensa, se debe determinar si el accionante fue dejado en indefensión como sujeto procesal. Esto es, que se le haya impedido comparecer al proceso o a una diligencia determinante del mismo; o, que pese a haber comparecido, no haya contado con el tiempo suficiente para preparar una defensa técnica adecuada; o igualmente que, en razón de un acto u omisión de la autoridad judicial, el sujeto no haya tenido la oportunidad procesal de hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, como por ejemplo presentar pruebas, impugnar una resolución, etc.

5.7.3.- Así mismo, la Constitución de 2008 en el artículo 76 numeral 7 letra a), b) c), g) y h) reconoció un conjunto de garantías mínimas como parte del derecho a la defensa, entre las que se encuentra la proscripción de "ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento", así como "el derecho de los sujetos procesales de ser escuchados dentro del proceso de forma oportuna y en igualdad de condiciones, reconocida en el literal c) del artículo 76.7 de la

[12] Foja 779 expediente jurisdiccional.
[13] Código Orgánico General de Procesos, artículo 53.
[14] Ibídem, artículo 54.
[15] Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 345-18-EP/23, Caso No. 345-18-EP, emitida el 18 de enero de 2023.
[16] Ibídem, párrafo 20.

Constitución. Así también, se relaciona con la posibilidad de presentar a la autoridad jurisdiccional los argumentos o pruebas que le asistan y la de contradecir los presentados por la contraparte" [17].
5.7.4.- Este derecho es de trascendental importancia, pues compacta a todo el proceso jurisdiccional, por lo que, " debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, sin que pueda obstaculizarse ni negarse su ejercicio en ningún momento procesal, pues ello conllevaría a generar un estado de indefensión" [18].
5.7.5.- En relación a la "ausencia de citación [al] señor Julián Paúl Assange" -Conforme el ordenamiento jurídico nacional la citación es un requisito esencial para asegurar el derecho a la defensa, sin embargo, para que se configure una vulneración del derecho " la falta o defectuosa [citación], [debe] en efecto [dejar en] indefensión como sujeto procesal" [19], sin embargo de aquello, en el caso sub judice, conforme se detalló en el párrafo 5.6.3, el acto de citar al demandando se habría cumplido de manera oportuna y conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo que, no se ha configurado la falta de citación alegada por el recurrente.
5.7.6.- Sobre el ejercicio del derecho a la defensa con abogado/a, esta Sala Especializada aclara que es parte del derecho a la defensa que las partes procesales y en este caso demandadas, gocen de la garantía de ser asistidos en todo el proceso por una defensa técnica escogida libremente conforme sus preferencias y conciencia; y, "si alguna de las partes no se encuentra en la capacidad de nombrar un abogado defensor, el ordenamiento jurídico ha establecido la posibilidad de que se le asigne un defensor público que pueda velar por sus intereses" [20], particular que implica del profesional del Derecho un conjunto de deberes prescritos en el artículo 331 del Código Orgánico de la Función Judicial. En esa medida, atento a lo detallado en el párrafo 5.6.5, el legitimado pasivo tiene una defensa técnica libremente seleccionada, sin que exista constancia procesal del relevo en la defensa técnica o una renuncia expresa conforme lo prescrito en el ordenamiento jurídico; profesional del Derecho que se encontraba en la obligación de defender los derechos e intereses del legitimado activo pasivo en las diferentes etapas del proceso, en esa medida, no existe constancia procesal que se ha privado de ser asistido por una defensa técnica.
5.8.- Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala infiere que el recurrente no ha cumplido con el deber de acreditar de manera técnica el cargo argumentado, a más de que, no se ha verificado la vulneración del derecho a la defensa afirmado por el recurrente, incumpliendo entonces con los principios de transcendencia y especificidad en el cargo, por lo que, se niega el recurso extraordinario de casación por este extremo.
CASO SEGUNDO: 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:
5.9. El caso segundo del artículo 268 del COGEP, 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 cumpla el requisito de motivación.
5.10. En este orden, dentro del espectro de la categoría de derechos de protección, se encuentran las garantías del debido proceso; y, entre ellas la Constitución de Montecristi en el artículo 76 numeral 7 letra l) ha reconocido a la garantía de la motivación. Esta garantía constituye el requisito básico para la validez de " las resoluciones de los poderes públicos" [21], lo cual incluye las resoluciones emitidas por la función judicial. La protección de esta garantía del debido proceso configura un elemento indispensable para tutelar la vigencia de la dimensión argumentativa del Derecho, y, por ende, del Estado Constitucional de derechos y justicia.
5.11. La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 1158-17-EP/21 decidió alejarse

[17] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia 2900-18-EP/23", Caso 2900-18-EP, emitida el 16 de agosto de 2023. Párrafo 36.
[18] Ibídem. Párrafo 34.
[19] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 627-19-EP/23", en caso No. 627-19-EP, emitido en fecha 16 de agosto de 2023. Párrafo 26.
[20] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 1521-18-EP/23", en Caso 1521-18-EP, emitido en fecha 2 de agosto de 2023. Párrafo 16.
[21] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 20 de Octubre de 2008, Art. 76.7.l.

explícitamente del "test de motivación", el cual "consist[ía] en verificar si la motivación bajo examen cumple conjuntamente con estos tres parámetros: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad".[22] En su lugar, determinó que:

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. [23]

5.12. En síntesis, el nuevo criterio rector fijado por la Corte Constitucional, demanda que para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, se deba comprobar que en el acto jurisdiccional impugnado haya existido: **(i)** una fundamentación normativa suficiente, y **(ii)** una fundamentación fáctica suficiente. La fundamentación normativa deberá: "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 [y] debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso" [24]; mientras que la fundamentación fáctica deberá contar con "una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso".[25]

5.13. Vale precisar que el máximo organismo de interpretación y control constitucional ha señalado que:

> [C]uando se acusa el incumplimiento de la garantía de la motivación −incluso si se lo hace con base en el test de motivación–, 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.[26]

5.14. Ahora bien, conforme el numeral 3.2 de esta decisión el recurrente afirma que existiría una deficiencia motivacional de apariencia, específicamente incongruencia frente a las partes, pues, no se han respondido un conjunto de argumentos que a decir del recurrente son relevantes para resolver el problema jurídico. En esa medida, para tratar este cargo y considerar tanto una posible insuficiencia motivacional como una apariencia en la motivación, se realiza el siguiente análisis:

5.14.1.- La decisión recurrida está compuesta (en su estructura) de la siguiente manera: a) Vistos: en donde constan la comparecencia de las partes al proceso; b) Nulidades: en donde se declara la validez procesal, analizando para tal efecto la citación y la comparecencia al proceso por parte del demandado; c) Legitimidad, Oportunidad y Controversia: refiriéndose en esta parte a las legitimaciones dentro del proceso, la oportunidad para presentar la acción de lesividad, y determina el objeto de la controversia; d) Excepciones previas: al no haber contestado la demanda oportunamente no existen excepciones previas para resolver; e) De las pruebas: constan 14 numerales; f) De la valoración de la prueba en relación a la demanda de impugnación y control de legalidad, en donde encontramos un acápite de la materia no controvertida integrado por dos numerales; posteriormente se encuentra el acápite de normativa aplicable; y, por último el análisis de la normativa aplicable al caso concreto que se encuentra compuesto por 8 numerales que tratan: f.1: Lo prescrito en el artículo 115 del Código Orgánico Administrativo; y, 81 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana; f.2.- Análisis de la acción de lesividad como institución; f.3.- Análisis del acto administrativo declarado lesivo en vía administrativa; y, del acto administrativo de lesividad: f.4.- Competencia para emitir un acto administrativo de lesividad; f.5.– Inferencia sobre la legitimidad del acto administrativo de lesividad; y, por último, g) La resolución de la causa.

---

[22] Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 1158-17-EP/21", caso No. 1158-17-EP, emitido el 20 de octubre de 2021, párr. 32
[23] Ibídem, párr. 61
[24] Ibídem, párrafo 61.1.
[25] Íbídem, párr. 61.2.
[26] Ídem, párr. 101.

5.14.2. Con relación a los hechos probados en el proceso, el TDCA-Quito señaló:
6.3.8.-En la especie, es evidente que la Resolución No. 0000042 de 10 de abril de 2019, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que declaró lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0001-MREMH-VMH por la que confirió la carta de naturalización al ciudadano australiano Julian Paul Assange, por afectar al interés público y a la potestad estatal, está sustentada en las disposiciones constitucionales y legales ya señaladas las que además son aplicables a los hechos irregulares que han sido advertidos y que obran de la documentación que sirve de sustento para la expedición de la indicada resolución, a los cuales se ha hecho referencia en la parte que motiva la resolución administrativa de lesividad que corren de fojas 1 a 229 de los autos; justificándose con ello el obrar de la Administración Actora que estimó la existencia de específcos incumplimientos a la normativa aplicable a la naturalización y concesión de la nacionalidad ecuatoriana y de pasaporte diplomático a dicha persona, así como irregularidades relacionadas, entre otras, con: la residencia continua en territorio ecuatoriano y pertinencia de invocar el estatuto de persona bajo protección internacional, el incumplimiento en la presentación del documento de identidad, ausencia de demostración de medios lícitos de vida, el incumplimiento del procedimiento reglamentario para la prueba de conocimiento, el indebido e ilegal procedimiento en la entrevista, la omisión de notificación a la autoridad de control migratorio, la emisión ilegítima de un dictamen ad-hoc, al margen del Estatuto Orgánico de Procesos, el incumplimiento de la Ley de Arancel Consular y Diplomático, la falta de ingreso de los datos sobre la naturalización del accionado y la falta de pago y recaudación de derechos y tasas, falta de pago de timbres en carta de naturalización, las inconsistencias técnicas y de seguridad existentes en la emisión de la carta de naturalización, etc., irregularidades observadas en su gran mayoría por la Contraloría General del Estado en el Informe General DNA 1-0038-2019 de 27 de junio de 2019 (Fjs. 269, 270, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 291, 292, 293, 294, 295, 304, 305, 307, 308, 309, 313), las mismas que han sido verificadas por este Tribunal durante el proceso y dentro del control de legalidad al expediente administrativo (fjs. 1-229) al que se encuentra obligado por ley [27]
5.14.3.- Concretamente en lo referente a la fundamentación normativa el TDCA-DM Quito señala lo siguiente:
El artículo 115 del Código Orgánico Administrativo dispone […] Por otro lado, el artículo 81 de la LOMH prescribe […] Finalmente el artículo 217 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial se establece como atribución propia de la jurisdicción contencioso administrativa la de "Conocer las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración". […]el recurso de lesividad es una operación judicial reflexiva, en la cual entran en movimiento las potestades estatales de control, de administración y jurisdiccional, que confluyen en lo que se denomina JURISDICCION DE CONTROL ADMINISTRATIVA, por medio de la cual se hace el control de las operaciones de la administración pública y en su análisis se administra justicia, sea confirmando la legalidad del acto o anulándolo, dejándolo sin efecto, con los efectos revocatorios que eventualmente puedan derivarse de la resolución. Ese pronunciamiento ha de estar sometido a las probanzas procesales y a la Ley.- 6.3.6.- Los artículos 71 (Carta de naturalización.- (…) podrán solicitar la carta de naturalización: numeral 1. Las personas extranjeras que hayan residido de forma regular y continua al menos tres años en el Ecuador) y 72 (Requisitos para la obtención de la carta de naturalización.- (…) numeral 1. Haber residido de forma regular y continua al menos tres años en el Ecuador, o haber sido reconocido como apátrida por el Estado ecuatoriano y residir en el país al menos dos años a partir de tal reconocimiento) de la LOMH (sic) establecen las condiciones que se requieren para obtener la nacionalidad ecuatoriana por naturalización. El artículo 81 de la misma Ley (Nulidad de la carta de naturalización) en concordancia con el artículo 73 del reglamento a la LOMH (Nulidad de la carta de naturalización.- (…) 2. Por haber presentado documentos falsos o por el cometimiento de fraude a la ley en el procedimiento de concesión. (…); disposiciones que concuerdan, como se ha señalado anteriormente, con los artículos 217 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial y 115

[27] Expediente de instancia. Fs. 129-130.

Código Orgánico Administrativo que, en el caso, habilitan al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana a expedir el acto administrativo que establezca que otro acto emanado de la misma administración es lesivo al interés público.- 6.3.7.- Este Tribunal tiene facultades legales expresas para realizar un control de toda la actividad administrativa ejecutada por las entidades y organismos públicos, en ejercicio de la plena jurisdicción concedida por los artículos 300, 313 y el numeral 1 del Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos.

5.14.4. Finalmente, en virtud de las pruebas analizadas y la fundamentación normativa expuesta, el Tribunal A quo resolvió:

> […] acepta [r] la demanda deducida por el Procurador Judicial del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; consecuentemente ratifica a) la nulidad de la Resolución No. 0001-MREMH-VMH de 12 de diciembre de 2017 expedida por el Viceministro de Movilidad Humana mediante la cual se concedió la naturalización a favor del señor Julian Paul Assange; y por tanto, b) la legalidad de la Resolución No. 0000042 de 10 de abril de 2019, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que declaró lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0001-MREMH-VMH; en consecuencia, se dispone que las cosas vuelvan al estado anterior a la fecha en que se expidió la resolución administrativa cuya lesividad ha sido declarada y ratificada en este fallo. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana deberá, para los fnes legales pertinentes, remitir copias certificadas de esta sentencia, cuando ella se haya ejecutoriado, a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, Dirección General de Extranjería, Dirección Nacional de Migración, para que se proceda a los registros que correspondan; igualmente, deberá comunicar al Gobierno de Australia y otros gobiernos de considerarlo pertinente, a través de los mecanismos diplomáticos respectivos

5.15. Con aquellas consideraciones, esta Sala especializada llega a la conclusión de que la sentencia recurrida sí cumplió con los elementos constitutivos del criterio rector de motivación, es decir, a) Se identifica una fundamentación normativa suficiente, esto es, se cita el Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica de Movilidad Humana, Código Orgánico General de Procesos; Código Orgánico de la Función Judicial y otras normas; y, b) Se observa una fundamentación fáctica suficiente relacionado con el conjunto de hechos propuestos, pruebas practicadas; y, hechos acreditados, particular que para el caso *sub judice* no implica la vulneración de la garantía de la motivación conforme se ha señalado; sin que aquello implique que esta Sala de Casación esté de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia.

5.16.- Ahora bien, es necesario que este Tribunal Nacional advierta que el casacionista de forma expresa ha hecho alusión a un eventual vicio de incongruencia frente a las partes, el cual en palabras de la Corte Constitucional ha sido delimitado como:

86. 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) […].

87. La incongruencia frente a las partes no 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.[28]

5.17.- Al respecto el casacionista sostiene que no se habría dado una respuesta motivada a un conjunto de argumentos relacionados con la aplicación de diferentes normas y un argumento central sobre la caducidad, ahora bien, para resolver estos cargos, esta Sala debe realizar las siguientes precisiones:

5.17.1.- Atento al párrafo 5.14 de esta decisión, se puede observar que los argumentos relacionados con la aplicación de los artículos 115 del Código Orgánico Administrativo y 81 de la Ley de Movilidad Humana, sí son analizados, estudiados y resueltos, observando entonces que en la sentencia recurrida se realiza un a) Análisis de la acción de lesividad como institución; b) Análisis del acto

[28] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 86-87.

administrativo declarado lesivo en vía administrativa; y, del acto administrativo de lesividad: c) Competencia para emitir un acto administrativo de lesividad; d) Inferencia sobre la legitimidad del acto administrativo de lesividad; sin embargo de ello, esta Sala precisa que en este cargo no se pueden analizar ni las garantías de la corrección de la decisión ni del proceso. En esa medida, no existe la falta de respuesta al argumento generado por el recurrente, reiterando que no se está analizando la corrección de la motivación sino su suficiencia.

5.17.2.- En relación con la caducidad de la lesividad al amparo del artículo 306 numeral 4 del COGEP, se puede observar que la decisión recurrida en el numeral 3.2 señala lo siguiente "La presente acción contenciosa administrativa ha sido presentada oportunamente pues la institución accionante ha concurrido de plazo previsto en el artículo 306 numeral 4 del COGEP a presentar la demanda" [29], bajo esos contextos, no se logra evidenciar la omisión afirmada por el recurente.

5.17.3.- Vinculado con la aplicación del artículo 34 del Convenio del Estatuto de Refugiados; y, opinión consultiva OC-25/18 de fecha 30 de mayo de 2018 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este Tribunal realiza las siguientes precisiones:

5.17.3.1.- Conforme se detalló anteriormente, la garantía de la motivación no implica por supuesto la corrección de la argumentación o propiamente del proceso, esto quiere decir que "algunas incorrecciones conforme al Derecho constituyen desaciertos en la interpretación y aplicación de normas sobre derechos o garantías fundamentales distintos a la garantía de la motivación; para enmendarlas, está disponible todo un sistema de garantías jurisdiccionales, además de las garantías procesales ordinarias" [30], este estándar es importante tomarlo en consideración, ya que, el recurrente afirma que existiría falta de aplicación de instrumentos internacionales, sin embargo, imputa este yerro tanto al caso segundo, cuanto quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, aquello implica que esta Sala Especializada, por ser el recurso de casación formal y extraordinario, se encuentra impedido de analizar los fundamentos expuestos con el caso 5 del artículo 268 del COGEP que no fue admitido por el Conjuez, pues, aquello vulneraría de manera directa el derecho principio a la seguridad jurídica y debido proceso, por lo que, no es legalmente procedente analizar este cargo dentro del proceso.

5.18.- Por último, es de sustancial importancia para este Tribunal recordar al auditorio social que las alegaciones relativas a la corrección/incorrección en la motivación de la decisión judicial que se encuentre vinculado a la falta o indebida aplicación de normas jurídicas, así como errónea interpretación de enunciados deben ser propuestos de manera técnica mediante las garantías jurisdiccionales y mecanismos adecuados y eficaces prescritos en el ordenamiento jurídico, ya que, a través de un cargo de presunta violación de la garantía de motivación en sede casacional resulta jurídica y técnicamente imposible revisar correcciones argumentales en cuanto a la interpretación o aplicación de las normas jurídicas tanto sustantivas como de valoración de la prueba, esto en razón de que, el recurrente afirma expresamente que el Tribunal *a quo*: a) No aplicó un conjunto de normas jurídicas; y, b) "Tampoco se explica de manera técnica la forma en la cual siendo el basamento un informe de examen especial, proveniente de la labor de un equipo auditor, sea considerada como prueba sin que los funcionarios que realizaron tal análisis y estudio hayan comparecido a la audiencia de juicio y solamente se haya remitido a la exhibición en calidad de documentos, más no de evidencia documentada" [31].

5.19.- En esa medida, al estar ante una Casación que es "extraordinari[a], excepcional" [32], formal, independiente, axiomática, con carácter "técnico y dispositivo" [33] "[e]l Juez de casación no puede examinar de oficio la legalidad de la sentencia" [34], por lo que, "lo defectos de esta deben ser expresamente denunciados" [35] (salvo marcadas excepciones), de ahí que el Recurso Extraordinario de Casación tenga como objetivo la nomofilaquia "guardián de las leyes"

---

[29] Foja 945 vuelta del expediente jurisdiccional.
[30] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 29.
[31] Foja 969 del expediente procesal.-
[32] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia 2098-13-EP/19", en Caso 2098-13-EP, emitido el 11 de diciembre de 2019.
[33] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia Nro. 030-15-SEP-CC", en Caso No. 0849-13-EP, emitido en fecha 4 de febrero de 2015, página 10.
[34] Yajaira Andrade Torres, *Manual Práctico del Recurso Extraordinario de Casación*, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), página 101.
[35] Ibídem.

esto es, que "el principal objetivo de la casación: es la defensa de la Ley; el respeto que debe existir al marco jurídico" [36]; y, sólo secundariamente defiende el interés privado. Por ello, estando supeditado el Recurso Extraordinario de Casación al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente; y, al identificar que no existe la vulneración a la garantía de la motivación conforme se ha determinado anteriormente, el cargo formulado por el casacionista no puede prosperar.

6. 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. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el señor Julián Paúl Assange mediante su procurador judicial doctor Carlos Poveda Moreno.

6.3. No casar la sentencia de 23 de julio de 2021, emitida por Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la causa No. 17811-2019-01266;

6.4. Disponer la devolución del expediente procesal al juzgado de origen;

6.5. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora;

6.6. Notifíquese y cúmplase.

f) DR. MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. XIMENA DEL ROCIO VELASTEGUI AYALA **CONJUEZA NACIONAL** DRA. MARIA CRISTINA TERAN ORBEA **CONJUEZ NACIONAL** DRA. KATTY MISHEL MUÑOZ VACA **CONJUEZ NACIONAL** DR. PABLO FERNANDO LOAYZA ORTEGA **CONJUEZ NACIONAL** DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL** DRA. HIPATIA SUSANA ORTIZ VARGAS **JUEZA NACIONAL (e)**

VOTO SALVADO

Juez Ponente: Dr. Milton Enríquez Velásquez Díaz

VISTOS: En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), el infrascrito juez nacional procede a fundamentar su disidencia de fundamentos a través del siguiente voto salvado:

I. ANÁLISIS

Respuesta al cargo segundo del artículo 268 COGEP:

1.1 Encontrándome de acuerdo con el análisis del fallo de mayoría con relación a la causal primera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, mi disidencia comienza con el análisis de la motivación de la sentencia impugnada, en el contexto de la causal segunda casacional de nuestro cuerpo adjetivo vigente. Conforme a la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, acogida por esta Sala Especializada, la garantía de la motivación busca, básicamente, que la decisión judicial tenga una motivación suficiente, con mención de hechos, derecho y pertinencia en su aplicación, conforme el artículo 76 número 7 letra l) de la CR.

1.2 En el acápite 6 de la sentencia, titulado "Valoración de la prueba en relación a la demanda de impugnación y control de legalidad", concentra la principal carga motivacional de la sentencia impugnada. Dicho acápite se encuentra compuesto de distintos puntos, divididos en materia no controvertida (punto 6.1), normativa aplicable (6.2) y aplicación de la normativa al caso concreto (punto 6.3).

1.3 El análisis de las razones que sustentan la declaratoria de lesividad al interés público y la pretensión de anulación del acto administrativo de naturalización al señor Julian Assange se encuentran concretamente en el punto 6.3.8 de la sentencia impugnada. En él, se hace mención del objeto de la resolución administrativa impugnada, dando cuenta que su justificación se debe a la existencia de *"específicos incumplimientos a la normativa aplicable a la naturalización y concesión de la nacionalidad ecuatoriana y pasaporte diplomático a dicha persona, así como irregularidades relacionadas, entre otras con:*" A continuación se enlista una serie de supuestas irregularidades concluyendo lo siguiente:

[36] Corte Nacional de Justicia, "Sentencia Proceso N° 787-2010", en Caso 787-2010, emitida en fecha 26 de noviembre de 2012, página 3.

"irregularidades observadas en su gran mayoría por la Contraloría General del Estado en el Informe General DNA 100382019 de 27 de junio de 2019 (Fjs. 269, 270, 279, 280, 282, 283, 285, 286, 291, 292, 293, 294, 295, 304, 305, 307, 308. 309, 313), las mismas que han sido verificadas por este Tribunal durante el proceso y dentro del control de legalidad al expediente administrativo (fjs. 1-229) al que se encuentra obligado por ley". Luego de ello se pasó inmediatamente a la parte dispositiva de la sentencia.

1.4 Como puede observarse, el tribunal afirma que todas esas causales han sido verificadas por el tribunal, no obstante, no ha hecho mención alguna de cómo realizó dicha verificación, a partir de qué documentos o instrumentos probatorios, en concreto con cuáles disposiciones jurídicas y a qué conclusiones llegó. Apenas se sugiere que ellas fueron observadas por la Contraloría General del Estado (con mención de las fojas correspondientes), sin análisis alguno sobre los razonamientos de la Contraloría ni constancia de cómo el tribunal de origen coincide o concuerda con lo dicho por el ente de control.

1.5 En consecuencia, es evidente la insuficiencia tanto fáctica como jurídica de la sentencia en este punto, ya que, únicamente se ha limitado a indicar que coincide con las observaciones hechas por la Contraloría General del Estado, sin que indique de qué manera se verifican dichas inobservancias jurídicas en el procedimiento de naturalización ni en qué disposiciones jurídicas se fundan aquellas. Tampoco podríamos estimar que ese "acuerdo" con lo dicho por la CGE sea una motivación *per relationem* [Sentencia No. 1898-12-EP de 4 de diciembre del 2019. Caso No. 1898-12-EP, párr. 29], dado que no existe ni un pronunciamiento adicional, ni menos una argumentación crítica sobre el análisis del ente de control, incumpliendo así con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para que se configure dicha especie de motivación.

1.6 En consecuencia, se configura en la especie un vicio motivacional y, en razón del cual, se acepta el recurso de casación por este extremo.

II. SENTENCIA DE MÉRITO

2.1 Como consideración previa, hay que recordar que el sistema de nulidades de los actos administrativos se sostiene en las categorías de acto regular y acto irregular. El acto regular incluye en su concepción tanto al acto legítimo y válido como al que adolece de vicios menores que son susceptibles de reparación o de convalidación. Por otra parte, el acto irregular es el que contiene vicios que afectan a su validez y no admiten subsanación de ningún tipo.

2.2 Por lo tanto, la primera categoría contiene a los actos legítimos y a los que adolecen de vicios que generan anulabilidad, mientras que los segundos contienen a aquellos actos afectados por vicios mayores, que tienen como consecuencia su nulidad.

2.3 Esta categoría es también importante para comprender la utilización del mecanismo de lesividad, por medio del cual la revocatoria de actos administrativos es declarada, no por la autoridad administrativa, sino por la autoridad judicial. En ese sentido, para reestablecer el principio de juridicidad, la autoridad administrativa debe revisar sus propios actos y dejarlos sin efecto **por sí misma** si estima que adolecen de vicios al ordenamiento jurídico. Siendo esta la regla general, la excepción sería la lesividad, un mecanismo por medio del cual la administración pública no extingue el acto por sí mismo, sino que hace una verificación sobre si contienen vicios convalidables y si el acto es lesivo o no al interés público, y en caso de estimar que sí lo es, solicita a la autoridad judicial su extinción.

2.4 En este contexto, es importante considerar que, la Ley Orgánica de Movilidad Humana preveía que la nulidad de la carta de naturalización debía realizarse a través de la acción de lesividad.

2.5 Sin embargo, sobre este particular, a la época de la Ley de Migración y Extranjería, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al referirse a cartas de naturalización con vicios no convalidables que acarrean la nulidad del acto, ha indicado lo siguiente:

> *"En el presente caso, como ya se dijo, la declaratoria de Nacionalidad Ecuatoriana por naturalización a favor de la señora Ada de las Mercedes Abreu Cabezas se fundamentó en información falsa entregada por la propia beneficiaria de dicho acto, lo cual aparece de la de declaración juramentada y del certificado de movimiento migratorio, lo cual impide la convalidación del acto y ocasiona la nulidad de pleno derecho de dicha Declaratoria, por lo que no es necesaria la acción de lesividad (pues esta solo opera, como ya se dijo, contra actos administrativos regulares), por lo que la administración podía declarar su nulidad en cualquier momento, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 167 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva"* [Juicio No. 17741-2014-0210. Resolución No. 823-2017. Sentencia de fecha 18 de julio de 2017, las 08h23.]

2.6 A idéntica conclusión se puede arribar en el presente caso, siendo que la declaratoria de lesividad fue emitida el 10 de abril de 2019. El artículo

81 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana [R. O. S. 938 de 6 de febrero de 2017] indicaba:

"Art. 81.- Nulidad de la carta de naturalización. Sin perjuicio de la sanción penal correspondiente, previa acción de lesividad, la autoridad de movilidad humana declarará nula la naturalización de una persona cuando esta haya sido otorgada sobre la base de ocultación de hechos relevantes, documentos falsos o el cometimiento de fraude a la ley en el procedimiento de concesión.

La decisión deberá ser motivada, para su declaratoria se deberá seguir el debido proceso y será notificada a las autoridades correspondientes".

2.7 De dicho texto, se desprendería que ante una nulidad de la carta de naturalización, siempre debe acudirse al trámite previo de lesividad. No obstante, dicha conclusión sería errada y prematura ya que no considera que a la época ya se encontraba vigente el Código Orgánico Administrativo [R.O. S. 31 de 07jul.2017, con un año de vacatio legis desde su promulgación], que establece la finalidad de la lesividad, del siguiente modo:

"Art. 115. Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que ***contengan vicios convalidables.***

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnable únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial".

2.8 Como puede observarse, el COA estableció que la lesividad estaba enfocada solo a actos con vicios convalidables, y no a vicios no convalidables, que generarían nulidad. En la especie, la antinomia entre el artículo el artículo 81 de la LOMH y el COA se resuelve dando preferencia a la norma jurídica posterior. Además cabe mencionar que existió derogatoria expresa, conforme lo indica la disposición derogatoria Primera del propio Código antes referido.

2.9 En consecuencia, se concluye en primer lugar que, en el caso de cartas de naturalización, sus mecanismos de extinción por legitimidad están sujetos a las reglas del COA, razón por la cual no es necesaria la declaratoria y posterior acción de lesividad si existieran vicios que comportarán la nulidad de dichos actos.

2.10 Con tal antecedente, cuando la entidad administrativa revisa sus propios actos y está ante la duda de ir por el trámite de lesividad o por el de nulidad de oficio, es necesario que estudie el acto en cuestión y verifique de manera presuntiva si concurren supuestos vicios, sean de nulidad o de anulabilidad.

2.11 En este caso, esta Sala verificará los posibles vicios existentes en dicho acto y con ello analizar la procedencia de la acción de lesividad planteada. Cabe mencionar que esta Sala realizará simplemente una aproximación a esas posibles infracciones, y no una determinación cabal de las mismas, en razón de que en la especie se ha incurrido en violaciones al debido proceso en sede administrativa, como posteriormente se indicará.

2.12 En primer lugar, corresponde hacer una verificación presuntiva de los vicios que podrían acarrear nulidad. Según el texto de la Ley de Movilidad Humana vigente a la fecha, se observa que los requisitos para la naturalización son los siguientes:

"Art. 72. Requisitos para la obtención de la carta de naturalización. Son requisitos para obtener la carta de naturalización los siguientes:

1. Haber residido de forma regular y continua al menos tres años en el Ecuador, o haber sido reconocido como apátrida por el Estado ecuatoriano y residir en el país al menos dos años a partir de tal reconocimiento;

2. Tener más de 18 años cumplidos a la fecha de la solicitud;

3. Para las personas menores de 18 años se requerirá el consentimiento de quienes tengan la patria potestad o tutela legal, se escuchará la opinión de los niños, niñas y adolescentes conforme a lo establecido en la ley competente;

4. Partida de nacimiento o prueba supletoria debidamente legalizada y traducida al castellano de ser el caso, excepto en los casos de personas reconocidas por el Ecuador como apátridas;

5. Copia del documento de identidad o copia del pasaporte vigente, debidamente legalizado;

6. Conocer los símbolos patrios;

7. Exponer en una entrevista los motivos por lo que desea adquirir la nacionalidad ecuatoriana; y,

8. Demostrar medios lícitos de vida en el país, salvo el caso de menores de 18 años o personas con discapacidad que dependan económicamente de un tercero.

La autoridad de movilidad humana seguirá el trámite previsto en esta Ley para otorgar la carta de naturalización a la persona extranjera".

2.13 En este punto, se observa un supuesto incumplimiento del primer requisito del artículo 72 de la LOMH. De acuerdo a lo afirmado, el señor Julian Assange no habría vivido en el territorio continental ni insular ecuatoriano, únicamente habría residido en la sede de la Embajada del Ecuador en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

2.14 El argumento que sostendría dicha afirmación se ha vertido en el Memorando No. MREMH/VREIPCI/2019/24898/M de 18 de marzo de 2019, en el que se invoca el principio de funcionalidad como norma de derecho internacional que supera a la teoría de la extraterritorialidad, esta última recurría a la ficción jurídica por la cual los diplomáticos en país extranjero no se encontraban bajo la soberanía del Estado receptor, sino que debía considerarselos como una prolongación del país que los envía. Así, el principio de funcionalidad "despersonaliza" las relaciones diplomáticas que tiene un carácter "funcional" y no "personal". En tal tesitura, no podría acreditarse a efectos de la norma en mención, que el señor Assange haya efectivamente vivido en el territorio ecuatoriano.

2.15 En consecuencia, ello podría haber configurado una causal de nulidad del acto administrativo impugnado, conforme el artículo 94 c) y 129 número 1 letra f) del ERJAFE, vigente a la época de la emisión de la referida carta de naturalización. Ante tal razón, constante en los propios informes de la entidad administrativa, existía una razón suficiente para iniciar un procedimiento de nulidad de oficio, observando desde luego las reglas del debido proceso.

2.16 En segundo lugar, corresponde hacer una verificación presuntiva de los vicios que podrían acarrear anulabilidad del acto. Así, consta el acuerdo Ministerial 0153 de 27 de diciembre de 2017 (fs. 68-69), en cuyos antecedentes se hace mención al nombramiento de Julian Paul Assange como consejero de la Embajada de Ecuador en Reino Unido, cuya nulidad se declaró en razón del siguiente argumento:

"Que dicha designación no perseguía un fin diplomático, ni administrativo relativo al ejercicio de un cargo público sin de derechos humanos, pues estuvo orientada a reforzar la protección internacional, ante la negativa de ese páis para concederle las garantías o el salvoconducto necesarios, de modo que no pudiese ser extraditado a un tercer país… "

2.17 También se observa del expediente el acuerdo ministerial No. 0147 de 19 de diciembre de 2017 emitido por el MRREE (seis días después de concedida la naturalización), por medio del cual se nombró como Consejero de la Embajada en la Federación Rusa al señor Julian Assange. Ante la no concesión del salvoconducto por las autoridades del Reino Unido, el Ministro de RREE subrogante emitió el Acuerdo Ministerial No. 000156 de fecha 29 de diciembre de 2017 (fs. 72-73), por medio del cual también se declaró la nulidad de pleno derecho del referido nombramiento, bajo el siguiente argumento:

"Que dicha designación no perseguía un fin diplomático, ni administrativo relativo al ejercicio de un cargo público sin de derechos humanos, pues estuvo orientada a reforzar la protección internacional, ante la negativa del Reino Unido para concederle las garantías o el salvoconducto necesarios, de modo que no pudiese ser extraditado a un tercer país… "

2.18 De estos reconocimientos expresos del otorgamiento de nombramientos en el servicio diplomático con una "intención distinta", podría inferirse-bajo un análisis en sujeción a las reglas de lógica y experiencia– que la intención de concederle la naturalización al señor Julian Assange era distinta a la de que el referido ciudadano goce de su calidad de ecuatoriano.

2.19 Ello podría llevarnos presuntivamente a considerar que en la especie se configuraba el vicio desviación de poder, que a la época de la concesión de carta de naturalización era una causal de anulabilidad y no de nulidad, conforme el artículo 95 del ERJAFE. Cabe mencionar que en la regulación actual, dicho vicio es causal de nulidad de pleno derecho.

2.20 Puede observarse entonces que el acto administrativo de naturalización pudiera haber incurrido en vicios, nulidad, para el cual era obligatorio el trámite de nulidad de pleno derecho y no el de lesividad. Pese a ello, recurrió a un trámite de lesividad sin ejercer la revisión de oficio a la que estaba obligado. Sin perjuicio de ello, también se observan posibles vicios convalidables en los que sí se requería la lesividad para su determinación.

2.21 Sorprende que la resolución ministerial NO. 000042 de 10 de abril de 2009, que declara lesivo el acto de naturalización, no hace mención en sus considerandos a ninguno de los posibles vicios "anulables" que dicha decisión administrativa

pudiera tener, limitándose a indicar que han existido "inconsistencias" e "irregularidades" de manera muy genérica. Solamente se afirma que la naturalización se otorgó "sobre la base de un presupuesto fáctico que vicia de nulidad", sin siquiera indicar a cuál de las causales de nulidad se estaba refiriendo.

2.22 Pese a todo lo manifestado, la entidad administrativa escogió la vía de la lesividad, lo que implicaba que ella no podía dejar sin efecto el acto por sí misma, sino que tenía que esperar que una autoridad judicial así lo permita. En este caso, no solo que la entidad escogió una vía que no era necesaria-por lo que hemos comentado-sino que además, habiendo escogido la lesividad, decidió de manera contradictoria suspender los derechos de la nacionalidad del señor Julian Assange; siendo eso un contrasentido por cuanto la declaratoria de lesividad no tiene efectos sobre el acto que se revisa, sino la sentencia judicial posterior en dicho trámite.

2.23 Adicionalmente de ello, la Corte Constitucional ha referido en su sentencia No. 335-13-EP/20, lo siguiente:

> "143. A la luz de lo anterior, con base en su atribución conferida en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, esta Corte reitera los principales criterios vertidos en esta sentencia y que ***deberán ser tenidos en cuenta por parte de los operadores de justicia, sin perjuicio del carácter vinculante del precedente constitucional:***
>
> *a) Las garantías mínimas del debido proceso se aplican a todos los procesos en los que esté de por medio la determinación de derechos y obligaciones de cualquier orden, lo que incluye todo procedimiento administrativo que pueda tener un impacto sobre el derecho a la nacionalidad de una persona.*
>
> *b) La revocatoria de nacionalidad debe producirse dentro de procedimientos individualizados y no masivos, a través de una notificación previa y personal que permita a la persona comparecer y oponerse a dicho procedimiento.* ***La falta de notificación del inicio del procedimiento y la ausencia de mecanismos para oponerse a la resolución que revoca la nacionalidad, hacen que la privación de la nacionalidad sea arbitraria".***

2.24 A la luz de la jurisprudencia constitucional, no basta con que la autoridad verifique la posible configuración de vicios de nulidad o de anulabilidad, sino que siempre será necesario respetar el debido proceso en sede administrativa, por lo que debió otorgarse al ciudadano Julian Paul Assange la posibilidad de oponerse ante la administración de extranjería sobre la posibilidad de declarar nulo o lesivo su acto de naturalización.

2.25 En este punto, es indistinto si la administración pública puede extinguir el acto por sí mismo o no.

2.26 En la especie, se observa que la administración pública optó por el mecanismo de lesividad –pese a existir una presunta causal de nulidad de pleno derecho que podía declarar por sí misma– sin seguir el procedimiento establecido en el Código Orgánico Administrativo para tal declaratoria de lesividad; trámite que contempla la posibilidad de que el administrado ejerza su derecho a la defensa (art. 117 COA).

2.27 Incluso en el caso en el que la administración pública haya optado –como debió hacerlo- por realizar una revisión de oficio de sus actos, esta potestad tampoco puede realizarse sin un procedimiento previo, por lo que se debió comunicar al administrado el inicio de ese trámite en sede administrativa, para permitir al ciudadano exponer las razones por las cuales, a su criterio, podría no encontrarse inmerso en la o las causales de nulidad pretendidas por la administración (Art. 132 COA).

2.28 En consecuencia, la Resolución No. 0000042, de 10 de abril de 2019 que declaró la lesividad de la carta de naturalización concedida a Julian Paul Assange, incumplió con el debido proceso exigido tanto para la declaratoria previa de lesividad como para una posible nulidad de pleno derecho. En consecuencia, no puede prosperar la pretensión de extinción de la naturalización concedida al señor Julian Paul Assange.

CONCLUSIÓN:

2.29 Pese a existir presuntas irregularidades que podrían acarrear vicios de nulidad de pleno derecho, el Ministerio de Relaciones Exteriores no hizo uso de sus atribuciones de oficio para revisar la nulidad del acto de naturalización de Julian Paul Assange, y decidió ir por la vía de la lesividad, la cual se caracteriza por que el Estado no puede revocar el acto por sí mismo, sino que requiere la decisión del juez.

2.30 Pese a escoger esta vía, el acto administrativo que declara lesivo al interés público la naturalización del señor Julian Assange, incumple con el debido proceso que permita el derecho a la defensa del ciudadano, siendo contrario al precedente constitucional constante en la sentencia 335-13-EP/20. Finalmente, y de manera contradictoria a la vía elegida por la administración, se otorgó a la declaratoria de lesividad efectos inmediatos como si de una revocatoria se tratase, ya que el artículo 2do suspende los

derechos de ciudadanía del señor Assange, sin haber esperado la decisión judicial que habilite aquello.-

III. RESOLUCIÓN

3.1 En consecuencia, esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta el recurso de casación propuesto, casa la sentencia impugnada y resuelve, declarar sin lugar la demanda propuesta por el Ministerio de RREE y Movilidad Humana. Se deja a salvo la potestad de Ministerio de RREE y Movilidad Humana, a fin de restablecer el principio de juridicidad, para efectuar las revisiones de oficio de sus actos presumiblemente nulos, respetando eso sí el debido proceso y derecho a la defensa de los posibles afectados, y con observancia al trámite propio de cada procedimiento.-

Publíquese, notifíquese y cúmplase.- (nf)

VOTO SALVADO

Jueza Ponente: Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas.

VISTOS: La suscrita Juez Nacional se aparta de la decisión de mayoría, conforme lo dispuesto en el artículo 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir respecto del rechazo del recurso por el caso segundo del Art. 268 del COGEP, ya que sobre la no procedencia del caso primero de la misma norma, no tiene observaciones, por tanto, emite el voto salvado en los siguientes términos:

I. ANALISIS RECURSO POR EL CASO SEGUNDO

1.1 El recurrente acusa de deficiencia motivacional a la sentencia de instancia, para lo cual se aprecia que en el acápite 6.3.8 de la misma, se menciona el objeto de la resolución administrativa impugnada, respecto de la existencia a *"específicos incumplimientos a la normativa aplicable a la naturalización y concesión de la nacionalidad ecuatoriana y pasaporte diplomático a dicha persona, así como irregularidades relacionadas, entre otras con:"* Además, enlista una supuestas irregularidades señalando lo siguiente: "*irregularidades observadas en su gran mayoría por la Contraloría General del Estado en el Informe General DNA 1-0038-2019- de 27 de junio de 2019 (Fjs. 269, 270, 279, 280, 282, 283, 285, 286, 291, 292, 293, 294, 295, 304, 305, 307, 308. 309, 313), las mismas que han sido verificadas por este Tribunal durante el proceso y dentro del control de legalidad al expediente administrativo (fjs. 1229) al que se encuentra obligado por ley"*, empero no refiere cómo realizó dicha verificación, no identifica los documentos o instrumentos probatorios, contratando con disposiciones jurídicas y sobre las conclusiones a las arribó, tanto solo refiere a las observaciones de la Contraloría General del Estado, sin ningún razonamiento al respecto; para coincidir con ese órgano de control.

1.2. En consecuencia, existe insuficiencia tanto fáctica como jurídica de la sentencia en este punto, sin que establezca las inobservancias jurídicas en el procedimiento de naturalización ni en qué disposiciones jurídicas se fundan aquellas, por lo que se configura un vicio motivacional y, en razón del cual, se acepta el recurso de casación por este extremo, y corresponde la sentencia de mérito, conforme lo dispuesto en el articulo 273 del COGEP, que se lo hace en los siguientes términos:

II. SENTENCIA DE MÉRITO:

1. El problema jurídico a resolver es si procede o no ratificar la Resolución Ministerial No. 0000042, de 10 de abril de 2019, a través de la cual se declaró lesivo el acto administrativo cometido en la Resolución Ministerial No. 001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, por intermedio del Embajador José Luis Jácome, Viceministro de Movilidad Humana, mediante la cual se otorgó la CARTA DE NATURALIZACION a favor de JULIAN PAUL ASSANGE, y por tanto, resolver sobre validez de dicha resolución.

2. Para resolver el indicado problema es necesario tener en cuenta la naturaleza de la lesividad y sus requisitos, y para ello se debe empezar por establecer el régimen constitucional y legal aplicable al caso, para luego contrastar los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico con los establecidos en la actuación administrativa.

3. En este orden de ideas, es obligado referirse al ámbito de competencias de la Administración Pública, la cual solo puede cumplir las atribuciones expresamente establecidas en la Constitución y en la ley, como lo dispone el artículo 226 de la Norma Suprema, que en rigor no hace sino encausar o limitar el poder del Estado respecto de los derechos de los ciudadanos.

4. En este contexto se verifica que es deber fundamental del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos

en la Constitución y en los instrumentos internacionales para sus habitantes, conforme lo prescribe el artículo 3 numeral 1 de la CRE.

5. De su parte el artículo 6 de la Carta Fundamental establece la nacionalidad ecuatoriana como: *"…el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional."*. Además, esta misma norma determina que la nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización, requiriendo para el efecto la *"carta de naturalización",* como bien lo manda el artículo 8 de la misma Norma Suprema.

6. Así, vemos que la disposición constitucional prevé la concesión de la Carta de Naturalización, lo cual implica un desarrollo legal que determine las reglas bajo las cuales el Estado otorgará la nacionalidad por naturalización, regulación jurídica que se encuentra en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, en adelante, "LOMH", vigente desde su publicación en el Registro Oficial Suplemento No. 938 de 6 de febrero de 2017, y que derogó a las Leyes de Naturalizaciones y de Extranjería.

7. A su vez la LOMH en su artículo 70 determina el procedimiento administrativo para conferir la nacionalidad ecuatoriana a los extranjeros, según lo faculta la Constitución, y en el artículo 71 establece que se concreta a través de la emisión de un acto administrativo, denominado Carta de Naturalización, asignando esta competencia al Ministerio de Relaciones Exteriores.

8. Ahora bien, el indicado Ministerio como todos los que integran la Función Ejecutiva, que forma parte de la Administración Pública, se ha regido por el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en lo que concierne a los procedimientos administrativos, hasta el 07 de julio de 2018, en que entra en vigencia el Código Orgánico Administrativo, COA, luego del año de *vacancia legis*, a partir de su Publicación en el Registro Segundo Suplemento No. 31 de julio de 2017 conforme su Disposición Final.

9. De modo que, en materia de naturalización, tenemos que el marco jurídico aplicable antes del 7 julio de 2018, comprende a la Ley de Movilidad Humana, como norma especial y el ERJAFE como norma general, y desde julio de 2018, al COA que deroga toda disposición general y especial que se le oponga, lo que no incluye a la normativa jurídica que la complementa.

10. En el caso in examine, la actuación del Ministerio sobre la cual versa la acción de lesividad, es la *"Resolución No. 00042, de 20 de abril de 2019"*, a esa fecha ya se encontraba en vigencia el COA, el cual si bien en su Disposición Transitoria prevé una derogatoria común de las disposiciones generales y especiales que se le opongan, este mandamiento no alcanza presupuestos no previstos en el último cuerpo legal nombrado, (esto es, que no están contemplados en el COA, pero son casos puntuales establecidos en otra norma anterior) como sería los previstos en el artículo 81 de la LOMH; considerándose, por tanto, las hipótesis que esta norma establece, como casos adicionales para la declaratoria de lesividad, por lo que se encontraban en vigencia al momento de la decisión de declaratoria de lesividad por parte del Ministerio, de modo que el artículo 81 ibidem no quebranta el COA, ya que no se opone a éste nuevo régimen jurídico, justificación razonable para que no puedan ser reputados como derogados.

11. Además, si tomamos en cuenta que el artículo 81 de la LOMH fue reformado mediante Ley s/n publicada en el Registro Oficial No. 14 de marzo de 2023, vemos que la norma que mantiene el primer inciso con los supuestos para la lesividad, se encuentra vigente, es decir, no ha sido derogada, ya que no se puede reformar una norma derogada.

12. Ahora bien, si el Estado se reserva la atribución conceder la nacionalidad ecuatoriana por naturalización, a través de un acto administrativo emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y siendo una actuación administrativa le asiste a la administración pública la función revisora de sus propios actos, por vicios o irregularidades, mediante la revocatoria o declaratoria de nulidad, sujeta siempre a los procedimientos establecidos en las disposiciones jurídicas a fin de garantizar los derechos constitucionales, lo que ya fue advertido desde la Sala Especializada de la Corte Nacional en su momento, como se puede apreciar cuando se refiere a la revocatoria:

> *"En síntesis, las autoridades administrativas no pueden revocar sus resoluciones libremente, sino que están sujetas determinadas limitaciones, entes las que se cuenta de manera principal, la que siguiendo el principio de que la autoridad administrativa sólo puede realizar sus actos bajo un ordenamiento jurídico, la revocación de los actos administrativos no puede efectuarse más que cuando autorice la regla general que rige el acto.*

Lo que confirma el principio que " Las autoridades solo pueden hacerlo que la ley les permite" [37].

13. Esta función revisora representa el ejercicio de autotutela de la gestión administrativa, como de extinción excepcional de los actos administrativos, y ha sido regulada por el ERJAFE distinguiendo los casos nulidad por ilegítimos, de aquellas situaciones que son convalidables, es decir, los casos que son no anulables, porque a pesar de contener errores son legítimos y pueden ser subsanados, para preservar la legalidad; y, se ejecutan a través de la declaratoria de nulidad directa por la Administración Pública, los primeros; y por el acto de convalidación los segundos.

14. Pero para cuando se esté frente a actos declarativos de derechos y sean no anulables, el legislador concibió una figura especial, denominada de lesividad y regulada en su momento por el artículo 97 del ERJAFE, y desde el 7 julio de 2018 en el artículo del COA.

15. La regla de que la Administración no puede ir en contra de sus actos propios sin más, y menos si éstos son declarativos de derechos (*venire contra factum propium non potest*), es la guía para la concepción de la figura de la lesividad.

16. En este punto, es oportuno mencionar lo que la doctrina indica sobre la lesividad:

"Así las cosas, es adecuado concebir la declaración de lesividad como presupuesto procesal: los «presupuestos procesales» son «requisitos previos al proceso, sin cuyo cumplimiento no puede (...) el Juez entrar en el examen jurídicomaterial de la pretensión» (JIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Civil, I, 1.ã ed., Madrid (Ed. Jurídicas Castillo de Luna), 2015, p. 73. Una noción similar, al tratar específicamente la declaración de lesividad, en: ESCUIN PALOP, V., El recurso contencioso-administrativo de lesividad, cit., p. 112.)

17. La lesividad, responde a un sistema procesal, con una estructura de dos fases o bifásica, la primera es facultad de la Administración, a través de la declaración de lesivo de un acto administrativo anterior, respaldado en las argumentaciones relativas al interés público; y la segunda se desenvuelve en sede jurisdiccional contencioso administrativo donde corresponde realizar el control de la primera fase, de superarlo se continuaría con la evaluación del vicio de anulabilidad y de los demás intereses concurrentes para descartar el interés en la preservación de la legalidad y el personal de los interesados, para llegar a adoptar la decisión de prevalencia, de la cual dependerá la decisión final sobre la revisión pretendida por la Administración.

18. En otras palabras, la lesividad encarna un procedimiento, que inicia con una revisión interna de una actuación anterior, de la propia Administración Pública, en la que se hallan reconocidos derechos, y que a pesar de ser legítimo contiene vicios, los cuales que pueden ser convalidados; pero que dé hacerlo resultaría perjudicial al interés público, y requiere la declaratoria de lesivo para que posteriormente demande en la vía judicial la lesividad, cuyo fin es la verificación judicial sobre la validez de la declaratoria de lesivo del acto administrativo.

19. Lo que demuestra, que la lesividad entraña una oposición al cauce revisor de la función pública, a pesar de que las dos categorías en principio dependen de la existencia de vicios convalidables, que en definitiva busca preservar la legalidad, se distancian cuando la lesividad exige además, la caracterización del interés público, lesionado para obtener la revisión de actos favorables, trámite que inicia en la Administración y concluye en sede jurisdiccional con el examen y decisión de los jueces.

20. Entendimiento que se aplica al caso, el cual se circunscribe al ámbito de la concesión de naturalización y de una eventual cancelación o nulidad, que en el Ecuador cuenta con una legislación propia a dicha materia, como se dijo, es la LOMH, a la que se debe agregar el ERJAFE, o el COA, como normas generales en el procedimiento administrativo, según la fecha de los hechos, lo cual se determina más adelante, conforme la revisión de la actuación administrativa.

21. En la especie, el Ministerio a través del Embajador Gonzalo Salvador Holguín en la pretensión de la demanda, solicita *"1) Se declare válida y se ratifique la Resolución No. 00042, de 20 de abril de 2019, a través de la cual se declaró lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución Ministerial No. 001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, emitida por el Embajador José Luis Jácome, Viceministro de Movilidad Humana de la época, mediante el cual otorgó la CARTA DE NATURALIZACIÓN a favor del señor JULIAN PAUL ASSANGE. […] 2) Se declare la nulidad absoluta del Acto Administrativo contenido en la Resolución Ministerial No.*

[37] Gaceta Judicial Año XCV, serie XVI, No. 2, p. 465, Quito. (7 de abril de 2014).

001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, emitida por el Embajador José Luis Jácome, Viceministro de Movilidad Humana de la época, mediante el cual otorgó la CARTA DE NATURALIZACIÓN a favor del señor JULIAN PAUL ASSANGE. Por estar viciada de ilegalidades, lesionar el interés público y la potestad estatal.".

22. En el caso in examine, la actuación del Ministerio sobre la cual versa la acción de lesividad, es la *"Resolución No. 00042, de 20 de abril de 2019"*, a esa fecha ya se encontraba en vigencia el COA, el cual si bien en su Disposición Transitoria prevé una derogatoria común de las disposiciones generales y especiales que se le opongan, este mandamiento no alcanza presupuestos no previstos en el último cuerpo legal nombrado, (esto es, que no están contemplados en el COA, pero son casos puntuales establecidos en otra norma anterior) como sería los previstos en el artículo 81 de la LOMH; considerándose, por tanto, las hipótesis que esta norma establece, como casos adicionales para la declaratoria de lesividad, por lo que se encontraban en vigencia al momento de la decisión de declaratoria de lesividad por parte del Ministerio, de modo que el artículo 81 ibidem no quebranta el COA, ya que no se opone a éste nuevo régimen jurídico, justificación razonable para que no puedan ser reputados como derogados.

23. Ahora bien, en antecedentes de la demanda, el Ministerio realiza un amplio relato cronológico de la actuación administrativa en relación a JULIAN PAUL ASSANGE, empezando por mencionar que el asilo diplomático que lo concluyó,: *"El señor Assange permaneció en la Misión Diplomática ecuatoriana por casi siete años, bajo la protección del Gobierno del Ecuador, hasta que en ejercicio de una decisión soberana y en consideración a varios factores, entre ellos los incumplimientos del ex asilado a las Convenciones Interamericanas sobre el Asilo suscritas por el Ecuador, el Presidente de la República dio por terminado el asilo diplomático el 11 de abril de 2019."*

24. Seguidamente, aborda el trámite de la Carta de Naturalización con el inicio de la solicitud del mencionado ciudadano y el contraste entre los requisitos que exigía las disposiciones legales para este trámite, con la verificación que en su momento ejecutó el Ministerio; lo que es expuesto en los ítems denominados: a) La prueba de conocimientos, b) La entrevista, c) La declaración de voluntad; d) Las inconsistencias técnicas en la emisión de la carta de naturalización; e) La falta de ingreso de los datos sobre la naturalización del señor Julian Assange y La falta de recaudación de pago de tasas oficiales; f) Las diferencias existentes en la Carta de Naturalización del señor Assange en relación a la plantilla generada en el eSigex; g) Las incoherencias técnicas en la comunicación enviada a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación (DIGERCIC) y de la propia Carta de Naturalización.

25. En cuanto al documento de la Carta de Naturalización, propiamente dicho, el Ministerio aduce que ha revisado: a) La Hoja de Seguridad, b) El contenido de la ficha personal del señor Julian Assange; c) El Dictamen del Coordinador Jurídico de la época; c) La falta de notificación a la autoridad de control migratorio; e, incluye una verificación sobre las designaciones diplomáticas y expedición irregular de pasaporte diplomático.

Respecto de los fundamentos de derecho, el Ministerio alude al incumplimiento y trasgresión de la normativa aplicable en el proceso para el otorgamiento de la carta de naturalización a favor del señor Julian Assange, con mención a la cronología de los hechos, sosteniendo el Ministerio que: *"el otorgamiento de la nacionalidad ecuatoriana a favor del señor Assange se privilegiaron desconocidos intereses por sobre la supremacía de la Ley; pretendiendo abusar del estatus de ecuatoriano como palanca de apoyo para obtener la salida del asilado de Gran Bretaña, en calidad de diplomático ecuatoriano. El intento espurio no surtió efecto debido a que las autoridades del Reino Unido no reconocieron la calidad de diplomático otorgada al señor Assange. Por tal razón, la ex Ministra de Relaciones y Movilidad Humana, señora María Fernanda Espinosa, se vio en la obligación de dejar sin efecto los nombramientos diplomáticos (en Londres y Moscú) a favor del señor Assange.[…] Por añadidura, las instituciones públicas y sus directivos no pueden tomar decisiones que no se hallan específicamente determinadas en la Ley. La ley ecuatoriana en ningún cuerpo normativo faculta a que se otorgue la nacionalidad a una persona asilada a fin de que emplee esa vía para dar por terminado el asilo. El otorgamiento fue por tanto funcional a una finalidad que no aparece establecida en la ley. Se irrespetó así el interés público, contraviniendo en el camino expresas disposiciones constitucionales y legales …"*

26. Luego, agrupa bajo lo que denomina incumplimientos específicos de la normativa aplicable a la naturalización y concesión del pasaporte diplomático a favor de Julian Assange, en los apartados sobre: a) La residencia en territorio ecuatoriano y pertinencia de invocar el estatuto de persona bajo protección internacional, concluyó que Julian Assange nunca residió de forma

regular y continúa en el Ecuador, por al menos tres años, señalando que haber sido asilado diplomático en la Embajada del Ecuador en Londres, no acredita el requisito de residencia, y que no exhibió el documento migratorio prevenido en el artículo 67 del Reglamento de la LOMH, b) El incumplimiento en la presentación del documento de identidad, relacionado con la tarjeta de refugiado, presentada Julian Assange, respecto de cual el Ministerio indica que no existe expediente ni documentos físico o magnético relativo a dicho procedimiento de asilo diplomático, sosteniendo que se confunde las nociones jurídicas de asilado con refugiado, y que en el *"Documento de identidad de Persona que Ostenta Protección Internacional MREMH-DIPSPI-3771"*, conferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, la firma de Julian Assange difiere de la que consta en el pasaporte australiano, que también ostenta como prueba de identificación el asilado; c) La ausencia de demostración de medio lícitos de vida, que es requisito señalado en el artículo 72 de la LOMH; d) El incumplimiento del procedimiento reglamentario para la prueba de conocimiento, sobre la cual observa que fue escrita en castellano, y sin fecha; la calificación obtenida en la prueba fue de 100%, pero se apreció en las acciones de protección planteadas por Julian Assange, fue necesaria la presencia de un intérprete para que el entonces accionante pueda participar en ellas; e) **27.** El indebido e ilegal procedimiento en la entrevista, según observa el Ministerio ha sido conducido por el coordinador General de Asesoría Jurídica, y no se aplicó el formulario que regularmente emplea el Ministerio en estos casos ; f) La omisión de la notificación a la autoridad de control migratorio; g) La emisión espuria de un Dictamen ad hoc, al margen del Estatuto Orgánico de Procesos, y que además constata el evidente incumplimiento de requisitos legales para la naturalización, h) El incumplimiento de la Ley y el Arancel Consular, y falta de pago y recaudación de derechos y tasas.

28. Añade, que el Ministerio emitió el Protocolo para otorgar la naturalización de personas en el exterior, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. i148, de 27 de diciembre de 2017, incorporando arbitrariamente una categoría de personas que pueden naturalizarse, refiriéndose a *"los extranjeros en situación de protección internacional por más de tres años"*, subvirtiendo expresa normas de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, ya que a través de los artículos 2 numeral 4 y 4 numeral 4, dice se pretendió reformar la Ley ibídem.

29. Con respecto al Protocolo, en lo que obedece a la ley de la materia, advierte que para obtener la Naturalización, se requiere observar los lineamientos y valores de pago correspondientes en el arancel Consular y Diplomático, y de no cumplirse no procede que el avance y materialización del trámite, que en el caso de manera posteriori el Ministerio ha verificado que no se han cumplido.

30. Afirma, en consideración a los hechos expuestos en la demanda y en aplicación de la CRE, la LOMH, su Reglamento y normativa administrativa de la materia, se *"declaró lesivo el acto administrativo por el cual se concedió la nacionalidad ecuatoriana a través de Carta de Naturalización a favor del señor Julian Assange, lesionando el interés público y la potestad estatal."* Sobre el interés público el Ministerio demandante, refiere que *"La trascendencia para toda sociedad política y ordenamiento legal de enmendar los actos administrativos espurios, carentes de legalidad y que por lo tanto contraviene el ordenamiento jurídico del Estado, es una determinación que se consagra a través de la Acción afirmativa de Lesividad. La Acción busca enmendar dichos actos administrativos ilegítimos, que se han materializado en la forma pero a costa de subvertir disposiciones legales. […] Anular la espuria Carta de Naturalización otorgada al señor Assange, por ser una acto lesivo al interés público, pondrá de manifiesto: (a) que nadie está sobre la ley, (b) que los actos ilegítimos que se materializan forzando la normativa imperante no pueden seguir surtiendo efectos como si nada hubiera ocurrido; (c) que un evento de especial significación cívica y jurídica como la obtención de la nacionalidad ecuatoriana no puede ser funcional a otros fines, y (d) que el interés público demanda que la seguridad jurídica de la sociedad se defienda con los mecanismos previstos en derecho a fin de garantizar la cohesión y respeto a la ley en esa misma sociedad."*

31. También, el Ministerio precisa que por: *"los crasos errores cometidos en procesos y procedimientos administrativos, la Carta de naturalización otorgada a favor del señor Assange mediante Resolución No. 001-MREMH-VM-2017, de 12 de diciembre de 2017, es nula ab initio y absoluta, y así debe ser declarada judicialmente."*

32. El Ministerio accionante, transcribe el artículo 81 de la LOMH y 73 de su Reglamento, normas que establecen los presupuestos para la declaratoria de nulidad de la naturalización de una persona, siendo evidente la parte que subraya: *"Art. 81 Nulidad de la carta de naturalización: -Sin perjuicio de la sanción penal correspondiente, previa acción de lesividad, la autoridad de*

movilidad humana declarará nula la naturalización de una persona cuando esta haya sido otorgada sobre la base de ocultación de hechos relevantes, documentos falsos o el cometimiento de fraude a la ley en el procedimiento de concesión (…)"

33. Más adelante, reconoce que la autoridad de la época debió de abstenerse de emitir la Carta de Naturalización, porque el procedimiento era contrario a la normativa vigente y por lo que debió haber declarado improcedente la solicitud del señor Assange, al amparo del artículo 79 de la LOMV, por incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, lo que no sucedió, por lo que ha declarado como lesivo al interés público y a la potestad del Estado, el acto administrativo que concede la naturalización a Julian Assange, por contradecir la normativa aplicable, *"sino además porque el proceso y el procedimiento presentan serias irregularidades, como claramente se explica en la determinación de los hechos Lo referido determina la nulidad de la Carta de Naturalización…"*. Que: *"La Carta de Naturalización otorgada a favor del señor Assange adolece de nulidad total, por lo que el 10 de abril de 2019, mediante Resolución Ministerial No. 000042 de 10 de abril de 2019 (Foja 224 Foja 226 del Expediente Administrativo) se declaró como lesivo, según se ha referido, el acto administrativo que otorgó dicha naturalización, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Movilidad Humana. A continuación, el 15 de abril de 209, (Foja 228 del Expediente Administrativo), se notificó al señor Assange, a través de su abogado, para que ejerza su derecho a la defensa, sin que la notificación mereciera ninguna respuesta por parte del mencionado demandado o de sus procuradores."*

34. A renglón seguido, establece que el grado de nulidad que corresponde al acto que no cumple con las formalidades de ley, es la nulidad absoluta, al amparo de los artículos 1697 y 1698 del Código Civil, añadiendo que afecta al orden público, por tratarse de *"un vicio tal y de tanta gravedad"*, que compromete *"la moralidad y el prestigio mismo de la ley"*

35. Reitera que *"[…] el Ministerio de Relaciones Exteriores concluyó que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta, ab initio…"*

36. La primera verificación en esta sede judicial, obedece a la Resolución que declara lesivo al interés público el acto administrativo contenido en la Resolución No. 00001-MREMH-VMH de 12 de diciembre de 2017, en atención al orden control y evaluación propios del sistema de lesividad, antes referido.

37. De lo expuesto en la demanda, se desprende que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana emitió el acto administrativo contenido en la Resolución Ministerial No. 0001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, en virtud del cual se concedió la nacionalidad ecuatoriana a través de la Carta de Naturalización solicitada por el ciudadano australiano Julian Assange, es decir, ejerció su atribución de otorgar la nacionalidad ecuatoriana al mencionado ciudadano extranjero.

38. En este contexto la Carta de Naturalización en mención, entró al mundo jurídico con las características de legitimidad y ejecutoriedad, que revisten a todo acto administrativo, acorde con lo dispuesto en el artículo 68 del ERJAFE, igualmente vigente en aquella época.

39. En el caso in examine, se constata que posteriormente, el 10 de abril de 2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana a través de la Resolución Ministerial No. 0000042 ejerce su función revisora respecto de la Resolución No. 0001- MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, señalando en los considerandos finales *"Que se han detectado irregularidades e inconsistencia a lo largo del proceso de naturalización del señor JULIAN PAUL ASSANGE; Que revisado el expediente del proceso de naturalización se han detectado que faltan documentos de respaldo; Que respecto de las pruebas que rindió el señor JULIAN PAUL ASSNAGE, en el marco del proceso de concesión de la naturalización, se han observado elementos que afectan la idoneidad de las mismas; Que la Resolución No. 0001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, emitida por el Viceministro de Movilidad Humana, a esa fecha, constituye un acto lesivo que vulnera el interés público, en razón de haberse otorgado sobre la base de un presupuesto fáctico que vicia de nulidad; en consecuencia, requiere su anulación, previa la declaración de lesividad al interés público y la seguridad jurídica, y,"*, invocando para el efecto el artículo 97 del ERJAFE, y 115 del COA, resuelve en el artículo Primero *"Declarar lesivo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0001-MREMH-VMH-2017, de 12 de diciembre de 2017, que dispone otra la Carta de Naturalización en favor de JULIAN PAUL ASSANGE, por lesionar el interés público y la potestad estatal."*.

40. Ahora bien, tratándose de un acto administrativo, la Resolución que ha sido declarada lesiva, no solo debe haber observado el procedimiento legal establecido para el efecto, sino, además contar con la motivación, como requisito sine qua non,

para su validez, siguiendo la disposición constitucional, conforme lo establece la Norma Suprema en el artículo 76 numeral 7 letra l).

41. En la Resolución No. 0000042 de 10 de abril de 2019, respecto de la determinación del carácter lesivo de la concesión de la carta de naturalización a Julian Paul Assange no consta argumentación específica para tal efecto, encontrándose más bien un simple enunciado cuando indica: *"constituye un acto lesivo que vulnera el interés público"*, para luego indicar que ha sido en *"razón de haberse otorgado sobre la base de un presupuesto fáctico que vicia de nulidad; en consecuencia, requiere su anulación,…"*.

42. Lo cual lleva a concluir que el Ministerio no cumple con el artículo 115, respecto de la afectación al interés público, que debía establecer de manera específica, por ser parte del presupuesto para la declaratoria de lesividad, cuya norma dice: *"Artículo 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables. La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnable únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella. El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial."*

43. De modo, que el Ministerio debía esmerarse por demostrar objetivamente por qué el interés público resultaba afectado en caso de mantenerse la Carta de Naturalización de Julian Paul Assange, y al inobservar este deber bajo su responsabilidad deja desprovista de este requisito para la lesividad.

44. En este sentido, en derecho comparado podemos referirnos a las decisiones de la justicia peruana, en casación, así indica: *"Es preciso indicar que en el procedimiento en el que se dicta la declaración de lesividad debe acreditarse, además de la existencia de un vicio de nulidad, que el acto administrativo del que se trate tiene un carácter lesivo no sólo a la legalidad administrativa sino también al interés público…"* (sentencia en casación No. 28228-2016, de 16 de junio de 2017).

45. También, se ilustra con la indicación: *"La afectación del interés público no se acredita sólo con la enunciación de la contravención de una norma en la demanda en un proceso de lesividad, sino requiere de un desarrollo y fundamentación adecuado a las exigencias jurídicas,…" (sentencia 9635-2012, considerando 15, de 9 de julio de 2013)*

46. Con sentido más amplio, se estima que: *"El interés público es un concepto jurídico genérico con contenido y extensión variable, que tiene que ver con aquello que beneficia a todos, por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La Administración Estatal, constituida por los órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil."* (sentencia No. 15113-2105-Punto, considerando 4 inc. 4.7, de 25 de mayo de 2017).

47. La doctrina por su parte ha indicado: *"El interés público, diferenciado de la idea metafísica y iusnaturalista de bien común, ha de ser ante todo un valor democrático, en cuanto su definición debe estar en manos de poderes democráticamente legitimados y su realización ha de implicar la protección y la realización de un mayor número de intereses particulares… Por supuesto, el "interés público" encarna más propiamente el sentido de un interés generalizable. (Nicolás López Calera. El interés público: entre la ideología y el Derecho en: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), 123-148).*

Además, el Diccionario Jurídico de Cabanellas, define al interés público como: "la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos."

48. Es claro, que el interés público al no ser fraccionable, exige de la demostración precisa de su vulneración, en razón al beneficio general para la comunidad, y no como la suma de situaciones individualizadas, (como pretende justificar el Ministerio al momento de fundamentar la demanda), sino en razón al beneficio general para la comunidad.

49. Pasando al segundo elemento del control, esto es, la causa de nulidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 81 de la LOMV, que prevé tres supuestos, a saber: a) ocultación de hechos relevantes, b) documentos falsos, y c) cometimiento de fraude a la ley en el procedimiento de concesión.

50. En la Resolución que se analiza, el Ministerio únicamente anuncia que *"ha detectado irregularidades e inconsistencias a lo largo del proceso de naturalización del señor JULIAN PAUL ASSANGE, Que revisado el expediente del proceso de naturalización se han detectado que faltan documentos de respaldo; Que respecto de las pruebas que rindió el señor JULIAN PAUL ASSNGE, en el marco del proceso de concesión de la naturalización se ha observado elementos que afectan la idoneidad de las mismas;"*

51. Es decir, el Ministerio tampoco identifica uno de los tres supuestos para la nulidad, de acuerdo al artículo 81 de la LOMH, corresponde a ocultación de hechos relevantes, documentos falsos o el cometimiento de fraude a la ley en el procedimiento de concesión, norma que no ha sido considerada en la fundamentación de la Resolución que declara lesivo el acto administrativo que concede la carta de naturalización al ciudadano Julian Paul Assange, ni de modo suplementario refiere a las regulaciones del COA.

52. Es decir, hay ausencia total de la particularización de los hechos que respondan a los enunciados sobre irregularidades e inconsistencias en el proceso de naturalización, de documentos faltantes y elementos que afectan la idoneidad de la prueba, que anuncia en la declaratoria de lesividad,

53. Recordando que estamos en el análisis de la Resolución que declara lesivo, acto administrativo que no puede entenderse con enunciados generales, cuya omisión pretende el Ministerio subsanar a través del contenido de la demanda, respecto de los fundamentos de hecho, y con el expediente administrativo, al que alude y adjunta a la acción judicial, lo que resulta incalificable, primero, porque son dos actuaciones en ámbitos diferentes, que deben cumplir los requisitos legales previstos para cada uno de ellos; así la declaratoria de lesividad es por antonomasia un acto administrativo, el cual debe cumplir con el debido proceso y el requisito de motivación inherente a todo trámite y decisión de la Administración, mientras que la acción de lesividad es un acto procesal, sujetos a elementos de naturaleza procesal.

54. Respecto del debido proceso, se constata que en el expediente administrativo que remitió el Ministerio que, no consta la notificación alguna a Julian Paul Assange, o a sus procuradores judiciales sobre el inicio del procedimiento de declaratoria de lesividad del acto administrativo que le confirió la nacionalidad ecuatoriana, tampoco existe mención alguna en la Resolución que contiene la declaratoria de lesividad, con lo cual solo se puede concluir que incumplió el mandato expreso que constaba en el inciso final del artículo 81 de la LOMV, vigente a la fecha de la declaratoria en revisión, que ordenaba: *"La decisión deberá ser motivada, para su declaratoria se deberá seguir el debido proceso y será notificado a las autoridades correspondientes."*

55. Disposición legal que está en armonía con lo previsto en la Norma Suprema en cuyo artículo 76 numeral 7, literales a), b) y c) de la CRE; que prevén como una garantía del debido proceso el derecho a la defensa en todo fase y grado del procedimiento, con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; y, c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. Garantías constitucionales que están acorde con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos[38], ratificada por el Ecuador.

56. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia No. 335-13-JP/20, de 12 de agosto de 2020, estableció el precedente jurisprudencial en relación al procedimiento de declaratoria de lesividad de actos administrativos que puedan afectar a la situación de las personas en movilidad humana, naturalizadas, refugiadas, entre otras, estableciendo entre otros puntos de derecho: *"a) Las garantías mínimas del debido proceso se aplican a todos los procesos en los que esté de por medio la determinación de derechos y obligaciones de cualquier orden, lo que incluye todo procedimiento administrativo que pueda tener un impacto sobre el derecho a la nacionalidad de una persona. b) La revocatoria de nacionalidad debe producirse dentro de procedimientos individualizados y no masivos, a través de una notificación previa y personal que permita a la persona comparecer y oponerse a dicho procedimiento. La falta de notificación del inicio del procedimiento y la ausencia de mecanismos para oponerse a la resolución que revoca la nacionalidad, hacen que la privación de la nacionalidad sea arbitraria."*

[38] *"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 élla, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

Precedente que motivó la reforma de la LOMH, que incluyó al artículo 81, manteniendo el inciso primero, se sustituyó el inciso segundo, como se indicó *ut supra*.

57. De modo que, conforme a la normativa constitucional convencional y legal vigente a la fecha de la declaratoria de lesividad, el acto administrativo que contiene la declaratoria de lesividad es un procedimiento administrativo que, por tener impacto sobre el derecho a la nacionalidad, debe estar regido por las garantías mínimas del debido proceso, de entre las cuales, la notificación es esencial, ya que habilita fundamentalmente el derecho a la defensa, lo que inclusive ha generado el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional ya citado.

58. Cabe relievar, que el derecho al debido proceso en la garantía básica del derecho a la defensa, conlleva el deber de escuchar al sujeto sobre el cual se va resolver el trámite administrativo, y el no hacerlo excluye su defensa, en este sido ilustra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando explica que:

> *"Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones incriminatorias por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra." (CIDH. Informe N. o 50/00 del Caso 11.298, Reinaldo Figueredo Planchart vs. Venezuela, párrafo 112.)*

59. En la especie el Ministerio a pesar de que la existencia de la norma convencional, constitucional y legal, que exigía el desarrollo de un debido proceso, conforme las garantías constitucionales, por estar revisando un derecho, no lo cumplió provocando no solo la nulidad, sino también afectando el derecho a la seguridad jurídica, la cual por la naturaleza de la causa, ha sido vulnerado respecto del ciudadano particular, y de la sociedad ecuatoriana, toda vez, que en la lesividad como se ha indicado se pone de manifiesto un asunto de interés público.

60. Así, la omisión del Ministerio es de gran trascendencia, convirtiéndose no solo un simple error sino en un incumplimiento de tal nivel que afecta las actuaciones posteriores del Ministerio, sobre el cual es el único responsable.

61. En cuanto a la motivación, conviene poner en contexto el alcance el artículo 76 numeral 7 letra l) de la CRE, en los términos desarrollados por la sentencia constitucional como nueva línea jurisprudencial, en la cual deja claro que la motivación exige "elementos argumentativos mínimos" , garantía que no pretende resguardar su corrección; sino su suficiencia, con la existencia de una exposición de razonamientos y justificaciones mínimamente aceptables, siempre precautelando el efectivo ejercicio de los derechos al debido proceso y a la defensa, como indica en los siguientes términos: *"Es decir, la mencionada garantía exige que la motivación contenga: (i) una fundamentación normativa suficiente, sea o no correcta conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica suficiente, sea o no correcta a los hechos."* [39]

62. En el caso in examine, como ya advertimos sobre los fundamentos fácticos, la declaratoria de lesividad expresa únicamente enunciados abstractos, por lo que este Tribunal reitera que sorprende la generalización de los hechos en el acto administrativo que se analiza, al atribuir de modo simple y sin ningún desarrollo la categoría de "irregularidades", es decir, no describen cuáles dichas irregularidades e inconsistencias encontradas en el proceso de naturalización, tampoco especifican los documentos que faltan en el expediente de naturalización, ni los elementos que afectan a la idoneidad de las pruebas que rindió Juan Paul Assange en el marco del proceso de concesión de la naturalización, declaratoria de lesividad que debía contener esta descripción de manera lógica y concatenada, ya que los documentos que se han producido durante el tiempo en que el Ministerio realizó la revisión no están organizados y compilados que sustenten un informe jurídico final al que se remita como motivación *«in aliunde»*.

63. En este orden de ideas, es pertinente remitirnos a lo que ha indicado la Corte Constitucional sobre la fundamentación fáctica, precisando que: *"…debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso."* [40]

---

[39] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párr. 28.
[40] Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 1258-13-EP/19 11 de diciembre de 2019, párr. 23 y No. 1837-12-EP/20 de 29 de enero de 2020, párr. 18.

64. Lo advertido, constituyen deficiencias en la motivación, por insuficiencia en la determinación de los hechos, cuya omisión impide conocer al administrado y a la sociedad en general, las ilegalidades, que provoquen de nulidad que existiría en la concesión de la Carta de Naturalización, lo que incide desde luego en el ordenamiento jurídico que sería aplicable al caso, sin que la referencia al ejercicio de las atribuciones para declarar la lesividad, cuando invoca conjuntamente artículos 97 del ERJAFE y 115 del COA, represente la determinación de las normas legales que regirían a los hechos; es decir, la existencia del derecho, observación que sigue el sentido que ha indicado la Corte Constitucional sobre la fundamentación normativa, cuando indica que la motivación *"no puede limitarse a citar normas"*[41], pues la aplicación del Derecho solo se entiende cuando se expresa el razonamiento relativo al ejercicio interpretativo para establecer su pertinencia a los hechos.

65 Al *contrario sensu*, la aludida invocación normativa no tiene vinculación directa a algún hecho, lo que demuestra la ausencia del carácter mínimo de suficiencia motivacional, y tampoco sirve para justificar la pertinencia de la declaratoria de lesividad; ya que si acoge al ERJAFE, está reconociendo que no es aplicable el COA, vigente desde el 7 de julio de 2018, en tanto en cuanto, este último cuerpo legal deroga todas las disposiciones respecto del procedimiento administrativo que se venían aplicando, que corresponden entre otras al ERJAFE, ergo carece de lógica jurídica aplicar a la vez, la nueva norma y la derogada.

66. En conclusión, existe falta de motivación, sin que pueda considerar las alegaciones fácticas de la demanda como las que corresponde del acto administrativo que declara lesivo, pues es el acto administrativo que contiene la decisión de la Administración que es objeto de análisis, al que corresponde incluir irreductiblemente el detalle de los hechos con el derecho aplicado a aquellos.

67. La Resolución que declara la lesividad, antecedente de la presente causa, al no contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios en que se funda la decisión, y la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso, en este sentido recuérdese la cita que la Corte Constitucional realiza en la sentencia constitucional antes referida: *"Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "la mera enunciación de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas".*

68. De modo que la Resolución de declaratoria de lesividad cuya ratificación se solicita y la posterior declaración de nulidad de la carta de naturalización de Julian Paul Assange no ha cumplido con la notificación del procedimiento ni con el requisito de motivación, que integran la garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa, conduce a un único resultado jurídico posible a la improcedencia de la demanda.

69. Si bien, el examen y conclusión sobre la declaratoria de lesividad exime de cualquier otro análisis, este Tribunal está obligado a señalar que, el Ministerio accionante en el proceso, al escuchar el audio de la audiencia de juicio, fue inexacto al momento de imputar irregularidades al procedimiento de la Carta de Naturalización, y solo cuando el demandado le replicó sobre el fundamento la causa de nulidad, de modo improvisado señaló "fraude a la ley", y seguidamente que no se cumplió con la LOMV, a lo que se adhirió la Procuraduría General del Estado, demostrando una vez más, que el Ministerio no actuó en el trámite de declaratoria de lesividad bajo los principios de eficacia, eficiencia, calidad y transparencia que rigen a la Administración pública, lo que incidió en la defensa judicial.

Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA LEY,** resuelve: aceptar el recurso de casación interpuesto por el actor Julian Assange; y, en consecuencia, por improcedente no ha lugar la acción de lesividad presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Sin costas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

[41] Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 274-13-EP/19, de 18 de octubre de 2019, párr. 46, y No. 1357-13-EP/20 de 8 de enero de 2020, párr. 32.

VOTO SALVADO

Juez Ponente: Dr. Pablo Fernando Loayza Ortega.

VISTOS: En lo principal, dentro del recurso de casación No. 17811-2019-01266, el suscrito Juzgador me aparto del voto de mayoría por lo cual al amparo de lo dispuesto en el Art. 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, emito mi voto salvado, al tenor de los siguientes términos:

El casacionista ha fundamentado su recurso en dos causales admitidas, primera y segunda del Art. 268 del COGEP.

En tal virtud, corresponde en primer lugar el análisis de la primera causal del Art. 268 del COGEP, la misma que procede "cuando se ha incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el 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 proponente sustenta la falta de aplicación de las normas previstas en el Art. 76 numeral 7 literales a), b), c), g), h) l) y m) de la Constitución de la República, del Art. 158 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 5 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares.

Alega que tal indefensión se produjo por cuanto, el ciudadano Julián Paúl Assange, recluido en la cárcel de Belmarsh, localidad de Thamesmead, municipio de Greenwinch, Reino Unido, se le dispuso sea citado mediante exhorto en el "Health Care Unit, HM Prisión Belmarsh", estableciéndose como dirección la siguiente : "Western Way, London SE28 OEB UK (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), el número que le ha sido asignado dentro de la prisión es el A9379AY" y que para tal diligencia se dispuso únicamente la traducción de la demanda, el auto de sustanciación de 16 de agosto de 2019 y el auto de calificación, que le fueron citados el 28 de mayo de 2020, pese a que con la demanda se acompañaron "DIECINUEVE ANEXOS EN CUATROCIENTAS SESENTA Y TRES FOJAS", las cuales al no haber sido enviadas conjuntamente causaron indefensión al recurrente por cuanto se "debía velar para que la citación a un privado de la libertad en una cárcel británica sea eficiente, tomando en cuenta que la fecha en la cual se libra el mismo se verificaba la crisis sanitaria producida por el COVID-19 lo que originaba restricciones generales al interior de centros de privación de libertad, sobre todo que necesariamente se debía coordinar una defensa de carácter internacional" y que aquello le afectó pues la cantidad de documentación a la cual se debía acceder no pudo ser examinada para ejercer la defensa. Indica que "las piezas más importantes, así como los anexos, no fueron entregados, porque esperaban la valija diplomática" y que "no existe constancia procesal que se haya facilitado de manera personal al demandado", además que el informe de contraloría y otros documentos fueron considerados para la emisión de la decisión lo cual afectó su derecho de defensa. Que posteriormente al vencimiento del término para contestar, excepcionarse y proponer pruebas, solicitó copias certificadas para conocer del caso, pero que su comparecencia ya fue extemporánea consolidándose una indefensión material. Que se advirtió de estas deficiencias en audiencia preliminar, pidiendo la nulidad de lo actuado, invocando las normas vulneradas, pero se rechazó su requerimiento y apeló de tal decisión, pero también fue negado, persistiendo la indefensión.

La doctrina informa que no toda violación a normas procesales ocasiona nulidad, sino que es necesaria la especificidad y la trascendencia, la primera condición, impone que la infracción se halle prevista como causa de nulidad en el ordenamiento, y la segunda, atañe a la importancia que tal infracción tiene en la válida implantación del proceso, de manera que debe ser una que impida un juicio justo, ya sea por un vicio inconvalidable o por haberse configurado una indefensión que ha influido en la decisión de la causa.

Al respecto, es necesario destacar que aquella válida implantación de un proceso, impone dotar a la parte demandada de un debido proceso, en el cual se debe garantizar los mecanismos idóneos de defensa, como lo establece el Art. 76 numeral 7 letras a), b), c), g) y h) de la Constitución de la República del Ecuador, de ahí que son los principios procesales los que rigen, con mayor rigor los derechos de las partes, constituyéndose en normas plenamente justiciables, con eficacia directa, más allá de que deban ser consideradas con relación a otras normas del ordenamiento legal, como en el caso en análisis, en relación al contenido del Art. 54 del COGEP y los documentos que deben acompañarse a la citación a la demanda para hacer efectivo el debido proceso y permitir la defensa efectiva.

En el caso concreto, el 28 de mayo de 2020 se procedió a citar al ciudadano Julian Assange conforme consta de fojas 871 del proceso, pero como consta del referido documento, solo se le hizo conocer la demanda.

En este punto, es fundamental tomar en cuenta que el señor Julian Assange se encontraba en una vulnerabilidad doble, ya que además de estar recluido en un Centro Penitenciario de Reino Unido (Prisión de Belmarsh) lo cual ya implica limitaciones evidentes al ejercicio normal de sus derechos, ya que al estar recluido no tiene el acceso a iguales condiciones de movilidad y comunicabilidad que otras personas que no se hallan privadas de la libertad; se suma una segunda, ya que además de hallarse en un centro de privación de libertad que limitaba su acceso a personas y a medios de comunicación para su expedita comunicación, también se encontraba en el extranjero alejado de la posibilidad de acceder a defensores conocedores de la legislación ecuatoriana.

De manera que tales limitaciones generan de por sí, una gran dificultad para una defensa efectiva, limitando la posibilidad de selección de un defensor idóneo y de que éste una vez seleccionado pueda estudiar el caso y acceder a los elementos probatorios para poder defender a su cliente. Si a este hecho, se añade que, a mayo de 2020 se encontraba vigente una cuarentena en el Ecuador que mantuvo a todos los ciudadanos con sus actividades parcialmente afectadas, es claro que la posibilidad de una adecuada defensa se hallaba disminuida aún más por aquel hecho.

De ahí que, es claro que toda aquella realidad, pandemia, reclusión y permanencia en el extranjero, son condiciones que potenciaron la dificultad de acceso al proceso, a los documentos aparejados al mismo, cuanto a poder escoger un defensor, de ahí que dificultaban la defensa efectiva.

Por ello, es claro para este Juzgador, que el no haber acompañado oportunamente los anexos que sustentaban y fueron acompañados a la demanda de lesividad en contra del Acuerdo Ministerial No. 0147, de 19 de diciembre de 2017, y que motivaron la emisión de Resolución No. 0000042, de 10 de abril de 2019, que declaró la lesividad del referido acuerdo ministerial, generaron indefensión al recurrente, pues si bien el Art. 54 del COGEP menciona como si fuera a discreción del Tribunal acompañar "cualquier otra información que a juicio de la o el juzgador sea necesaria para que las partes estén en condiciones de ejercer sus derechos", tal norma, constituye una verdadera regulación positiva en orden a una finalidad fundamental, esto es que a raíz de la citación la parte demandada pueda ejercer adecuadamente su defensa, de ahí que por juridicidad, analizando las normas que se acusan infringidas, el Tribunal Distrital debía analizar cómo cumplía la finalidad de garantizar el derecho a la defensa del procesado en forma efectiva siendo que el mismo se hallaba preso en una jurisdicción extranjera, lo cual limitaba su derecho a la libertad, a la comunicación y libre tránsito, pero además se hallaba en una localidad en la cual es difícil conseguir un defensor judicial con conocimientos en legislación ecuatoriana.

Bajo esta óptica, tomando en cuenta, la doble vulnerabilidad del demandado, por su situación de privado de la libertad, así como por estar en el extranjero, el juzgador debía garantizar que la diligencia que se practicó el 20 de mayo de 2020, no solo le haga conocer de la demanda entablada en su contra, sino que debía cumplir efectivamente las normas establecidas en el Art. 76 numeral 7 letras a), b), c), g) y h) de la Constitución de la República del Ecuador, acompañando la totalidad de los documentos que servían de sustento para la demanda, pues debían tomarse en consideración las situaciones particulares del procesado que exigían garantías reforzadas para que pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa y no se la angustie como en efecto ocurrió, al privarle de documentación que estaba en posibilidad de adjuntarse en el exhorto y así garantizar al procesado su derecho de defensa plenamente.

No cumplir con aquella obligación, claramente afectó la defensa del señor Julian Assange, pues no pudo actuar con la oportunidad debida en defensa de sus intereses, pero además consta como un hecho adicional, que el recurrente a través de su defensor reclamó en audiencia preliminar dicha indefensión, ante lo cual la autoridad judicial no tomó en cuenta la afectación a las normas constitucionales que eran normas directamente aplicables al proceso judicial, y lejos de subsanar aquella afectación, persistió en el avance del proceso afectando de manera principal el derecho de defensa del recurrente.

Es necesario destacar que nuestro sistema procesal, es uno moderno en el cual la formalidad está condicionada a finalidades, así las formas son necesarias en cuanto resguardan fondos; en el caso concreto la defensa efectiva y material del procesado para poder contradecir y emitir con pleno conocimiento la contestación a la demanda, proponer pruebas y otras defensas en derecho que le asistían, era un aspecto que debía ser garantizado al procesado, no solo con la mera formalidad de darle a conocer la demanda instaurada en su contra, sino que dado

el contexto bajo el cual se hallaba Julián Assange (recluido en el extranjero) además durante una época de pandemia, es claro que debía facilitarse la defensa del procesado, todo lo cual solo podía ser realizado con efectividad con el acceso a las pruebas adjuntadas con la demanda de lesividad propuesta en contra del acuerdo ministerial que le otorgó la nacionalidad ecuatoriana , y no solo la mera noticia sobre la demanda instaurada en contra.

Por lo expuesto, se observa que existió falta de aplicación de las normas constitucionales contenidas en los literales a), b), c), g) y h) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República lo que causó el vicio que invalida el proceso, al no poder el demandado ejercer oportunamente su defensa. Infracción que no fue subsanada en el momento procesal adecuado hecho que podía efectuarse en la audiencia preliminar, realizando una convalidación, otorgando el tiempo legalmente previsto, VEINTE DÍAS TÉRMINO, para que el ciudadano conteste en debida forma la demanda y presente las pruebas que le asistían, así como permita el ejercicio de las posibles atribuciones de la contraparte (nueva prueba); garantizando la contradicción y el ejercicio pleno de los derechos procesales de las partes, que se vieron afectados por la falta de tutela efectiva de los derechos procesales constitucionalmente reconocidos en los literales a), b), c) g) y h) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, y que al no haber sido observados causaron la INEFICACIA COMPLETA DE LA CITACIÓN, pues ella, es una formalidad no solo para hacer conocer de la demanda, sino para que la parte afectada con ella, tenga las condiciones adecuadas de defensa, situación que debió ameritar mayor preocupación del Tribunal Distrital al tratarse de una persona en situación de doble vulnerabilidad al hallarse recluido en el exterior, como se desprendía de la misma demanda del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

La nulidad es un remedio excepcional y último, al cual se debe recurrir cuando no queda otro medio para subsanarla, en el caso concreto, es claro que la citación realizada, al no haberse acompañado los adjuntos anexos, dejó en indefensión al señor Julian Assange, pues no se tomó en cuenta las restricciones al libre acceso a la documentación y a la misma obtención de una defensa idónea que se encuentra la persona recluida en el extranjero, y que ameritaba una protección procesal alta, dotándolo de los adjuntos a la demanda, para equilibrar las limitaciones a la movilidad y comunicación que tiene una persona recluida en el extranjero, además afectada por todas las limitaciones que impuso la Pandemia de Covid–19, que restringieron claramente su posibilidad de defensa. Por ello, la finalidad de la causal primera del Art. 268 del COGEP, es subsanar los yerros procesales que afectan a las partes en forma fundamental en sus derechos, causándoles indefensión, que en este caso se generó al no poder contestar la demanda y presentar las pruebas que asistían al procesado Julián Assange, aspecto que no fue atendido y que continúo hasta dictar una sentencia que le ha sido desfavorable y por lo tanto, evidencia la trascendencia que la imposibilidad de defensa tuvo en el caso en análisis.

Por ello, es necesario que se rectifique el procedimiento realizado por los juzgadores a quo, y, que el procesado pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en la forma que lo establece el Art. 76 de la Constitución de la República.

De otra parte, en relación con la falta de aplicación del literal m) numeral 7 del Art.76 de la Constitución, no se evidencia que este yerro sea trascendente, pues el sistema procesal ecuatoriano prevé la única instancia para este tipo de procesos, de manera que la norma cuya falta de aplicación se denuncia, no es susceptible de considerarse vulnerada, pues la doble instancia es un derecho sujeto a ciertas consideraciones y limitaciones, que en este caso se han impuesto legalmente, concediendo otros derechos impugnatorios como es el recurso de casación y la acción extraordinaria de protección, por lo cual también se desecha el cargo relacionado con la falta de aplicación del referido literal m) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución.

Tampoco se aprecia que exista falta de aplicación de los Arts. 158 del Código Orgánico de la Función Judicial y 5 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares; Por cuanto es justamente en virtud de aquellas normas, que se produjo la citación ineficaz al procesado Julián Assange, de ahí que no se puede aceptar que exista un vicio de falta de aplicación de las referidas normas por lo que se desecha el cargo casacional en relación a estas normas.

Dado que este Conjuez Nacional evidencia que procede parcialmente la causal primera del Art. 268 del COGEP, en relación a la falta de aplicación de los literales a), b), c), g) y h) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, lo cual ha sido determinante en la invalidez procesal desde la citación, y por lo tanto vuelve nulo todo lo actuado posteriormente incluida la sentencia de 23 de julio de 2021, dictada por el Tribunal Distrital

con sede en la ciudad de Quito dentro de la causa No. 17811-2019-01266.

Como consecuencia de que exista tal vicio improcedendo debe casarse la sentencia, siendo inoficioso analizar el cargo por la causal segunda del Art. 268 del COGEP, y solo se debe reenviar el proceso al Juzgador A Quo para que lo retome en el momento procesal en el cual se configuró la invalidez procesal, esto es en el momento de la citación.

En tal virtud se acepta parcialmente el recurso de casación propuesto por el señor Julián Assange, por la falta de aplicación de los literales a), b), c), g) y h) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, normas procesales constitucionales que deben ser observadas en todo proceso para garantizar la efectiva defensa de los procesados, y que debe ser aplicada considerando las condiciones de vulnerabilidad de los procesados que aparezcan claramente del mismo, en consecuencia **SE RESUELVE:**

Declarar la nulidad procesal, de todo lo actuado en la presente causa, a partir de de la citación mediante exhorto, y se dispone que un nuevo Tribunal Distrital emita un nuevo exhorto, al cual deberá acompañar todos los documentos necesarios para que el demandado pueda ejercer su legítimo derecho a la defensa**. Notifíquese y remítase.-**

f) DR. MILTON ENRIQUE VELASQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. XIMENA DEL ROCIO VELASTEGUI AYALA **CONJUEZA NACIONAL** DRA. MARIA CRISTINA TERAN ORBEA **CONJUEZ NACIONAL** DRA. KATTY MISHEL MUÑOZ VACA **CONJUEZ NACIONAL** DR. PABLO FERNANDO LOAYZA ORTEGA **CONJUEZ NACIONAL** DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL** DRA. HIPATIA SUSANA ORTIZ VARGAS **JUEZA NACIONAL (e)**

II

Juicio Nro. 09802-2021-00636
Fecha: miércoles 25 septiembre 2024 a las 11h31
Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

TEMA

Indebida acumulación de pretensiones en el proceso contencioso administrativo. Incompatibilidad entre la nulidad de la terminación unilateral y la resolución del contrato.

SÍNTESIS

Existe indebida acumulación de pretensiones cuando, en una misma demanda contencioso administrativa, se solicita simultáneamente la nulidad de la terminación unilateral del contrato y su resolución, tratándose de pretensiones incompatibles, lo cual constituye un vicio insubsanable que obliga al archivo de la causa. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo aceptó la demanda y declaró tanto la nulidad de la resolución administrativa de terminación unilateral del contrato como la resolución de este. Inconforme, la entidad demandada interpuso recurso de casación, que fue admitido por las causales primera, segunda y quinta del artículo 268 del COGEP. En sentencia de casación, la Sala aceptó el recurso únicamente por la causal segunda, al constatar defectos de motivación y contradicción en la parte resolutiva del fallo de instancia. Al emitir sentencia de mérito, determinó la existencia de indebida acumulación de pretensiones, por haberse solicitado en una misma demanda la nulidad de la terminación unilateral del contrato y, simultáneamente, su resolución, pretensiones incompatibles entre sí. En consecuencia, se acogió la excepción previa correspondiente y se dispuso el archivo de la causa, por tratarse de un vicio insubsanable. La sentencia cuenta con Voto Salvado.

RECURSO DE CASACIÓN

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) Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 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) Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas, quien ha sido llamada a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en calidad de Jueza Nacional, en reemplazo del Dr. Fabián Racines Garrido, mediante Oficio No. 147-SG.CNJ-2024, de 8 de febrero del 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y acción de personal 0487-DNTH-2024-JV de 19 de febrero de 2024.el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

d) Jueces que, avocando conocimiento de la presente causa, signada con el No. 09802-2021-00636, y, siendo ese su estado, expide la siguiente sentencia relativa al recurso de casación que se identifica:

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1.- Objeto de la controversia en el juicio de instancia: La compañía accionante en su

demanda determinó como pretensión que en sentencia se declare: **i)** la nulidad de la Resolución No. EPMM-M-GG-AJ-2019-024, expedida el 13 de septiembre de 2019, en la que se declaró la terminación unilateral del Contrato No. GG-PG-EPMM-M-AA-001-2017, **ii)** la resolución del Contrato No. GG-PG-EPMM-M-AA-001-2017, de Alianza Estratégica para la Provisión, Implementación y Administración del Servicio de Estacionamiento de Vehículo con Parquímetro y Gestión para notificación de Multas en Zonas Urbanas, en la ciudad de Machala, suscrito entre la Empresa Pública Municipal de Movilidad de Machala EPMM-M y la compañía actora, **iii)** se deje sin efecto su inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, **iv)** el pago por los perjuicios ocasionados por motivo del incumplimiento del Contrato y la terminación del contrato; y, **v)** el pago de los daños morales sufridos como resultado del acto administrativo impugnado y la inscripción en el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.

1.2 De la parte dispositiva de la sentencia o auto recurrido: La sentencia emitida el 31 de mayo del 2022, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, aceptó parcialmente la demanda: **i)** declarando la nulidad de la Resolución No. EPMM-M-GG-AJ-2019-024, expedida el 13 de septiembre de 2019; **ii)** declaró la resolución del contrato No.GG-PG-EPMM-M-AA-001-2017; **iii)** dispuso el pago de daños y perjuicios; **iv)** dejó sin efecto la inscripción de TECHNORENT S.A en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos; y, **v)** rechazó el pago reclamado por daño moral.

Para tomar la decisión, el Tribunal de instancia argumentó que, en la terminación unilateral se inobservó el derecho al debido proceso porque: **i)** previo a la terminación, correspondía que las partes analicen causales y mecanismos de terminación establecidas en el contrato, **ii)** que se ha incumplido con el requisito de motivación en la resolución impugnada, en razón de que la parte actora no ha incurrido en causales de terminación unilateral del contrato y la verificación de incumplimientos por parte de la entidad contratante.

1.3 Recurso interpuesto: La entidad demandada EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE MOVILIDAD DE MACHALA (EPMM-M), interpone recurso extraordinario de casación, por las causales PRIMERA, SEGUNDA y QUINTA del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.4 Auto de admisión: Con auto de 1 de marzo del 2024, las 15h05, el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso de casación, respecto de las causales: **PRIMERA, por falta de aplicación** del artículo 153 numeral 4 y 7, artículo 306 numerales 1 y 3 y 326 numeral 1 del COGEP; **SEGUNDA,** por cuanto la sentencia no contiene los requisitos prevenidos en la ley; y, por insuficiencia en la motivación; y, **QUINTA,** por errónea interpretación del artículo 1561 del Código Civil.

2. COMPETENCIA

2.1 La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interpongan, 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 Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.2 Acta de sorteo: El sorteo para la determinación de los jueces nacionales a los que le corresponde pronunciarse sobre el fondo del recurso de casación interpuesto, ha sido efectuado el 26 de abril del 2024.

2.3 Relación de lo expresado en audiencia oral: En la audiencia de sustentación del recurso de casación, realizada el día miércoles 15 de mayo de 2024, a partir de las 15h00, el abogado de la empresa casacionista (EPMM-M), sustentó su recurso de casación en términos similares a su escrito de interposición; habiendo la contraparte, ejercido su derecho de contradicción; para luego producirse la réplica y contrarréplica de los pronunciamientos de las partes; audiencia que fue suspendida en aplicación del artículo 93 del COGEP y, reinstalada el 9 de septiembre de 2024, a partir de las 11h00, en la que se dio a conocer el pronunciamiento oral respecto de la decisión del recurso de casación.

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. PROBLEMA JURÍDICO

El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 31 de mayo del 2022, a las 14h21, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, ha incurrido en

las causales primera, segunda y quinta del artículo 268 del COGEP; y, de ser el caso, expedir la decisión que corresponda, en función de la causal que corresponda y sus efectos legales.

5. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

5.1 Caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

5.1.1 La entidad recurrente interpone su recurso de casación por la causal primera del artículo 268 del COGEP, argumentando que existe falta de aplicación de los artículos 153 numeral 4 y 7, 306 numerales 1 y 3 y 326 numeral 1 del COGEP; debiendo señalar que en su escrito de complemento del recurso de casación, dispuesto por el Conjuez Nacional, se establece que el vicio relativo a esas normas es el de falta de aplicación de tales disposiciones legales, en razón de que, en la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia afirma que las excepciones previas planteadas al contestarse la demanda fueron analizadas y resueltas en el momento procesal correspondiente, esto es, en la audiencia preliminar.

Que, el artículo 306 del COGEP establece como acciones contencioso administrativas: la subjetiva y la especial (contratación pública); que el accionante en su demanda pretende, que se declare la nulidad de la resolución EPMM-M-GG-AJ-024 de 13 de septiembre de 2019, que se declare la resolución del contrato por un presunto incumplimiento imputable a la entidad contratante; que se deje sin efecto su registro como contratista incumplido, pago de daño emergente y lucro cesante y, pago de daño moral.

Que cuando se pide la nulidad de un acto administrativa se está en la esfera de la acción subjetiva; distinta a una controversia de naturaleza contractual; que la naturaleza de la acción subjetiva es proteger un derecho subjetivo en cambio la naturaleza de la controversia contractual es para que el Juez actúe como dirimente entre las dos partes que no se han puesto de acuerdo.

Que el efecto de la declaratoria de terminación unilateral de un contrato es la pérdida del contrato de la contratante y el registro como contratista incumplido. Que por ello la acción subjetiva debe ser presentada dentro del término legal correspondiente; produciéndose la errónea interpretación del artículo 306.1 del COGEP, con base en lo cual no acogieron las excepciones previas de caducidad, prescripción e indebida acumulación de pretensiones.

Que la demanda por ello ha sido presentada fuera del término legal y, si se hubiere respetado el mandato del artículo 306.1 y 3 del COGEP, el Tribunal debió acoger la excepción de inadecuación del procedimiento; que resulta a todas luces que no se pueden presentar dos acciones distintas dentro de un mismo proceso.

En el escrito que completa y aclara su recurso de casación, transcribe lo que el Tribunal ha decidido en la audiencia preliminar respecto de las excepciones previas, señalando que esa decisión se orientó a determinar que la impugnación del acto administrativo impugnado, por el cual se da por terminado unilateralmente el contrato suscrito entre el actor y la entidad demandada, podía ser formulado en el plazo de cinco años conforme el artículo 306.3 del COGEP, inadmitiendo por ello las excepciones de prescripción y caducidad.

Que, respecto a la indebida acumulación de pretensiones, formulada como excepción, con base en lo anterior, y, por cuanto en la causa se pretende de la nulidad de la resolución impugnada, como también la resolución del contrato ***"que ya está terminado; son pretensiones que por una parte corresponde a un mismo proceso de contratación pública;*** *en el que intervienen las mismas partes procesales y corresponden ser analizadas en la jurisdicción contencioso administrativa; en consecuencia, el Tribunal,* ***no advierte indebida acumulación de pretensiones,*** *por lo tanto se niega la excepción previa planteada (el énfasis corresponde al texto).*

Que el artículo 306 del COGEP al referirse a las acciones contencioso administrativas; establece que en el caso son dos: la acción subjetiva y la especial de contratación y que en su demanda, impugna la resolución administrativa de terminación unilateral del contrato cuya nulidad pide sea declarada y por otra, pide que se declare la resolución del contrato por un presunto incumplimiento de obligaciones por parte de la contratante; es decir plantea acciones distintas cuyo efecto es igualmente diferente. Que de haberse aplicado el artículo 306.1 del COGEP, se hubiere establecido la caducidad de la acción y, además se habría determinado la existencia de inadecuación del procedimiento ya que no se pueden presentar dos acciones distintas dentro de un mismo proceso pues se trata de la existencia de dos pretensiones incompatibles, con características distintas.

5.1.2 Alcance de la causal y vicio: El artículo 268 del COGEP, establece en su numeral primero, como causal de casación:

> *"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".

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).

5.1.2 La norma que contiene la causal invocada y que es materia de este examen trae varios elementos: Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; en el caso se afirma la existencia de la falta de aplicación de las normas ya enunciadas. Que, la existencia de tales yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o generado indefensión; y que tales vicios, hayan influido, por la gravedad de la transgresión, en la decisión tomada por el Juzgador de instancia

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.

5.1.3 Normas que denuncia infringidas, relativas a la causal primera, por falta de aplicación:

Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: (…) 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones (…) 7. Caducidad….

Art. 306.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: 1. En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado (…) 3. En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.

Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.

5.1.4 Análisis y motivación sobre la causal primera:

5.1.4.1 De manera inicial, es necesario señalar que, de la revisión de la sentencia reprochada por la casacionista, la Sala puede apreciar que efectivamente ninguna de las normas denunciadas como infringidas (Arts. 153.4 y 7; 306.1 y 3 y 326.1 del COGEP), ha sido utilizada por los juzgadores de instancia para emitir dicho fallo. No obstante, por la importancia y la novedad del caso, es necesario puntualizar que la omisión de esas normas en la sentencia recurrida, de modo formal sería suficiente para establecer la pertinencia de la causal. No está por demás señalar que el artículo 326 del COGEP no es en realidad una norma procesal, ya que solo refiere las clases de acciones contencioso administrativas.

Ahora bien, el argumento sustancial relativo a esta causal, hace referencia puntual a que en la audiencia preliminar, el Tribunal de instancia, emitió pronunciamiento sobre las excepciones previas propuestas por la entidad pública demandada, negando la existencia de caducidad y prescripción, al considerar que es factible la presentación de una demanda de controversia contractual, dentro de cinco años, sea que se trate de la impugnación de la resolución de terminación unilateral de contrato, como la de resolución del contrato. Estimando asimismo, de manera ligera, la improcedencia de la indebida acumulación de pretensiones.

Si bien en la sentencia que se ataca se hace solo mención a que las excepciones previas fueron resueltas en audiencia preliminar, no se hace referencia alguna de los sustentos para ello.
El recurso en estudio denuncia la falta de aplicación de las normas que se mencionan, aunque luego refiere también la errónea interpretación de las mismas disposiciones, ratificando el argumento en el escrito de complemento; lo cual sin lugar a dudas es improcedente, ya que cada uno de los vicios es autónomo y no pueden subsistir entre ellos por ser antípodas, en efecto, la falta de aplicación de una norma jurídica implica que el juzgador omitió usarla sin embargo de que esa disposición era la llamada a solucionar la controversia; en cambio, la errónea interpretación implica que se ha usado en el fallo recurrido, la norma jurídica que efectivamente corresponde al caso, pero, el juzgador la da un alcance distinto al que el legislador ha establecido, para lo cual siempre es necesario usar los métodos de interpretación correspondientes al caso específico. Adicionalmente, debe establecerse que el recurrente no ha efectuado una conexión de la potencial nulidad o indefensión a la que se refiere la causal; para lo cual era necesario la determinación de las disposiciones legales que determinan los taxativos casos de nulidad, así como aquellas garantías de los derechos de defensa; Elementos, los descritos, que determinan la improcedencia del recurso por este extremo.

5.2 POR EL CASO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:

5.2.1 Debe señalarse que la causal admitida por el Conjuez Nacional, respecto de esta causal, se refiere a que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley, sustentándose en el artículo 95.5 del COGEP, en razón de que el Tribunal ha omitido pronunciarse sobre las excepciones previas de caducidad, prescripción e indebida acumulación de pretensiones.
Funda también la causal en el yerro de falta de motivación de la sentencia atacada por insuficiencia e incongruencia, señalando el artículo 76.7.l) de la Constitución y la sentencia constitucional No. 115817-E/21, emanada de la Corte Constitucional.

5.2.2 La causal segunda del artículo 268 del COGEP, establece como causas para que opere la casación de un auto o sentencia:

> *"Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias e incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación".*

La causal en realidad contiene tres yerros, a saber: i) cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la ley, ii) cuando en la parte dispositiva de la decisión judicial recurrida se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; y, iii) cuando no se cumpla con el requisito de motivación.
Como se ha expresado, el recurso en estudio refiere dos de los vicios prevenidos en la causal; los cuales serán del pronunciamiento que a continuación se expresa.

5.2.2.1 Sobre la falta de requisitos de Afirma el recurrente que el Tribunal de instancia, en la sentencia escrita motivo del recurso en estudio, textualmente en expresó ***"DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS: 5.1.- Las excepciones previas planteadas al contestar la demanda, fueron analizadas y resueltas en el momento procesal correspondiente, esto es en la audiencia preliminar".***

Sostiene que el artículo 95 del COGEP establece los requisitos de forma y de fondo que debe contener la resolución judicial; siendo un requisito esencial el contenido en el numeral 5 de esa norma que establece la obligación de que en las sentencias debe existir *"5. La decisión sobre las excepciones presentadas"*. Que, no obstante, el Tribunal sentenciador, se limitó únicamente a mencionar que esas excepciones se han resuelto en el momento procesal oportuno, vulnerando esa obligación jurídica, ya que se ha omitido, en la sentencia, pronunciarse sobre las excepciones previas.

5.2.2.2 Análisis y motivación del yerro: El artículo 95 del COGEP, al referirse al contenido de la sentencia, establece la estructura que debe conformar el pronunciamiento judicial, respecto del fondo mismo de la controversia judicial, cuando ordena:

> *Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá:*
> *1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.*
> *2. La fecha y lugar de su emisión.*
> *3. La identificación de las partes.*
> *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.*

9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.
Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda. (el énfasis es de la Sala)

El numeral 5 de la norma transcrita determina que debe constar en el fallo de mérito *"La decisión sobre las excepciones presentadas"*. El mismo COGEP, establece en su artículo 153 el catálogo de excepciones previas que pueden ser usadas al tiempo de contestar la demanda o la reconvención en caso de habérsela formulado; lo que no significa que el accionado esté impedido de presentar excepciones de fondo, las cuales tienen que ver con la oposición a los planteamientos sustanciales planteados por el accionante.

En ese contexto, resulta evidente que el requisito contenido en el numeral 5 del artículo 95 del COGEP, es una obligación judicial ineludible, porque ello implica el pronunciamiento sobre las alegaciones de las partes; por consecuencia, al limitarse el Tribunal de instancia, solo a señalar que las excepciones previas han sido analizadas y resueltas en la audiencia preliminar, constituye un incumplimiento a esa obligación que impone un deber jurídico ineludible y cuya omisión puede atentar incluso contra el derecho de defensa.

No debe olvidarse que la sentencia es un acto procesal por medio del cual el Juez, decide el fondo mismo de la controversia, expresando en suma la solución del conflicto que ha enfrentado a las partes procesales. La sentencia es entonces, el acto que concreta la aplicación del derecho a un caso específico, generando con ello la fuerza para que la decisión judicial sea cumplida, provocando asimismo, el ejercicio de los derechos de recurrir a instancias superiores para que se dé un nuevo curso al conflicto (doble conforme); o, generando el derecho a formular el recurso de casación, cuando la ley así lo permita. La sentencia pone fin al proceso judicial sometido a la decisión del órgano judicial que la expide.

En ese contexto, el artículo 296.1 del COGEP, establece que del auto interlocutorio que rechace las excepciones previas, que se pronuncia en la audiencia preliminar, solo es factible la interposición del recurso de apelación con efecto diferido. El recurso de apelación es un recurso ordinario por medio del cual, la parte procesal que se crea vencida por el pronunciamiento de un juez, tiene el derecho de recurrir ante otro juez competente, de jerarquía superior, buscando un nuevo pronunciamiento sobre el asunto materia del recurso; por ello la doctrina reconoce que este recurso es constitutivo de instancia de alzada.

La disposición jurídica mencionada, opera sin dificultad alguna en los procesos judiciales regidos por el COGEP; sin embargo, en materia contencioso administrativa, debe tener un tratamiento acorde con la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva determinada en la Constitución de la República *(Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*).

Efectivamente, la norma en cita, es perfectamente aplicable a los procesos no penales, con exclusión de aquellos que pertenecen a la jurisdicción contencioso administrativa y a la contencioso tributaria, en los que las partes, no tienen la posibilidad de ejercer el derecho a la interposición del recurso de apelación, para hacer efectivo el principio del doble conforme judicial, puesto que estas causas que son de competencia de los tribunales distritales de esas materias, son procesos de una sola instancia judicial, en los que solo es factible la interposición del recurso de casación.

Situación que conduce a determinar la necesidad de que los juzgadores adopten decisiones orientadas a ajustar el proceso judicial y sus trámites, al principio de tutela judicial efectiva; que en el caso, no puede ser otro que el de referir en la sentencia todos los sustentos jurídicos y fácticos que hayan servido de sustento para aceptar o desestimar las excepciones previas, como también las de fondo; a fin de que las partes procesales puedan, por medio del recurso de casación, impugnar la legalidad de los pronunciamientos judiciales tomados en la audiencia preliminar.

Por manera que, limitarse en la sentencia escrita, solo a manifestar de modo ligero y sin sustento que la resolución sobre excepciones previas, ha sido tomada en la audiencia preliminar, incumple el deber jurídico que de modo expreso consta como requisito que debe contener la sentencia escrita; omisión que tiene implicaciones en el derecho de las partes a conocer las razones por las cuales sus derechos o intereses han sido negados o aceptados, para tener la habilitación efectiva de ejercer su facultad de recurrir o no de las decisiones judiciales que impliquen afectación de sus derechos.

Debe señalarse que, si bien el casacionista transcribe el auto interlocutorio que habría

sido pronunciado en la audiencia preliminar, ello de ninguna manera puede convalidar la obligación judicial omitida; razón por la cual la causal y modo de infracción analizada determina la procedencia del recurso de casación.

5.2.2.3 Sobre la falta de motivación de la sentencia: La casacionista transcribe el contenido en el literal l) del numeral 7, del artículo 76 de la Constitución de la República; remitiéndose asimismo a la sentencia constitucional 280-13-EP/19, en la que la Corte Constitucional define a la motivación como una garantía concreta del derecho de defensa y del debido proceso, del cual es uno de sus elementos primordiales; garantía que tienen no solo las partes procesales sino la ciudadanía que ejerce un control democrático de las actuaciones públicas.

Señala que la norma constitucional cita, exige que los jueces, a fin de brindar una correcta administración de justicia, deben enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Que, la Corte Constitucional ha señalado que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa que contenga "la enunciación y justificación 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"; y, una fundamentación fáctica suficiente que contenga los hechos dados por probados en el caso.

Que, la sentencia reprochada incurre en el vicio de insuficiencia motivacional, cuando en la sentencia atacada se afirma que *"5. DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES PREVIAS: 5.1.- Las excepciones previas planteadas al contestar la demanda, fueron analizadas y resueltas en el momento procesal correspondiente, esto es en la audiencia preliminar"*; omitiendo realizar el análisis de manera motivada y por escrito en el fallo, conforme exige la ley para que se pueda identificar las razones por las cuales no se aceptaron las excepciones previas planteadas, determinando la insuficiencia motivacional, al no explicarse las razones que el ordenamiento normativo tiene para que se considere motivada una decisión judicial.

Que, en el caso está presente el vicio motivacional de incongruencia frente a las partes, ya que no se pronuncia sobre los argumentos fácticos y jurídicos que sirvieron de base para negar las excepciones previas; deber que ha sido omitido en la sentencia recurrida.

5.2.2.4 Alcance de la falta de motivación: El requisito de la motivación ha sido instituido tanto como obligación cuanto como garantía; en efecto, como obligación, la exigencia está prevenida en el artículo 66.23 de la CRE, cuando expresa el derecho de las personas a recibir respuestas motivadas respecto de sus peticiones; y, como garantía, por ser una de las fundamentales que caracterizan al derecho al debido proceso, previsto en el artículo 76 de la CRE, en cuyo numeral 7, literal l), se estatuye 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.*

Derecho y obligación jurídica que fija un deber para toda autoridad pública y más aun los juzgadores, explique las razones lógicas: jurídicas y fácticas por las cuales justifican coherentemente sus decisiones; de allí mismo se desprende que esta garantía sustancial, permite expulsar toda forma de arbitrariedad en la toma de decisiones, aparta el decisionismo judicial, estableciendo el sometimiento de la autoridad al ordenamiento jurídico aplicable a cada caso en concreto.

La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, ha determinado como elementos que justifican la existencia de una adecuada motivación, en una resolución judicial, a tono con el mandato constitucional, que la resolución de que se trate tenga suficiente motivación fáctica y suficiente motivación jurídica; de modo que (párr. 34):

> *(…) para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta 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. 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.*

El vicio que denuncia como afectador de la motivación, según el casacionista es el de insuficiencia;

el cual ha sido definido en la sentencia constitucional que se cita, así:

> 69. 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

Atendiendo la exigencia de la motivación y su alcance, previsto en el artículo 76.7.l) de la CRE, es evidente que ella lleva consigo la obligación de cumplir con parámetros adecuados que conduzcan al jugador a justificar con argumentos jurídicos y fácticos pertinentes las razones que le conducen a la toma de una decisión; puesto que el razonamiento que el juzgador realice en sus decisiones es el que garantiza que las partes procesales y el "auditorio social", puedan entender sin mayores esfuerzos que la decisión judicial ha dado solución al caso concreto, en función de los hechos y de la normativa o principios jurídicos que han sido aplicados al caso.

Por manera que, la suficiencia en la motivación es una expresión, reiteramos, del sometimiento al orden jurídico y del alejamiento de toda forma de arbitrariedad, expresado de forma comprensible y que abarque la solución a todos los problemas que formaron parte de la controversia. De modo que la motivación suficiente exige la necesidad de justificar las razones que conducen a una decisión; de lo que se infiere que hay motivación solo cuando la decisión judicial se funda en la razón.

5.2.2.5 No hay duda que la sola expresión que trae la sentencia en el punto 5.1, que se limita a señalar que las excepciones previas han sido decididas en la audiencia preliminar, bastaría para determinar la insuficiencia motivacional de la sentencia materia del recurso de casación en examen; no obstante es necesario establecer, como ya se ha dicho, en el análisis del otro yerro referido en la causal, que es obligación jurídica que en la sentencia escrita se haga constar el pronunciamiento respecto de todas y cada una de las excepciones opuestas por la parte demandada; lo cual ha sido omitido por el Tribunal de instancia.

En el caso, la forma de motivar las excepciones previas planteadas al contestar la demanda por la casacionista, únicamente por remisión a lo que se ha decidido en la audiencia preliminar, constituye evidentemente una deficiencia motivacional por insuficiencia, ya que tales expresiones no permiten determinar con claridad, las razones que condujeron al Tribunal a tomar la decisión sobre tales oposiciones.

Si solo la Sala recurriera a lo que el casacionista refiere en su recurso de casación, al transcribir la decisión tomada por el Tribunal Distrital en la audiencia preliminar, respecto de la excepción de la excepción de indebida acumulación de pretensiones; en la que se habría expresado que al formularse como pretensiones de la demanda, que se declare la nulidad de la terminación unilateral del contrato referido, y la resolución del contrato, son pretensiones que corresponden a un mismo proceso de contratación pública, en el que han intervenido las mismas partes procesales, las que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que no advierte la existencia de tal excepción.

Tal argumento judicial, lo que hace es ratificar la insuficiencia motivacional ya que no se hace un análisis ni aplicación de norma jurídica alguna, ni se remite a los hechos en los que deba aplicarse, y, por obviedad, tampoco consta la explicación de la pertinencia exigida en el artículo 76.7.l) de la CRE. Todo lo cual lleva a la Sala a estimar procedente el recurso de casación por este extremo.

5.3 POR LA CAUSAL QUINTA, por errónea interpretación del artículo 1561 del Código Civil.

5.3.1 Esta causal, establece como causal de casación:

> *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 del yerro*, in iudicando jure,* de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva, en razón de que en dicha resolución judicial, no se *"han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derechos sustantivo".* (Andrade, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, Pág. 182).

El vicio de violación directa de norma sustantiva, proscribe toda posibilidad de que el casacionista pueda hacer consideración o referirse de alguna manera a los hechos establecidos en el desarrollo del proceso; en razón de que la existencia del yerro, parte de la consideración de que las partes no hacen objeción alguna de tales hechos pues han dado como válidas las apreciaciones estructuradas por los juzgadores

emisores de la sentencia materia del recurso de casación, relativas a la formación del precedente fáctico al cual han aplicado, o no, las disposiciones jurídicas que se denuncian como infringidas.

Dice al respecto Humberto Murcia Ballén que en cuanto a este vicio, *"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 poque 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).*

El casacionista afirma que la sentencia que ataca ha incurrido en el yerro de errónea interpretación, el cual *"…ocurre cuando el precepto legal aplicado en la sentencia es el pertinente, pero se le da un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del Legislador. Tal situación es entonces una violación directa de la ley…" R.O. No. 238 5/enero/2001. Pág. 19" (citado por Tama Manuel. El recurso de Casación en la jurisprudencia nacional. Edilex. 2011. Pág.151).*

En este yerro, el casacionista, debe demostrar que la norma jurídica ha sido usada por el juzgador en su decisión, señalando cuál es la interpretación que se ha dado a la norma infringida, identificando el método de interpretación estructurado; y, de qué manera y con el uso de qué método debía interpretarse la norma; determinando, al igual que en los otros yerros, la trascendencia de la infracción en la decisión judicial que se ataca.

5.3.2 El recurrente señala que el artículo 1561 del Código Civil establece que *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

Norma que efectivamente se encuentra citada en la sentencia recurrida en su considerando 3.3, que, el accionante en instancia pretende que se declare la resolución del contrato que tiene suscrito con la entidad demandada; lo que implica la existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; de modo que, cuando el contrato ha terminado, no es factible que jurídicamente proceda esa pretensión; argumento que lo funda en una sentencia publicada en Gaceta Judicial.

Y en resolución 0205-2007 de 30 de mayo de 2007, proferida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia que señala *"2) Cuando se ha terminado unilateralmente un contrato (…) no cabe pedir su resolución sino más bien es procedente pedir únicamente la indemnización de daños y perjuicios"*.

Refiere normas del Código Civil y de la LOSNCP, relacionadas con la resolución de un contrato administrativo.

5.3.3 La errónea interpretación de una norma jurídica es un vicio que implica la necesidad de que el casacionista determine no solo la norma cuya interpretación es errónea, sino que debe expresar de manera clara y precisa, cuál es el alcance que los juzgadores de instancia dieron a esa disposición, identificando el método de interpretación que ha sido usado por el fallador y las razones por las cuales estima la existencia de la equivocación judicial en el uso de tal método. Luego, es necesario que de señale claramente cuál es la correcta interpretación que debía darse a la norma denunciada como infringida, identificando así mismo el método que debía ser usado por el Tribunal de instancia, y las razones por las cuales el casacionista considera que es interpretación y método son los correctos para el caso sometido a su decisión.

El recurso de casación en estudio no ha señalado cuál es la interpretación que de la norma denunciada como infringida ha realizado el Tribunal de instancia ni las razones por las cuales esa interpretación no es la que corresponde. Tampoco ha establecido cuál es la interpretación adecuada que debió realizar el juzgador respecto de dicha disposición legal y las razones por las cuales esa interpretación es la que se adecuaba al caso en análisis en instancia.

Tal situación impide que, de oficio, la Sala pueda suplir las omisiones de la fundamentación que debía establecer el casacionista para lograr que el Juez de casación pueda hacer un pronunciamiento de fondo respecto del vicio y modo de infracción denunciado, lo cual conduce necesariamente a la improcedencia del recurso por este extremo; tanto más que la responsabilidad de la fundamentación de los argumentos en los que se sustenta el recurso, es de exclusiva responsabilidad del casacionista.

5.3.4 En esa línea, y, en aplicación de lo que dispone el artículo 273 numerales 3 y 4 del COGEP, habiéndose determinado la procedencia del recurso de casación por la causal segunda del artículo 268 del mismo Código, por los vicios de falta de requisitos legales de la sentencia y falta de motivación

del fallo reprochado, corresponde emitir la sentencia de mérito que proceda en derecho.

6. SENTENCIA DE MÉRITO

6.1 Argumentos de la demanda y petición: La empresa TECHNORENT S.A., por intermedio de su representante legal; propone demanda contencioso administrativa en contra de la EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE MOVILIDAD DE MACHALA (EPMM-M) y del PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO; acción por medio de la cual impugna el acto administrativo contenido en la Resolución No. EPMM.M-GG-AJ-2019-024 de 23 de septiembre de 2019, suscrita por el Gerente General de la entidad pública demandada; por medio de la cual se ha declarado la terminación unilateral del contrato No. GG-PG-EPMM-M-AA-001-2017, de alianza estratégica para la provisión, implementación y administración del servicio de estacionamiento de vehículos con parquímetro y gestión para la notificación de multas en zonas urbanas de la ciudad de Machala, suscrito por la compareciente en calidad de contratista y la empresa pública demandada en calidad de contratante, elevado a escritura pública eel 31 de marzo de 2017; declarándose a la actora como contratista incumplida y, disponiendo la ejecución de las garantías rendidas por la empresa ahora accionante; y, disponiendo que se comunique al SERCOP para los efectos legales correspondientes.

Los antecedentes fácticos y jurídicos que expone el accionante, constan claramente establecidos en la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil; a los que esta Sala Especializada se remite *per relacionem*; y que, puntualmente, se refieren al relato del proceso precontractual que tuvo como resultado la adjudicación y suscripción del contrato GG-PG-EPMM-M-AA.0012017 de 21 de febrero de 2017, que fuera materia de la terminación unilateral que obra de la resolución administrativa impugnada a cuyas cláusulas hace especial referencia la demanda; como también refiere el procedimiento previo observado para la emisión de la resolución administrativa atacada en instancia.

Afirma también que la entidad contratante ha incurrido en varios incumplimientos de las obligaciones pactadas, como la falta de reparación de calzadas, incumplimiento para justificación, subsanación y aplicación de multas. Que todo ello generaron daños y perjuicios y daño moral atribuibles a la EPMM-M.

Formula como pretensiones: 1) Que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado No. EPMM-M-GG. AJ-2019-024 de 13 de septiembre de 2019; 2) Que se declare la resolución del contrato GG-PG-EPMM-M-AA-001-2017 elevado a escritura pública, el 31 de marzo de 2017; 3) Que se oficie al Servicio Nacional de Contratación Pública, para que se deje sin efecto el registro de la actora como contratista incumplido; 4) Que se disponga el pago de la indemnización de daños y perjuicios que le han sido ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones en que ha incurrido la entidad contratante ahora demandada, así como por la ilegal terminación unilateral del contrato; 5) Pago de indemnización por los daños morales ocasionados a la accionante por las mismas razones anteriormente señaladas.

6.2 Contestaciones a la demanda:

La Procuraduría General del Estado, en su escrito señala domicilio para notificaciones que le correspondan, señalando que ello no corresponde a contestación de la demanda.

La Empresa Pública Municipal de Movilidad de Machala, en su contestación a la demanda, refiere los incumplimientos contractuales en los que ha incurrido la empresa accionante, determinando asimismo el procedimiento observado de manera previa a la expedición de la resolución administrativa impugnada; asegurando que, tal resolución se encuentra suficiente y debidamente motivada tanto en los hechos como en el derecho; que se dio contestación a todos los requerimientos de la contratista; que no se ha vulnerado el proceso en la garantía de tipicidad; remitiéndose para todo ello a las disposiciones jurídicas que refiere en su escrito de contestación. Que el reclamo de indemnizaciones de daños y perjuicios y daño moral requerido por la accionante son improcedentes.

Del contenido de la contestación a la demanda se desprende con claridad, que la accionada ha negado los fundamentos de la acción planteada en su contra, generando que la carga de la prueba corresponda a la empresa actora.

Se han formulado en dicha contestación a la demanda las excepciones previas a las que la Sala se referirá seguidamente.

6.3 EXCEPCIONES PREVIAS: La EPMM-M, en su contestación a la demanda ha opuesto como excepciones previas, las siguientes:

i) indebida acumulación de pretensiones, ii) Caducidad y iii) Prescripción; previstas en el artículo 153 numerales 4, 6 y 7 del Código Orgánico General de Procesos.

Cabe dejar establecido de manera indispensable, que, siendo la excepción previa

de indebida acumulación de pretensiones de aquellas que, de ser verdadera la afirmación de quien la alega, resulta ser insubsanable, su análisis y pronunciamiento debe ser prioritario, por la trascendencia misma que el caso traería al proceso judicial.

6.3.1 Excepción de indebida acumulación de pretensiones:

La empresa pública demandada, EPMM-M, sostiene que, la demanda contiene dos acciones distintas, bajo la figura de "acción subjetiva", afirmando que el artículo 326 contiene las clases de acciones que corresponden a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; poniendo énfasis en los numerales 1 y 4 literal d) de dicha norma, que se refieren a las acciones de: plena jurisdicción o subjetiva y, a las especiales de controversias en materia de contratación pública; que tales acciones son diferentes, incluso en cuanto a términos y plazos, por mandato de la misma ley.

Señala que la acción por la cual pide se declare la resolución del contrato está prevista en el Art. 306.4.d) del COGEP, en concordancia con lo previsto en los artículos 96 y 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y 163 de su Reglamento

Que la demanda ha sido presentada fuera del tiempo previsto para la acción de plena jurisdicción o subjetiva y sin considerar que el acto administrativo que impugna se encuentra firme y ya no puede ser sujeto de control jurisdiccional, tratando de que su segunda pretensión, que tiene plazo distinto para demandar incorpore también a la impugnación.

Que la resolución administrativa impugnada tiene los efectos de la terminación unilateral del contrato, por tanto, no se puede demandar el incumplimiento del contrato por parte de la contratante, cuando este ha terminado unilateralmente.

En su exposición de derecho, la compareciente, en el acápite QUINTO, expresa que del contenido de la demanda se aprecia que por una parte alega aspectos relacionados con la acción subjetiva o de plena jurisdicción, cuando pide la nulidad de la resolución que impugna; y por otra parte, una acción especial por controversia en materia de contratación pública.

6.3.2 La parte actora conoció del traslado dispuesto, junto con la contestación a la demanda en la que constan las excepciones previas opuestas por la demandada, sin que haya hecho pronunciamiento sobre aquellas.

6.3.3 La Corte Constitucional en sentencia No. 476-19/EP21 de 15 de diciembre de 2021, respecto del alcance de la sentencia de mérito que debe ser proferida por los jueces de casación, cuando han estimado procedente el recurso de casación señaló:

> *Tomando en cuenta lo anterior, al tratarse de un recurso de casación, la motivación mínima y libre de vicios argumentales que se exige a los jueces de la Corte Nacional implica: (…)* ***(b)*** *en el evento de que se concluya que el cargo casacional procede, emitir una sentencia sustitutiva en la que acepte o niegue la demanda por el mérito de los hechos, mediante una fundamentación fáctica y jurídica mínima. En el caso particular, resolviendo las pretensiones y excepciones planteadas dentro del proceso(…) (párrafo 50).*

Señala asimismo el fallo que la Corte Nacional puede violar el debido proceso, en su dimensión constitucional si es que resuelve casar una sentencia sin expedir una sustitutiva; debiendo explicar cómo se resuelve la Litis en forma motivada, conforme el ordenamiento legal.

En el párrafo 60 de ese fallo constitucional se dice que cuando ha sido procedente el recurso de casación, se deja sin efecto la sentencia recurrida la cual deja de surtir efectos jurídicos; siendo pertinente que la sentencia de mérito sea expedida, ya que ello garantiza el derecho de las partes *"… a obtener una sentencia fundada en derecho"* (párrafo 61).

En otros términos, determinada la procedencia del recurso de casación por las causales prevenidas en el artículo 268 del COGEP, excepto en el caso de su numeral 1, corresponde que el Juez de casación deba expedir la sentencia de mérito, pronunciándose sobre todas las actuaciones procesales, incluidas, claro está, las excepciones que han sido propuestas al contestarse la demanda; puesto que la sentencia de mérito implica indudablemente, la obligación del juzgador de pronunciarse sobre todos los hechos del proceso y la aplicación del ordenamiento jurídico aplicable al caso.

6.3.4 El artículo 153 del COGEP, en su numeral 4 contempla la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones, que es una de estas oposiciones que taxativamente pueden ser opuestas por la parte demandada en un proceso judicial.

Por su parte, el artículo 147 de la misma ley, establece que debe inadmitirse la demanda, "de entrada"; es decir al tiempo en que el juzgador de primera o única instancia, detecte que de la propia demanda se encuentra mérito de que ella *"2. Contenga una indebida acumulación de pretensiones"*; vicio de la demanda que deba conducir al Juez a establecer que ese

acto de proposición es manifiestamente inadmisible; es decir, sea ostensiblemente inadmisible, lo cual significa que no debe existir duda alguna para ello; con las consecuencias que la misma norma trae; decisión judicial que será apelable. Recurso de alzada que, como reiteramos, no es aplicable para la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo dicho, conduce a la necesidad de determinar, si la indebida acumulación de pretensiones es una de las causas de inadmisión inicial de la demanda, ¿por qué el legislador la incorporó también como una de las taxativas excepciones previas que pueden ser opuestas al contestarse la demanda?.

A juicio de esta Sala, la norma del artículo 147 del COGEP, implica la la obligación jurídica asignada al Juez que debe pronunciarse sobre la calificación y admisibilidad de la demanda; es decir, se trata de una actividad privativa del juzgador que por sorteo tiene la calidad de ponente del pertinente proceso judicial; quien puede advertir que ese acto de proposición es claro, completo y reúne los requisitos formales para admitirlo a trámite.

En cambio, la norma del artículo 153 que ha sido citada, la fija como una excepción previa, la cual solo puede ser opuesta por el demandado, cuando encuentra elementos suficientes que determinan la existencia del vicio de indebida acumulación de pretensiones. En otros términos, mientras el artículo 147 se refiere a la posibilidad de que el juez de única o de primera instancia encuentre elementos para inadmitir la demanda por la causal que estamos identificando, el 153 permite que al el demandado pueda alegar el mismo vicio al contestar la demanda; de lo cual se infiere que puede darse el caso de que el juzgador admitió a trámite la demanda; pero que, cuando esta ha sido contestada, el accionado trae al proceso una nueva posibilidad de que, ahora, por petición de parte, se reanalice la potencialidad de la existencia del vicio de indebida acumulación de pretensiones; generando una nueva obligación judicial para determinar la pertinencia o impertinencia de la excepción; la cual debe ser tratada en la dimensión que aparece del proceso y expresada en una suficiente motivación.

Nótese que mientras el auto de calificación de la demanda no es apelable, su inadmisión de entrada si lo es; de modo que la legislación permite de este modo entender el alcance de la excepción previa analizada, que opera en el caso de que haya sido admitida la demanda, sin la precaución de aquellos asuntos que sirven de base en la excepción que haya sido propuesta por el demandado; de lo cual se puede inferir que la excepción aparte de reprochar la demanda, también es una forma de ataque al auto de admisión de ella.

Las acciones judiciales, se rigen entre otros principios con aquellos relativos a los presupuestos procesales, entendidos como el conjunto de requisitos o exigencia que han de ser observados sea para el inicio del proceso judicial o para su válido trámite o desarrollo. De modo que, en cuanto al inicio del proceso judicial, esto es un presupuesto procesal el estudio de la demanda y su admisibilidad, condicionada a la actividad del juez, prevista en el artículo 147 del COGEP; esto es a permitir que el proceso empiece; en cambio, el artículo 153, ibidem, que contiene en sus numerales 1 y 4, como excepciones previas tanto la incompetencia como la indebida acumulación de pretensiones, se encuentra como presupuestos procesales para el válido desarrollo del proceso que ha sido admitido.

Por ello, la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones es de aquellas que, de verificarse como verdadera, se torna en insubsanable, impidiendo que continúe el proceso, el cual debe ser archivado.

La Corte Nacional de Justicia en resolución 12-2017 de 3 de mayo de 2017, ha determinado precisamente la calidad de insubsanable de la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones, la cual puede "estar fundada en la importancia cualitativa de cada pretensión, la incompatibilidad de contenido entre unas y otras o por la especificidad de casa pretensión; estimando la resolución citada, que la aceptación de esta clase de excepción previa debe ser declarada en auto interlocutorio.

Desde luego que esa referencia debe ser entendida en el sentido del estudio del caso que contiene la resolución, que refiere sustancialmente al procedimiento que se observa en instancia; situación que cambia para el caso de la casación que, de conformidad al artículo 273 del COGEP, debe ser resuelta en la sentencia de mérito.

6.3.4 (sic) La indebida acumulación de pretensiones consiste en que en una misma demanda no pueden coexistir pretensiones (dos o más), que resulten contradictorias o incompatibles que, por esa misma razón, no pueden ser objeto de sustanciación en un mismo proceso judicial.

Lo incompatible determina la necesidad de que existan al menos dos situaciones que deban ser comparadas y que, luego de ese ejercicio se establezca que son disconformes, esto es, diferentes, que no tienen características que les permita coexistir, en el caso, dentro de un mismo proceso judicial.

Lo contradictorio en cambio hace relación a que en cada caso (pretensión), las proposiciones que las identifican individualmente, se contrapongan entre sí; es decir, la una niega lo que la otra está afirmando. En esa línea el ejercicio que corresponde al juzgador para determinar que tales pretensiones no se contradicen ni son incompatibles, solo pueden tener un resultado del cual se desprenda que aquellas pueden sostenerse en un mismo acto de proposición (demanda), para que sean objeto de una sola resolución que abarque las dos pretensiones. Al contrario, cuando del ejercicio se desprenda que las dos pretensiones, no pueden ser objeto de una sola resolución común, se estaría en el caso de que existe la indebida acumulación de pretensiones. Siendo éste precisamente el tema a decidirse, respecto de la excepción previa propuesta.

Excepción que, por ser un requisito formal, debe ser objeto de análisis minucioso, para establecer que en el caso, pueda constituirse y desarrollarse válidamente el proceso judicial.

6.3.5 El COGEP en su artículo 326, fija de modo taxativo las clases de acciones que deben tramitarse en procedimiento contencioso administrativo; entre ellas; las denominadas acciones impugnatorias propias, como son: **(i)** la subjetiva o de plena jurisdicción que permite el ataque de las resoluciones o actos administrativos afectadores de derechos subjetivos o personales; la de anulación objetiva o por exceso de poder que permite la impugnación de normas jurídicas infralegales que vulneran el principio de jerarquía normativa; y, el de lesividad cuyo propósito es la revocatoria de actos administrativos que lesionan el interés público; y, **(ii)** Las especiales que son acciones impropias de esa jurisdicción, asignadas como competencia adicional de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo; entre las que se encuentran en el literal d) del numeral 4, "d) Las controversias en materia de contratación pública".

Es pues indispensable hacer una diferenciación entre las acciones contencioso administrativas de plena jurisdicción o subjetiva y las que corresponden a las controversias derivadas de la contratación pública; para lo cual se aprecia:

6.3.5.1 La acción contencioso administrativa, de plena jurisdicción o subjetiva; es de aquellas que tienen su respaldo en lo que dispone el artículo 173 de la CRE *(Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial)*; esto es, en la consagración constitucional del derecho de los administrados a oponerse por medio de los mecanismos impugnatorios, a los actos administrativos expedidos por cualquier autoridad del Estado, sea en la misma vía administrativa, o como en el caso de la acción contencioso administrativa, ante los órganos de control jurisdiccional de la legalidad de los actos que emanan de la administración pública; cuando obviamente estas decisiones públicas afectan los derechos de quienes comparecen como actores de los procesos judiciales de esa materia.

De ello se viene que esos actos o resoluciones administrativas, en lo sustancial del caso en estudio, son impugnables por medio de la acción subjetiva o de plena jurisdicción, que ampara los derechos personales del accionante, que ha sido *"presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos"* (Art. 326.1 COGEP).

La definición que trae la norma legal al incorporar en su texto el adverbio presuntamente, tiene lógica ya que es un potencial que tiene que ser probado procesalmente por quien acusa vicios afectadores de la legalidad del acto administrativo que impugna, el cual goza de las presunciones de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad. De modo que, si esa presunción ha sido destruida procesalmente, el resultado es la invalidez del acto recurrido.

Por manera que, la acción subjetiva implica la existencia de un acto administrativo, que ha sido expedido por autoridad pública, como consecuencia de un procedimiento previo, el cual ha negado, desconocido o no reconocido los derechos de quien impulsa esa acción contencioso administrativa; razón por la cual ese acto, genera efectos jurídicos directos e inmediatos en la persona a la que está dirigida la decisión pública motivo de la impugnación jurisdiccional.

Ello implica que por medio de esta clase de acción de control jurisdiccional de la legalidad de la decisión administrativa, se genera no solo el ejercicio del derecho impugnatorio por esta vía, sino que acciona las potestades jurisdiccionales y de control encargadas a los tribunales distritales de esa materia; para demostrar la existencia de vicios que destruyen la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado; lo cual, de ser procedente, implica que se deje sin efecto alguno el acto administrativo, cuando se ha determinado su invalidez jurídica.

Esta acción, es un ataque a la legalidad de la actividad pública que ha emitido un pronunciamiento jurídicamente válido, cuya validez legal es el

objeto de la acción, por manera que, constituye una acción impugnatoria que permite el control jurisdiccional de la legalidad del acto administrativo materia del reproche procesal, cuya presunción de legalidad se mantiene hasta que exista sentencia ejecutoriada que establezca lo contrario.
En el caso de la existencia de una resolución administrativa que declara la terminación unilateral del contrato; el fundamento de tal decisión pública está sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; que, al respecto contiene las siguientes normas:
El artículo 92.4 de dicha Ley, de modo taxativo establece que una de las causas por las que termina un contrato administrativo es *"4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista"*.
Norma que es concordante con la disposición contenida en el artículo 94 del mismo cuerpo jurídico que a la letra, establece los casos en los que es pertinente el ejercicio de esa exorbitancia administrativa, cuando imperativamente ordena:

> *Art. 94.Terminación Unilateral del Contrato. La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:*
> *1. Por incumplimiento del contratista;*
> *2. Por quiebra o insolvencia del contratista;*
> *3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;*
> *4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;*
> *5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;*
> *6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,*
> *7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.*
> *En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.*

Las disposiciones legales transcritas, establecen que la terminación unilateral del contrato se produce por causas específicas que corresponden específicamente, al incumplimiento de las estipulaciones contraídas por parte del contratista, como también cuando el contrato ha sido suscrito contra prohibición legal o, cuando el contratista se ha negado a resciliar el contrato.
Por manera que, tanto la competencia administrativa para proferir la resolución administrativa que declare esa terminación unilateral del contrato administrativo, está atribuida al máximo personero de la respectiva Administración contratante; a la cual le corresponde la tramitación del procedimiento, el cuidado de las garantías del debido proceso y la aplicación de la normativa pertinente, para cumplir ese deber.
El camino jurisdiccional para denunciar la ilegalidad de las resoluciones administrativas que generen la declaratoria de terminación unilateral de esa clase de contratos, es la vía contencioso administrativa, en el ámbito mismo del ejercicio del derecho impugnatorio ya referido; por consecuencia, es la persona natural o jurídica que funge como contratista, a la que va dirigida esa resolución pública; que, notificada con esa resolución administrativa, adquiere, la legitimación activa para ejercer su derecho en la vía de control de la legalidad de la mencionada operación administrativa.
En resumen, la terminación unilateral es atribución exorbitante de la Administración contratante, que opera por las causas legales o contractuales establecidas; de modo general, se refiere a causas imputables o, como consecuencia, de incumplimientos de la parte contratista, lo cual genera el derecho de éste a impugnar en vía administrativa o jurisdiccional (contencioso administrativa), la validez legal de esa decisión administrativa.
La terminación unilateral del contrato solo es factible si, de modo previo, se ha observado el procedimiento fijado en la LOSNCP y en su Reglamento; en el cual el contratista tiene el derecho de probar que ha cumplido el contrato, o de justificar el o los incumplimientos en los que haya incurrido, y, desde luego, la conflictividad jurisdiccional relacionada a los procesos de contratación pública, no son susceptibles de acciones constitucionales; así lo ha establecido la Corte Constitucional, al señalar:

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley". (Resolución No. 6, Registro Oficial Suplemento 911 de 21 de Febrero del 2017).

6.3.5.2 La acción especial relativa a controversias que provienen de la contratación pública.

El artículo 92 de la LOSNCP establece que los contratos públicos terminan, de modo general, por: (…) ***3****. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;* ***4.*** Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista…",

Respecto de la declaración de terminación unilateral del contrato administrativo, la Sala ha esbozado sus características y procedimientos aplicables; correspondiendo hacer referencia al numeral 3 de la norma en comento que se refiere a que tales contratos pueden terminar también en caso de que exista sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato.

Como puede observarse el caso de la resolución del contrato, tiene su propio tratamiento, en razón de que la parte contratista no tiene el derecho de darlo por terminado unilateralmente, derecho que sí le corresponde a la entidad contratante, en los casos referidos ut supra.

Todo contralo legalmente celebrado es Ley para las partes, sin que pueda invalidarse sino por consentimiento mutuo o por causas legales (Art. 1561 del Código Civil); norma que trae consigo el principio universal de pacta sunt servanda (lo que se pacta obliga), es decir los contratos se suscriben para que se ejecuten debidamente al tenor material de lo que en ellos se estipule; es por ello que, deben ser ejecutados de buena fe (Art. 1562 CC); entendiéndose además que a los contratos se aplican las leyes vigentes a la fecha de su celebración.

Sin embargo, es evidente que los contratos, por diversas circunstancias, pueden ser incumplidos por alguna de las partes suscriptoras, incurriendo en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. De allí surge que, en los contratos administrativos, en los que, una de las partes es la Administración, puede hacerlo unilateralmente, previo el procedimiento administrativo pertinente y, en los casos prevenido en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el caso de que el incumplimiento recaiga en la entidad pública contratante, surge su derecho de demandar la resolución del contrato, en los términos previstos en la LOSNCP, el Código Civil y el COGEP; cuerpo legal, el primero de los nombrados, que fija las causas en las que el contratista puede demandar a la contratante, la resolución del contrato; así, su artículo 96 ordena:

Art. 96.- erminación por Causas Imputables a la Entidad Contratante. El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante:

1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días;

2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;

3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,

4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad.

Es decir, en el caso de los contratos administrativos, las causas legales que pueden invalidar aquellos, cuando el incumplimiento es imputable a la contratante, a las que refiere el Código Civil, son las prevenidas en la norma de dicho artículo 96.

En este contexto, el COGEP, en su numeral 4, al establecer la existencia de acciones en el procedimiento contencioso administrativo, determina que una de esas es, la prevista en su literal *"d) Las controversias en materia de contratación pública"*; estableciendo con ello, a tono con lo que ordenan las normas de la LOSNCP, una diferencia en cuanto a la prerrogativa de terminación unilateral del contrato, propia de la entidad pública contratante, en los casos en los que el incumplimiento provenga del contratista; con la controversia que se origina en el potencial incumplimiento de las obligaciones pactadas, por parte de la contratante; caso en el cual, es pertinente que se enderece una acción de resolución del contrato, cuyo actor sería, por obvias razones, el contratista.

La competencia para conocer el caso la tiene, conforme dichas normas, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo; y, en el proceso judicial, es claro que si el incumplimiento proviene

de la entidad contratante, la legitimación activa la tendrá el contratista y, la legitimación pasiva, la entidad pública contratante.

Para el inicio del proceso judicial, cuyo objeto es que se declare resuelto el contrato administrativo, es decir terminado el mismo por incumplimiento atribuible a la Administración Pública contratante, es indispensable, de manera general, que el contratista constituya en mora a la entidad pública; así lo establece el artículo 1567 del Código Civil, cuando dispone:

> *Art. 1567.- El deudor está en mora:*
> *1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;*
> *2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,*
> *3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.*

Es necesario traer a juicio que el artículo 1505 del Código Civil, establece que:

> *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*
> *Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.*

En todo contrato bilateral, público o privado, la condición resolutoria del mismo se la presume, cuando uno de los cocontratantes no ha cumplido las obligaciones pactadas; caso en el cual, quien se encuentra al día en el cumplimiento de las suyas, tiene el derecho de pedir la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo; las dos posibilidades con indemnización de perjuicios.

Norma que, junto con las demás señaladas, obliga que la parte cumplidora constituya en mora al incumplidor, usando el procedimiento legal establecido para ese efecto, como acto preprocesal para el inicio de la respectiva acción judicial cuya materia es la resolución del contrato o su cumplimiento.

Todo lo expuesto permite colegir, que la resolución del contrato es una acción judicial autónoma, cuyo legitimario activo es siempre, en materia de contratación pública, el contratista; en razón de que su derecho se funda en que la entidad contratante ha incumplido sus obligaciones pactadas. Bajo estas apreciaciones, la resolución del contrato administrativo, no puede bajo consideración alguna, oponerse como excepción, cambiando de este modo la calidad de legitimario activo con la de legitimario pasivo; ya que, como se ha dicho es el ordenamiento jurídico citado el que ha fijado ese derecho al contratista para que concurra al Juez competente, con la pretensión de que se declare terminado el contrato por los incumplimientos incurridos por la entidad contratante.

En efecto, cuando la ley fija la calidad con la que las personas pueden comparecer a juicio, estas deben ser observadas celosamente por aquellas, a fin de que sus propios derechos sean garantizados, como también aquellos que corresponden a las partes que serán materia del emplazamiento.

En esta línea de pensamiento, se puede advertir que, la calidad de partes en un proceso judicial permite establecer, cómo debe desarrollarse el proceso, así el accionante, en su demanda debe establecer sus pretensiones y los sustentos fácticos y jurídicos que respaldan su acción; a las cuales el demandado ha de dar contestación sustentándola jurídica y fácticamente, así como oponiendo sus excepciones con los fundamentos en que estas se sostienen. De ello ha de inferirse que, al formular como excepción, lo que debía demandarse como acción, se priva al demandado del ejercicio claro de su derecho a defenderse; en una acción independiente con observancia del proceso debido.

La resolución del contrato es una de las formas de terminación de los contratos, junto con el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales; así como con la nulidad, la rescisión, o la resciliación; cada una con sus características y finalidades propias. En el caso, es a la resolución del contrato a la que debemos referirnos, la cual se distingue de las otras por cuanto de modo general, debe ser declarada por un juez a pedido del cocontratante que ha cumplido el contrato, quien emplaza al otro por haber incumplido las obligaciones contraídas en las pertinentes estipulaciones pactadas. Es pues un mecanismo legal que habilita a una de las partes a poner fin a tales obligaciones por mora del demandado.

En la contratación pública, la resolución del contrato, tiene una modalidad diferente, que sin afectar la esencia del instituto jurídico contractual; diferencia a las partes del contrato, para que puedan lograr la terminación del contrato por los potenciales incumplimientos detectados; así:

A la entidad contratante, le dota de cláusulas exorbitantes encaminadas a que pueda por sí misma, con sustento en el principio de autotutela administrativa, procesar y declarar unilateralmente terminado el contrato de que se trate; procedimiento en el cual, el

contratista puede ejercer sin limitaciones su derecho de defensa para probar y justificar que se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones o superar los incumplimientos que le han sido comunicados por la contratante al notificarle con los informes técnicos y económicos en los que la Administración sustenta el inicio de ese procedimiento.

Esa actividad, es en realidad una forma verdadera que tiene la contratante, de constituir en mora al contratista; quien, en caso de no justificar o superar los incumplimientos, puede ser objeto de la resolución administrativa del contrato, denominada legalmente como terminación unilateral del contrato. Evento en el cual nace un acto administrativo con sus presunciones de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad. Decisión que puede ser impugnada judicialmente, a fin de que, por vía judicial, pueda el "contratista", probar en vía jurisdiccional, la existencia de vicios afectadores de la legalidad y validez de esa resolución administrativa que exponga en su acción.

Al contrario, mientras el contrato se encuentra en rigor y el contratista ha detectado que la entidad contratante ha incumplido sus obligaciones, tiene el derecho de concurrir en vía judicial, con demanda, pidiendo al juez competente que declare la resolución del contrato; sin embargo, en la misma igualdad de armas, debe constituir judicialmente en mora a la entidad contratante, de modo previo a plantear su acción judicial.

6.3.5.3 Sin embargo de todo lo expuesto es necesario reiterar que, una de las formas de terminación de los contratos administrativos, es la denominada Terminación Unilateral del Contrato; por manera que, una vez expedida una resolución administrativa que así lo declare, el contrato deja de tener rigor legal; situación que determinaría que no sea posible que pueda demandarse la resolución del contrato, que es la terminación del contrato por decisión judicial, por incumplimiento (en contratación pública), de las obligaciones pactadas, atribuibles a la contratante.

De modo inverso, si existe pronunciamiento judicial que declara la resolución del contrato, por demanda generada por el contratista, la entidad contratante no puede tramitar y declarar la terminación unilateral del contrato de que se trate.

En ambos casos, porque siendo cada una de las descritas, formas distintas y por distintas razones y factores de atribución, previstas por la LOSNCP, para terminar el contrato, cuando este ha terminado por alguna de esas causas, impide que pueda accionarse la otra forma de terminación, obviamente, porque no puede terminarse unilateralmente un contrato que dejó detener vida jurídica cuando el juez ha declarado su resolución; o, porque habiéndose declarado la resolución la administración estaría impedida de declarar terminado unilateralmente un contrato que ya no está en la órbita jurídica.

6.3.5.4 Ahora bien, en la demanda formulada por la empresa TECHNOTENT S.A., resulta evidente que sus pretensiones principales requieren que: en sentencia se declare la nulidad de la Resolución No. EPMM-M-GG-AJ-2019-024 de 13 de septiembre de 2019, suscrita por el Gerente General de la Empresa Pública demandada; y, por otro lado, solicita también que se declare la resolución del contrato suscrito entre las dos empresas (actora y demandada), No. GG-PG-EPMM-M-AA-001-2017, elevado a escritura pública el 31 de marzo de 2017.

Vale decir, como ha quedado establecido, que las dos peticiones incurren en una evidente contradicción e incompatibilidad; las cuales no pueden coexistir al no poder ser sustanciadas en un mismo proceso judicial; ya que la una impugna una resolución administrativa de terminación unilateral del contrato que unía a la empresa actora con la empresa pública demandada, resolución administrativa que se sustenta en el argumento del actor en que aquella incurre en violaciones legales que lesionan sus derechos; y la otra, de resolución del contrato que tiene un propósito diametralmente diferente como se ha señalado. Por consecuencia, las dos pretensiones no pueden ser materia de un mismo proceso judicial, como tampoco pueden ser objeto de una resolución jurídicamente común a las dos pretensiones.

Las pretensiones son asimismo contradictorias, ya que parten de situaciones, comportamientos y actividades contractuales que se sustentan en causas y finalidades diferentes; la una afirma el incumplimiento de la otra y esta, de la primera; generando una conflictividad negativa y positiva a la misma vez.

A más de lo señalado, debe dejarse establecido que aun en el caso de que las pretensiones hubiesen sido promovidas en subsidio, que no es el caso, resultarían también contradictorias e incompatibles puesto que, si se declarase improcedente la primera pretensión, surgiría la confirmación de la legalidad de la resolución administrativa impugnada y por ello que el incumplimiento del contratista sea una realidad; lo cual impediría que el pedido de resolución prospere.

Por todas las consideraciones referidas en los párrafos anteriores, resulta evidente para esta Sala Especializada, que la empresa pública demanda ha justificado la existencia de la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones, la cual es aceptada.

7. DECISIÓN:

7.1 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, ACEPTA** el recurso de casación interpuesto por la Empresa Pública Municipal de Movilidad de Machala (EPMM-M y, consecuentemente, **CASA** la sentencia expedida el 31 de mayo de 2022, las 14h21, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, exclusivamente por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por los vicios establecidos en la parte considerativa de esta decisión judicial. **RECHAZA** el recurso de casación por las causales primera y quinta del artículo 268 del COGEP.

7.2 Como resolución de mérito se acepta la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones, la cual, por ser insubsanable, impide el desarrollo del proceso, determina que se disponga el archivo de la causa.-

Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. ORTIZ VARGAS HIPATIA SUSANA **JUEZA NACIONAL (e)** DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**

VOTO SALVADO

Juicio No. 09802-2021-00636

Jueza Ponente: Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas.

VISTOS.- Por disentir de la mayoría, de conformidad con el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, me aparto del criterio de mayoría y emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa, concuerdo con la construcción jurídica que consta en la sentencia de mayoría sobre la improcedencia del recurso de casación por la causal primera, al no configurarse el yerro de falta de aplicación de las normas procesales; y, por la causal quinta al no configurase la errónea interpretación de la norma sustantiva. Sin embargo, disiento de la sentencia de mayoría respecto la admisión del recurso de casación por la causal segunda; por los vicios de falta de requisitos de la sentencia; y, falta de motivación; así como, de la sentencia de mérito esgrimida.

En este contexto, se hará uso de la figura conocida como motivación por relación o *per relationem,* como forma de motivación de las sentencias [CCE, sentencia No. 1898-12-EP de 4 de diciembre de 2019]. En tal sentido, esta Sala concuerda con los fundamentos de la sentencia recurrida, hasta el numeral 5.1.4.1; con excepción del numeral 5.3 (causal quinta errónea interpretación); y emite las siguientes consideraciones sobre la causal segunda:

I
ANÁLISIS DE LA CAUSAL SEGUNDA DEL ART. 268 DEL COGEP

Falta de requisitos de la sentencia.

1.1. La causal segunda del artículo 268 del COGEP, establece que:

> […] Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias e incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. […]

1.2. La causal alegada por la casacionista, contiene tres vicios, a saber: **i)** cuando la sentencia no contenga los requisitos exigidos por la ley, **ii)** cuando en la parte dispositiva de la decisión judicial recurrida se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; y, **iii)** cuando no se cumpla con el requisito de motivación.

1.3. En el caso in examine, el recurrente refiere dos de los vicios prevenidos en la causal; el primero de ellos, refiere a la falta de requisitos de la sentencia exigidos por la Ley.

1.4. Sobre la falta de requisitos, el recurrente en lo medular afirma que el Tribunal sentenciador, se limitó únicamente a mencionar que esas excepciones se han resuelto en el momento procesal oportuno, vulnerando esa obligación jurídica, ya que se ha omitido, en la sentencia, pronunciarse sobre las excepciones previas. Sostiene que se ha transgredido el artículo 95 del COGEP, que establece los requisitos de forma y de fondo que debe contener la resolución judicial; siendo un requisito esencial el numeral 5 la norma en cita que establece la obligación de que en las sentencias

debe existir *"5. La decisión sobre las excepciones presentadas"*.

1.5. En la especie, examinada la sentencia denunciada, la Sala observa que en el numeral 5, consta:

> […] **5.- DECISION SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS: 5.1.- Las excepciones previas planteadas al contestar la demanda, fueron analizadas y resueltas en el momento procesal correspondiente, esto es en la audiencia preliminar; 5.2.- En la contestación a la demanda, la entidad accionada** no admite las circunstancias fácticas y jurídicas de la demanda, y solicita se declare sin lugar la misma, lo cual **equivale a negativa** pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, circunstancia que atribuye la carga de la prueba al accionante; acorde a lo previsto en el inciso primero del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, que reza *"Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación"*, lo que constituye materia de análisis de fondo de la litis; […]
>
> De lo transcrito, es indubitable que el Tribunal *a quo*, cumple con el requisito contenido en el numeral 5 del artículo 95 del COGEP; es decir, se pronuncia expresamente tanto de las excepciones previas como la excepción de fondo, misma que se encuentra desarrollada a lo largo de la sentencia en el numeral 8.

1.6. En esta línea argumentativa, es menester realzar que la propia entidad casacionista reconoce que existe este pronunciamiento por parte del Tribunal de instancia, como lo ha reconocido afirmativamente en su memorial casacional. Adicionalmente, consta del proceso de instancia el acta resumen de la audiencia preliminar; del cual se desprende que el TDCA de Guayaquil se ha pronunciado y resuelto de forma oral las excepciones previas planteadas por la entidad demandada[1]; sumado al hecho, que la propia parte casacionista se encontraba notificada en legal y debida forma con la decisión adoptada por el Tribunal de instancia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 67 del COGEP[2].

1.7. En ese contexto, resulta evidente que el requisito contenido en el numeral 5 del artículo 95 del COGEP, fue cumplido por el Tribunal de instancia; sin que esta Sala encuentre méritos sobre una supuesta vulneración al derecho a la defensa alegada por la entidad casacionista. En tal virtud, no puede prosperar el yerro acusado por este extremo.

Sobre el vicio de falta de motivación de la sentencia.

2.1. Esta Sala de casación considera importante recordar que la causal invocada procede cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la Ley o, en su parte dispositiva, se hayan adoptado decisiones contradictorias o incompatibles o, por incumplir con el requisito de motivación. Debe tenerse en cuenta que la sentencia es la providencia judicial mediante la cual el o los juzgadores, resuelven en su totalidad el fondo del asunto controvertido puesto a su conocimiento; por tanto, su contenido es único e íntegro y debe ser estimado en ese rigor procesal; entendiendo que su parte expositiva esboza un resumen de la materia que forma parte de la controversia; que su parte considerativa, contiene la motivación, en la que se halla el análisis de lo demandado, la confrontación con las oposiciones formuladas en la contestación y sus consecuentes excepciones; la valoración probatoria, lo que permite al juzgador establecer la verdad material que arroja el proceso judicial; para luego tomar las normas jurídicas que corresponden ser aplicadas a esos hechos a fin de solucionar el problema jurídico de la controversia; subsunción con la cual, se obtiene como resultado la emisión del pronunciamiento judicial que se encuentra en la parte resolutiva. En ese contexto, la sentencia es el producto de la adecuación de los hechos con el derecho pertinente.

2.2. La "falta de motivación" hecha al amparo de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso de la ley de la materia, produciría la nulidad de la sentencia, al tenor de lo ordenado en el artículo 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, que ha sido esgrimida como motivo del recurso. Dicha norma establece que:

---

[1] Fojas 850 a 854 del expediente de instancia

[2] **Art. 67.-** Notificación en audiencias y otras diligencias. Las notificaciones se harán en persona dentro de la audiencia o por una boleta, cuando conste que la parte se ha ausentado.
Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias y otras diligencias, se considerarán notificadas en la fecha y hora en que estas se celebren. Se deja a salvo la notificación hecha a la parte que no concurra, en el domicilio, casillero judicial, domicilio judicial electrónico o correo electrónico.

> […] 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. […]

2.3. De la norma constitucional transcrita, se evidencia la importancia que tiene la motivación de las resoluciones en general y de las sentencias en particular. Motivar a la luz del desarrollo jurisprudencial, consiste en la operación lógica de confrontar con suficiencia los hechos controvertidos con el derecho aplicable, pues la motivación constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. La motivación de la sentencia es uno de los elementos fundamentales en el control de la legalidad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.

2.4. De su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en su línea jurisprudencial sobre la garantía constitucional de la motivación, ha señalado que:

> […] 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. […][3]

2.5. En este sentido, la propia Corte Constitucional desarrolla estos dos elementos, explicando 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. (…) la **fundamentación fáctica** debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. […][4]

Los elementos antes referidos, responden al estándar de suficiencia siendo esta:

> […]el grado de desarrollo argumentativo que razonablemente se debe exigir para dar por suficiente la fundamentación normativa o la fundamentación fáctica de una argumentación jurídica. El referido estándar señala cuán riguroso debe ser el juez frente a la motivación que examina. La determinación del referido estándar va a depender del tipo de caso de que se trate. […][5]

2.6. De la carga argumentativa del recurrente tanto en su memorial casacional, así como en su fundamentación oral de su recurso, ha argumentado específicamente el tipo de deficiencia motivacional, relacionado a la incongruencia frente a las partes e insuficiencia.

2.7. La Sala iniciará su examen por la supuesta incongruencia frente a las partes, para luego abordar la insuficiencia motivacional en la fundamentación jurídica, a la luz de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional:

> […]La incongruencia frente a las partes no surge cuando se deja de contestar cualquier argumento de las partes, sino solo los relevantes73, 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 (véase, párr. 64 supra). 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. […]
>
> 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.[…][6]

2.8. *Prima facie,* corresponde analizar el aserto de la deficiencia motivacional relacionado a la incongruencia frente a las partes. El casacionista en

[3] Sentencia No. 115817EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrafo 61
[4] *Ibíd.* párrafo 61. y 61.2
[5] *Ibíd.* párrafo 64.1
[6] Corte Constitucional Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrafo 69 y 87.

lo principal alega que el Tribunal de instancia no se pronuncia sobre *"argumentos facticos y jurídicos que sirvieron de sustento para negar las 3 excepciones previas planteadas"*; señalando que era obligación del Tribunal a quo el pronunciarse expresamente en la sentencia sobre las excepciones previas.

2.9. En este orden de ideas, corresponde determinar si en efecto dicho argumento esgrimido por la parte accionante es relevante para la resolución de la causa; así como también, si dicha alegación no fue abordada por el Tribunal de instancia. Ofreciendo una lectura integral a la sentencia fiscalizada; y, lo alegado por la casacionista en su memorial casacional, así como la audiencia de sustentación del recurso, la tesis que refiere sobre la falta de *"argumentos facticos y jurídicos que sirvieron de sustento para negar las 3 excepciones previas planteadas"*; tal afirmación, no resulta relevante para la resolución de la causa; toda vez que, el TDCA de Guayaquil en la sentencia sobre el fondo del asunto que la resolución administrativa impugnada y el contrato administrativo, acaecían de sendas vulneraciones como son: **i)** Transgresión al debido proceso en el procedimiento de terminación unilateral por parte de la empresa pública demandada; **ii)** falta de motivación de la resolución de terminación unilateral del contrato administrativo; y, **iii)** incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la empresa pública demandada. Consecuentemente lo manifestado por la casacionista no cumple con el criterio rector por la jurisprudencia constitucional que transgreda la garantía de motivación, en el vicio de incongruencia frente a las partes.

2.10. En adición a lo expuesto *ut supra*, es menester indicar que el Tribunal *a quo*, si dio contestación a lo alegado por la recurrente, comprendido tanto en el acta resumen de la audiencia preliminar como en el numeral 5 de la sentencia que se fiscaliza, como ya ha sido explicado en el numerales 1.5. y 1.6. de este fallo.

2.11. Resulta necesario recordar que, mediante la causal invocada, esta Sala se encuentra impedida 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. (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2021, juicio No. 01803-2018-00396)

2.12. En lo atinente a la insuficiencia motivacional expuesta por el casacionista, explica que el TDCA omite realizar un análisis de manera motivada por escrito en la sentencia conforme prevé el artículo 95 del COGEP, con la finalidad que se pueda identificar cuáles fueron las razones por las cuales no se aceptaron las 3 excepciones previas planteadas.

2.13. En este punto, corresponde recalcar que el Tribunal de instancia al momento de emitir su autor interlocutorio sobre la resolución de las excepciones previas planteadas, si brinda una fundamentación fáctica jurídica sobre la situación planteada, conforme se puede vislumbrar del acta en mención que consta a fojas 852 y 852 vuelta del expediente de instancia.

2.14. El supuesto de que, en la sentencia escrita, proferida por el Tribunal de instancia se encuentre efectuada una remisión a la motivación expuesta por el Tribunal sobre la resolución de las expediciones previas, no es argumento suficiente para sostener que existe una insuficiencia motivacional; tanto es así, que las partes procesales dentro de la correspondiente audiencia preliminar de viva voz han escuchado las razones tanto fácticas como jurídicas de la decisión adoptada por el Tribunal de instancia. Reconocer la tesis planteada por la casacionista, sería omitir el principio constitucional de oralidad que gobierna a nuestro sistema judicial, consagrado en el artículo 168 numeral 6[7] de la Constitución de la República del Ecuador.

2.15. En igual sentido, la recurrente afirma una supuesta falta de motivación, por ausencia de la decisión sobre las expresiones previas planteadas por la entidad demandada; sobre lo cual esta Sala concluyó que si existe un pronunciamiento por parte del Tribunal de instancia como se explicó en párrafos precedentes; lo que pretende la

[7] **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.

casacionista bajo este argumento es la trascripción detallada de la decisión adoptada sobre las excepciones en la sentencia escrita; de modo que, esta circunstancia que transgrediría lo dispuesto en el artículo 169 del a CRE[8]; en otras palabras, se sacrificaría la justicia por omisión de una mera formalidad como es trascribir la misma motivación brindada en la audiencia preliminar en la sentencia escrita; aserto que se aleja de la finalidad y objetivos del sistema oral en la administrativo de justicia.

2.16. Abundando en lo expuesto, es pertinente traer a colación lo que la propia Corte Nacional de Justicia a través de sus editoriales académicas a referido sobre este principio:

> […] la oralidad se convierte en un instrumento poderoso y plantea grandes desafíos a nivel técnico, humano e institucional. Supone la armonización de parámetros constitucionales (publicidad, contradicción, continuidad e inmediación), junto con una metodología de audiencias orales y expedientes electrónicos orientados a reemplazar la excesiva formalidad del sistema escrito". Incide directamente en la transparencia y en la obligación de rendición de cuentas a la ciudadanía. Constituye un eje transversal que atraviesa las políticas públicas del sector justicia para dar contenido a los valores primigenios del régimen democrático. […][9]

Comprendido aquello, el sistema oral que ahora prima en el sistema judicial, lo que propende es eliminar la excesiva formalidad de la cual estaba revestida el sistema escrito como anteriormente se lo concia, buscando garantizar materialmente el principio de inmediación e imparcialidad de los juzgadores y las partes procesales.

2.17. En adición a lo expuesto, llama la atención de la Sala que la entidad casacionista ha usado el mismo argumento *"falta de pronunciamiento de los fundamentos facticos y jurídicos sobre la resolución de las expediciones previas planteadas"*; para sostener que existe: **i)** falta de requisitos de la sentencia; **ii)** deficiencia motivacional de incongruencia freten a las partes; y, **iii)** deficiencia motivacional por insuficiencia fáctica y jurídica. Argumentación, que denota únicamente la inconformidad con lo resuelto por el Tribunal de instancia, sin brindar mayores argumentos sobre el fondo de asunto controvertido.

2.18. En suma, la Sala puede evidenciar que el Tribunal a quo determina con claridad y precisión los hechos que a su juicio son constitutivos de los fundamentos fácticos, a los cuales, ha aplicado las normas jurídicas que son pertinentes al caso, explicando las razones por las cuales aquellas son adecuadas para dar solución al problema jurídico de la causa; resultado que finalmente le ha permitido a tomar una decisión coherente con ese ejercicio intelectual; de modo que, la sentencia recurrida cuenta con una *fundamentación fáctica y normativa suficiente* expresada en la parte resolutiva del fallo. En consecuencia, no prospera por este extremo el recurso planteado.

III
DECISIÓN

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**, resuelve:

7.1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Empresa Pública Municipal de Movilidad de Machala EPMM-M. Por lo tanto, decide no casar la sentencia dictada el 31 de mayo de 2022, las 14h21, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo
con sede en el cantón Guayaquil, dentro del proceso de instancia No. 09802-2021-00636. Sin costas, ni honorarios que regular.-

Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL (PONENTE)**
DRA. HIPATIA SUSANA ORTIZ VARGAS **JUEZA NACIONAL (e)**
DR. IVAN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**

---

[8] **Art. 169.-** 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.

[9] Corte Nacional de Justicia (2013). *El principio de oralidad en la administración de justicia.* Quito: Imprenta de la Gaceta Judicial, pág. 19

Resumen de fácil comprensión

En sentencia de instancia, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, acepta la demanda, declarando la nulidad de la resolución por la que la entidad contratante ha declarado la terminación unilateral del contrato suscrito con la actora; y, al mismo tiempo declara la resolución del contrato. El recurso de casación ha sido admitido por las causales: primera, segunda y quinta del artícul o 268 del COGEP.

En sentencia de casación se acepta el recurso, solo respecto de la causal segunda, al determinar se la existencia de defectos en la motivación y contradiccin en la parte resolutiva del fallo de instancia.

En resolución de mérito se determina la evidente existencia de la excepción previa de indebida acu mulación de pretensiones, ya que, en la misma demanda se requiere la nulidad de la terminación unilateral del contrato y, a la vez, la resolución del mismo, pretensiones contradictorias e incompatibles, por lo que se dispone el archivo de la causa, en razón de que la excepción aceptada es inconvalidable.

III

Juicio Nro. 17811-2019-00289
Fecha: 15 de octubre del 2024, las 16h58
Jueza Ponente: Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas

TEMA

Inexistencia de vulneración del principio de contradicción.

SÍNTESIS

Cuando la administración pública ejecuta actuaciones dentro de un procedimiento administrativo que pueden afectar derechos subjetivos, debe garantizar la participación efectiva del administrado, en aplicación del principio de contradicción y del debido procedimiento administrativo. La accionante demandó la ilegalidad y nulidad de la resolución de determinación del régimen de fijación directa del precio de un medicamento, demanda que fue aceptada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. Interpuesto recurso de casación con fundamento en la causal quinta del artículo 268 del COGEP, la Sala verificó que en el procedimiento administrativo se garantizó la participación del administrado, por lo que el yerro alegado no se configuró y el recurso fue desechado.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de que:
Esta Sala está integrada por los Jueces Nacionales: Hipatia Susana Ortiz Vargas; Milton Enrique Velásquez Díaz; Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño; su conformación se efectuó por:
a) Mediante Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, de 29 de enero de 2021, el Pleno del Consejo.
b) Según los Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021, mediante los cuales se encargó a los Conjueces Nacionales Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango, respectivamente, el despacho de Jueces Nacionales; y,
c) La designación de la Dra. Hipatia Ortiz Vargas, como Jueza Nacional Encargada mediante Oficio No. 147-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero de 2024, suscrito el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en reemplazo del despacho del ex Juez Nacional Fabián Racines Garrido, y posteriormente designada como Jueza Nacional Temporal, el 19 de febrero de 2024.
d) Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 16 de septiembre de 2024, constante a fojas 37 del expediente, el Tribunal competente para conocer este recurso de casación se encuentra conformado por los jueces nacionales: Hipatia Ortiz Vargas Jueza Ponente, Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el y el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I
ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. Objeto de la controversia en el juicio de instancia: La compañía ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACÉUTICO S.A. (ACROMAX), presentó una acción subjetiva o de plena jurisdicción en contra del Secretario Técnico Del Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de uso y Consumo Humano, Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Industrias y Productividad; y, Procurador General del Estado, impugnando la Resolución Nro. STFP-048-684-2018, que fijó de forma directa el precio del medicamento "Flimox" cuyo titular del registro sanitario es ACROMAX Laboratorios Químico Farmacéutico S.A.; solicita que en sentencia se declare la nulidad y/o ilegalidad del acto administrativo impugnado.
1.2. De la parte dispositiva de la sentencia o auto recurrido: Mediante sentencia de mayoría

de 28 de noviembre del 2023, las 17h10, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2019-00289, resolvió aceptar la demanda presentada por ACROMAX Laboratorios Químico Farmacéutico S.A. y declara la nulidad de resolución No. STFP-048-684-2018.

1.3. Identificación de la parte procesal que interpone el recurso de casación y los casos invocados. La Secretaria Nacional de Planificación; Ministerio de Salud Pública; y Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, interponen sendos recursos de casación en contra de dicha sentencia, sustentados en el caso 5 del artículo 268 del COGEP.

1.4. Auto de admisión.- Con auto de 24 de junio del 2024, las 10h23, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite, exclusivamente el recurso de casación presentado por el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (MPCEIP), por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, en lo que respecta a la **Falta de aplicación** del artículo 53 del Código Orgánico Administrativo (COA) y artículo 21 del Reglamento de Fijación de Precios (Decreto 400); **Errónea Interpretación** del artículo 36 del Reglamento de Fijación de Precios (Decreto 400); e, **Indebida Aplicación** de los artículos 176, 178, 196 y 248 del Código Orgánico Administrativo.

II
COMPETENCIA

2.1. La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 269 del COGEP.

2.2. Acta de sorteo: Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 16 de septiembre del 2024, constante a fs. 37, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Hipatia Ortiz Vargas (Juez Ponente), Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.

III
VALIDEZ PROCESAL

3.1. En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

IV
FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. El casacionista sostiene la existencia del vicio de **Falta de aplicación** del artículo 53 del Código Orgánico Administrativo (COA) y artículo 21 del Reglamento de Fijación de Precios (Decreto 400); **Errónea Interpretación** del artículo 36 del Reglamento de Fijación de Precios (Decreto 400); e, **Indebida Aplicación** de los artículos 176, 178, 196 y 248 del Código Orgánico Administrativo, por el caso 5 del artículo 268 del COGEP.

4.2. Para fundamentar el vicio de **Falta de aplicación** del artículo 53 del COA. y artículo 21 del Decreto 400, el casacionista arguye:

> […] Así, es determinante la falta de aplicación de las disposiciones propias del Art. 53 y del precitado Art. 21 del Reglamento; por cuanto estas disposiciones prevalecen por disposición expresa del COA; en la medida que el juez a quo procede a determinar equivocadamente que este es un proceso administrativo sancionador; sin perjuicio de que no consista en la forma clásica del reproche a una conducta infractora.
>
> En este punto, el Art. 53 del COA es relevante, por cuanto el mismo determina de forma clara que la aplicación de la Ley Orgánica de la Salud y el Reglamento prevalecen en lo especifico sobre las demás disposiciones legales del ordenamiento jurídico; inclusive de las disposiciones del COA que se proceden a aplicar en el presente caso.
>
> Por su parte, el Art. 21 del COA requiere necesariamente ser aplicado y no ocurrió en el presente caso; por cuanto el juez a quo en ningún punto de la Sentencia procede a desvirtuar la circunstancia que motiva la aplicación del Régimen de Fijación Directa contenido en el literal a) de la norma, esto es "(...) cuando los precios de venta al público a los que se comercialice el medicamento, hubieren excedido los precios techo establecidos por el Consejo para el segmento de mercado correspondiente (...)". Así, sin perjuicio de las consideraciones que se llevan a cabo en el marco de la Sentencia, resulta importante que no se haya llegado a aplicar este Artículo; pues se establece una consecuencia jurídica a una conducta que no llega a declararse expresamente como desvirtuada; como es la comercialización al público del medicamento

"Flimox" bajo un precio de venta superior al Fijado por el Consejo para su segmento de mercado; y que fue debidamente reportado por el ARCSA como órgano de control.

A modo de conclusión, se reitera que ambos artículos resultaban de especial trascendencia en el debate jurídico de la presente causa. Sin embargo, el Tribunal omite aplicar los mismos dentro de la causa; siendo especialmente relevante la falta de aplicación de su contenido para que la Sentencia defina equivocadamente al procedimiento de fijación de precios como un procedimiento administrativo sancionatorio. […]

4.3. En lo atinente al vicio de **errónea interpretación** de artículo 36 del Reglamento de Fijación de Precios (Decreto 400), el recurrente expresa:

[…] En tal virtud, su Autoridad podrá apreciar que el reproche de la Sentencia por la falta de notificación de este Informe resulta completamente contraria al verdadero sentido del Artículo 36 ya citado; el cual no dispone la notificación al administrado del informe motivado que elabore la Secretaria Técnica; así como tampoco dispone la apertura de una etapa probatoria para desvirtuar su contenido.

Se deja por sentado entonces, que tanto el Consejo como su Secretaría Técnica, se encuentran supeditadas al cumplimiento del principio de legalidad. Al momento de llevar a cabo las competencias otorgadas por la legislación y la ley; existe una obligación de realizar específicamente aquello que se señala de manera expresa en la norma objetiva; la cual se aplicó bajo una interpretación exegética; al ser clara la disposición consistente en que la Secretaría deberá emitir un informe motivado "a fin de que el Consejo proceda a aplicar el Régimen de Fijación Directa"

Así, se demuestra inequívocamente la trascendencia que tiene la errónea interpretación del Artículo 36 del Reglamento en la Sentencia emitida por el juez *a quo*. Respecto del primer inciso de esta norma, el juez a quo incorrectamente reprocha la falta de un muestreo óptimo previo a la aplicación del Régimen de Fijación Directa; relevante por cuanto se llega a cuestionar todo el procedimiento administrativo, e impone un requerimiento ajeno a lo dispuesto en la norma sustantiva al señalar que este Régimen procede de verificarse su incumplimiento. Respecto del inciso 2 de la norma, se reitera la trascendencia de esta errónea interpretación, pues establece como criterio relevante en su decisión de dejar sin efecto la Resolución del Consejo con base en la falta de notificación de los Informes emitidos por el ARCSA y por la Secretaría Técnica; a pesar de que el Art. 36 del Reglamento no prevé en ningún punto la notificación de estos actos de simple administración; evidenciándose así una interpretación parcializada de la norma sustantiva. […]

4.4. En relación al yerro de **indebida aplicación** de los artículos 176, 178, 196 y 248 del COA, la entidad demandada refiere:

[…] (a) La errada aplicación de las garantías al debido proceso contenidas en el Art. 248 del COA; respecto de la falta de notificación de las actuaciones llevadas a cabo dentro del procedimiento administrativo.

Se demuestra entonces la trascendencia de este yerro; emitido a pesar de que el Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano reconoce que este es un mecanismo excepcional y principalmente unilateral, a discreción del Consejo […]

(b) La errada aplicación de las disposiciones concernientes a la pertinencia y trámite de las actuaciones previas, contenidos en los Art. 176 y 178 del COA. Estas disposiciones, que regulan el régimen aplicable a las actuaciones realizadas de manera previa a los procedimientos administrativos sancionatorios, y se orientan a determinar las responsabilidades de los administrados, tampoco son aplicables en este caso.

En este punto, se reitera que tanto el Acta de Inspección elaborada por el ARCSA como el Informe motivado que elabora la Secretaría Técnica del Consejo, son emitidas en el marco del Art. 36 del Reglamento de Fijación de Precios que regula el Control llevado a cabo para tal efecto. Estas actuaciones administrativas, se deja por sentado, tienen un fin diferente y un trámite distinto a las de una actuación previa; motivo por el cual resulta impertinente la aplicación de esta norma.

Finalmente, se hace referencia a la trascendencia en la indebida aplicación del Art. 196 del COA mismo que contiene el régimen aplicable para efectos de la contradicción que se aporta al procedimiento administrativo […]

Esta disposición resulta de especial relevancia en la decisión del caso; por cuanto "hace que el procedimiento incurra en la infracción de la citada regla, sino esencialmente, una vulneración del derecho a la defensa como garantía procesal y procedimental".

En tal virtud, se concluye en lo trascendente del yerro incurrido en la Sentencia; al considerar determinante la falta de contradicción del Actor dentro del procedimiento administrativo; a pesar de que esto resulta ajeno al procedimiento unilateral de aplicación del Régimen de Fijación Directa al que se ha hecho referencia en el presente caso. […]

V
PROBLEMA JURÍDICO

5.1.- Conforme lo expuesto, revisado el recurso de casación interpuesto y el auto de admisión emitido por la Conjueza Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, esta Sala revela que el problema jurídico está orientado a decidir si la sentencia de mayoría dictada el 28 de noviembre del 2023, las 17h10, por el Tribunal de instancia ha incurrido en los yerros acusados por el recurrente; esto es, por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, en lo que respecta a la **Falta de aplicación** del artículo 53 del COA, y artículo 21 del Decreto 400; **Errónea Interpretación** del artículo 36 del Decreto 400; e, **Indebida Aplicación** de los artículos 176, 178, 196 y 248 del COA, de la sentencia recurrida.

VI
ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

6.1.- 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, que han sido 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, todas estas de la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia).

6.2.- La casación como instituto del Derecho Procesal, el control de la legalidad en la actuación jurisdiccional; brinda la posibilidad o necesidad de una vía procesal para la revisión de la propia función jurisdiccional-entendida ésta en su sentido procesal más restringido, esto es, como la potestad de declarar el derecho en el caso concreto y de manera definitiva-, en sus dos manifestaciones: la forma de proceder (procedendo) y el modo de juzgar (indicando).

6.3.- Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra "La Casación Civil", sobre el carácter extraordinario del recurso de casación, señala que:

> […]como medio de impugnación judicial, se inscribe en las características de los llamados recursos extraordinarios, ya que en teoría, se trata de un medio de impugnación que se produce con menor frecuencia y con cierto grado de dificultad dentro del marco del proceso jurisdiccional, producto de su exigencia técnica, no solo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a su admisión, limitado a causas o motivos determinados y taxativos, de manera que además de la injusticia o defectuosidad, para el ejercicio del recurso de casación que exige un motivo o error, donde inicialmente, solo se fiscaliza la decisión impugnada–excepcionalmente los actos de las partes–y tiene limitantes en cuanto a la cuestión de hecho y probatoria, de manera que el Tribunal de Casación tiene sus poderes competencial de conocimiento limitativo a los motivos del recurso que se hayan delatado, como es el típico caso de la casación. […] [1]

6.4. En esta línea, Calamandrei, define a la casación como un instituto consistente en un órgano único en el Estado (Corte de casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las

[1] Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pág. 351

mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contenga error de derecho en la solución de mérito.[2]

6.5. 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.

6.5.1. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 192 de 24 marzo de 1999, juicio No. 84-98, publicada en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente:

> […] 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-quem 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.[…]

6.5.2. En este orden de ideas, Santiago Andrade Ubidia, en su obra "La Casación Civil en el Ecuador", señala que:

> […] En la causal primera, se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque no se ha aplicado la que corresponda o porque, finalmente, se realiza una errónea interpretación de la norma de derecho sustantivo […] [3]

Falta de aplicación del artículo 53 del COA, y artículo 21 del Decreto 400.

6.5.3. En lo que atañe a la **falta de aplicación** esta es definida por la doctrina 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 yerro se prescinde de una disposición sustantiva de carácter preponderante para la resolución de un litigio. Sarmiento Nuñez, J. (1998) Casación Civil. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Venezuela, pág. 134.

6.5.4. En igual sentido, sobre este yerro se recurre al pensamiento de Humberto Murcia Ballén, quien manifiesta que: *"en no pocos casos la inaplicación de una norma viene hermanada con la aplicación indebida de otra y otras; en ellos es preciso, para que quede suficientemente integrada la indispensable proposición jurídica, acusa el fallo, en el mismo cargo, por falta de aplicación de las normas no aplicadas y por aplicación indebida de las que se hicieron actuar a cambio de las primeras"* [*"Recurso de Casación Civil"*, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, página 331]

6.5.5. En suma, la falta de aplicación se produce cuando el juzgador omite aplicar la disposición sustantiva llamada a dar solución al problema jurídico determinado en el proceso, es decir, no se hace uso de la norma pertinente al caso, lo que va hermanado por la circunstancia de que el juzgador utiliza indebidamente, en lugar de la pertinente, otra que no corresponde, que es impertinente al caso, dando como resultado una decisión distinta a aquella que una subsunción adecuada habría determinado.

6.5.6. El modo de infracción relacionado a la falta de aplicación de norma sustantiva, exige que el casacionista en su fundamentación, señale con precisión las razones por las cuales estima que la norma potencialmente infringida, era la llamada a dar solución al problema jurídico derivado de la verdad material que arroja el proceso, para que la subsunción entre esos hechos y la norma, permita arribar a esa solución que debe ser expresada ya en la parte resolutiva del fallo; determinando las razones por las cuales el órgano judicial emisor de la sentencia usó esas disposiciones jurídicas; ya que solo de esa forma es posible, la sustentación lógico-jurídica que explique la trascendencia que el yerro tuvo, para que en la parte dispositiva de la sentencia, se haya decidido de una manera y no de aquel resultado que la aplicación de la norma omitida hubiere determinado.

---

[2] Citado por Hernando Morales, M. (1983). Técnica de casación civil., Pág. 37
[3] Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 182

6.5.7. Como punto de partida, respecto de las normas denunciadas como no aplicadas en la sentencia fiscalizada; se debe establecer *prima facie*, que las mismas no consten como aplicadas por el Tribunal de instancia.

6.5.8. De la revisión a la sentencia recurrida, la Sala advierte que el artículo 21 del Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, consta como aplicada por el Tribunal de instancia en el numeral 1 del fallo examinado. En consecuencia, resulta improcedente la alegación de la entidad casacionista pues dicha norma si fue aplicada; lo cual indefectiblemente causa la improcedencia del recurso respecto de la norma ante referida.

6.5.9. Ahora bien, en relación a la falta de aplicación del artículo 53 del COA, el recurrente en lo medular señala que determina que la aplicación del Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, prevalece en específico sobre las demás disposiciones legales del ordenamiento jurídico.

6.5.10. La norma denunciada como no aplicada, dispone:

> […] Art. 53.- Régimen jurídico. Los órganos colegiados se sujetan a lo dispuesto en su regulación específica y este Código. […]

6.5.11. Revisada la decisión judicial impugnada, se tiene que el Tribunal *a quo*, en su parte considerativa hace alusión a las vulneraciones detectadas dentro del procedimiento administrativo; de las cuales se extrae: i) trasgresión al debido proceso; ii) derecho a la defensa; y, iii) motivación de la resolución impugnada. Por otro lado, el Tribunal *a quo* no se refiere a la aplicación de normativa especial, en el procedimiento administrativo; sino por el contrario, explica las vulneraciones que se han detectado al momento de realizar el control de legalidad del procedimiento administrativo.

6.5.12. De lo expuesto en líneas anteriores, esta Sala revela que la tesis del accionante sobre la supuesta falta de aplicación del artículo 53 del COA, no tiene fundamento, en razón de que dicha norma jurídica no gobierna la situación fáctica que fue establecida por el TDCA de Quito; esto es, vulneración al debido proceso y derecho a la defensa dentro del procedimiento administrativo. Consecuentemente, la norma denunciada no es la llamada a dar solución al caso en concreto; más aún, considerando que en ningún momento se discutió la aplicación de norma especial por sobre normas de carácter general.

6.5.13. En tal virtud, existe una falta de técnica jurídica en la fundamentación del recurso de casación; y, por lo tanto, al encontrarnos frente a un recurso de características formal, técnico y extraordinario, esta Sala única y exclusivamente debe atenerse a lo manifestado al recurso, sin hacer interpretaciones extensivas, ni puede suplir la deficiencia en la argumentación del vicio acusado, bajo el amparo del principio dispositivo contenido en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Al no haberse identificado configuración sobre el vicio de falta de aplicación de la norma denunciada, se determina la no procedencia del recurso de casación por este extremo.

Errónea interpretación del artículo 36 Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano (Decreto 400)

6.5.14. En lo atinente al yerro de **errónea interpretación** de norma sustantiva aparece en una sentencia cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, pero se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. En palabras del profesor Luis Armando Tolosa:

> […] 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. […] [4]

6.5.15. Esta Sala ya ha indicado que cuando se alega la errónea interpretación de norma jurídica, corresponde al casacionista explicar en su fundamentación: i) Cuál es la norma sustantiva infringida; ii) si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; iii) cuál es la interpretación que de ella hizo el Juez, identificando qué método interpretativo ha sido usado por éste; iv) determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde, por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; v) para luego, establecer cómo debió interpretarse

[4] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia.

la norma jurídica infringida, qué método debió usarse para ese objeto en lugar del utilizado por el juzgador que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción.

6.5.16. *Prima facie,* esta Sala conforme las exigencias de la causal invocada, respecto del yerro denunciado como afectador de la legalidad de la sentencia reprochada, será de previo establecimiento, para el análisis sobre la procedencia que la norma denunciada como erróneamente interpretada, efectivamente hayan sido aplicadas en la decisión judicial recurrida.

6.5.17. En este orden de ideas, examinada la sentencia denunciada se extrae que en ningunos de sus considerandos se encuentra examinada y/o citada la norma que ha sido alegada como erróneamente interpretada; por tanto, no puede ser objeto del análisis bajo el yerro de errónea interpretación alegada por la casacionista.

Por las consideraciones expuestas ut supra, la Sala determina que no se configura el yerro acusado, respecto de la errónea interpretación de la norma denunciada; en consecuencia, es improcedente el recurso por este extremo.

Indebida aplicación del artículo 176, 178, 196 y 248 del Código Orgánico Administrativo

6.5.18. Respecto del vicio de **indebida aplicación** acusado por la casacionista entraña *"un error de selección"* y se presenta cuando el juzgador ha utilizado la norma para un caso que no es el previsto por el legislador. La indebida aplicación comprende un yerro en la subsunción del hipotético normativo dentro de los elementos fácticos, es decir, nace no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica.[5]

6.5.19. En tal virtud, la casacionista debe identificar la norma sustantiva aplicada de forma indebida por la sentencia recurrida, los hechos que dentro del análisis del Tribunal de instancia se subsumieron en la norma infringida, la conexión entre la infracción directa y la afectación a la parte dispositiva del fallo y, como consecuencia de los anteriores supuestos, el casacionista está obligado a traer a colación la norma que en defecto de la aplicada indebidamente, debía subsumir dichos hechos.

6.5.20. Es decir, este vicio no se refiere al entendimiento equívoco de una norma, sino únicamente a que su aplicación no se subsume a los hechos, por lo que es imprescindible que quien recurre basado en este vicio, mencione además de la norma considerada como infringida, la norma que debió ser aplicada correctamente en lugar de aquella. Por otro lado, se debe señalar que para la procedencia de la causal quinta del artículo 268 del COGEP, la casacionista debe demostrar, entre otros aspectos, la trascendencia del vicio acusado: *"pues los errores sin trascendencia no son causal para casar el fallo, sino aquellas violaciones de la ley que tengan graves repercusiones"* [6].

6.5.21 Ahora bien, le corresponde a esta Sala corresponde establecer para el análisis sobre la procedencia que de la norma denunciada como indebidamente aplicada en el fallo, que consecuentemente hayan sido aplicadas en la decisión judicial recurrida.

6.5.22. En la especie, revisado que ha sido el fallo impugnado, se colige que el Tribunal de instancia no aplicó el artículo 248 del COA; y, en este sentido, resulta impropio la alegación de la entidad casacionista pues dicha norma, al no ser aplicada, no podía haber sido indebidamente aplicada por parte del Tribunal de instancia, causando la improcedencia del recurso respecto de la norma en cita.

6.5.23. Continuando con el examen de las demás normas alegadas como indebidamente aplicadas, dicha normativa, en su orden señalan:

> […]**Art. 176.-** Procedencia. En los procedimientos administrativos destinados a determinar responsabilidades de los interesados, incluso el sancionador, las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.
>
> **Art. 178.-** Trámite. Como conclusión de las actuaciones previas se emitirá un informe que se pondrá en conocimiento de la persona interesada,

[5] Murcia Ballén, Humberto; Recurso de Casación Civil; 2005; Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez; Sexta Edición; Bogotá–Colombia; p. 331-332

[6] Resolución No. 89-2011 de 02 de marzo de 2001 dictada dentro del juicio No. 168-98, publicada en el Registro Oficial 323 de 10 de mayo de 2001

para que manifieste su criterio en relación con los documentos y los hallazgos preliminares, dentro de los diez días posteriores a su notificación, que podrán prorrogarse hasta por cinco días más, a petición de la persona interesada. Cuando la administración pública estime que la información o los documentos que se obtengan, en este tipo de actuaciones previas, pueden servir como instrumentos de prueba, pondrá a consideración de la persona interesada, en copia certificada, para que manifieste su criterio. El criterio de la persona interesada será evaluado por la administración pública e incorporado íntegramente en el correspondiente informe con el que se concluye la actuación previa.

Art. 196.- Regla de contradicción. La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa. […]

6.5.24. De la revisión a la decisión judicial impugnada; así como, de la argumentación brindada por el recurrente, que afirma que las normas como indebidamente aplicadas se orientan a determinar las responsabilidades de los administrados; sosteniendo la recurrente que, no es aplicable al caso, porque persiguen un fin diferente y un trámite distinto a la actuación previa.

6.5.25. Bajo este contexto, la Sala recuerda que la causal invocada (vicios *in iudicando*), parte de los hechos discutidos en el juicio, mismos que han sido aceptados por el casacionista, por lo que no pueden estar en discusión. Así las cosas, la tesis que mantiene la casacionista pretende que se revisen los hechos relativos a determinar si el procedimiento administrativo llevado a cabo por la entidad demandada es o no un procedimiento administrativo sancionador. Circunstancia que se encuentra vedada para esta Sala de Casación.

6.5.26. Por otro lado, la *ratio decidendi* de la sentencia examinada, se centra en la vulneración al debido proceso, derecho a la defensa y motivación, concluyendo en la trasgresión al debido proceso contenido en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador. En esta línea, el vicio alegado por la hoy casacionista carece del principio de trascendencia [7]; pues en efecto, no se modificaría la decisión de fondo adoptada por el Tribunal de instancia, relacionado con la transgresión de derechos como se ha explicado *ut supra.*

6.5.27. En adición a lo expuesto, esta Sala estima pertinente referirse sobre la supuesta indebida aplicación de los artículos 176 y 178 del COA. El Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de Uso Humano, tiene la atribución de aplicar el Régimen de Fijación Directa de Precio de Medicamentos [8], dentro de un procedimiento de carácter regulatorio, y no sancionatorio; y, en este sentido el artículo 36 del Decreto 400, otorga a la ARCSA la facultad de control y cumplimiento de los precios fijados por el Consejo.

6.5.28. Dicho aquello, no se puede considerar a los informes emitidos por el ARCSA, en ejercicio de su facultad de control de precios, como una actuación previa de investigación o determinación de responsabilidad; sino, por el contrario, dicho informe es un insumo técnico que forma parte de la motivación de la resolución emitida por el Consejo Nacional de Fijación de Precios. En consecuencia; si bien dichas normas jurídica potencialmente serían indebidamente aplicadas, las mismas no cumplen con el principio de trascendencia como ya fue explicado en el numeral 6.5.26, de este fallo.

6.5.29. Entendido aquello, es vital referirse a los principios que conforman todo procedimiento administrativo; que, en palabras del profesor Eduardo García De Enterría son el: a) principio de legitimación, b) principio

[7] Principio de trascendencia: "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)" [La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2005, páginas 116 y 117].

[8] **(Decreto No. 400) Art. 4.-** Atribuciones del Consejo. Son atribuciones del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de los Medicamentos de Uso y Consumo Humano las siguientes: […] c) Aplicar el Régimen de Fijación Directa de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, en las circunstancias previstas en el presente Reglamento […] **(Ley Orgánica de Salud) Art. 159.-** Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la fijación, revisión y control de precios de los medicamentos de uso y consumo humano a través del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano, de conformidad con la ley.

indubio pro actionae, c) principio de contradicción, d) principio de oficialidad, e) principio de economía procesal, f) principio de imparcialidad, g) principio de transparencia y h) principio de gratuidad del procedimiento administrativo.[9]

6.5.28. En tal sentido, el citado autor sobre el principio de contradicción; enseña que: *"si se elimina o se limita arbitrariamente la posibilidad de contradicción so pretexto de especialidades más o menos reales, no puede decirse si quiera que exista verdadero procedimiento en sentido jurídico"* [10]. De ahí que, el principio de contradicción sea fundamental en cualquier procedimiento administrativo con la finalidad que el administrado pueda para intervenir en el mismo sin restricción alguna, accediendo al trámite o expediente, y, tenga la posibilidad de presentar sus alegaciones, peticiones, justificativos de los cuales se crea asistido, relacionadas con la decisión que pueda adoptar la administración pública. Situación, que indefectiblemente determina la pertinencia de la aplicación del artículo 196 del COA.

6.5.29. En suma, la normas alegada como indebidamente aplicada por el Tribunal de instancia, guarda relación con el principio de contradicción del procedimiento administrativo, respecto de las actuaciones administrativas que ejecuta la administración pública dentro de un procedimiento administrativo; y, que en aplicación a este principio el administrado; sobre el cual, potencialmente se puede modificar sus derechos subjetivos, tiene el derecho de participar del procedimiento administrativo, y por tanto, la administración pública tiene la obligación de respetar y aplicar los principios del debido procedimiento administrativo. En tal virtud, el yerro denunciado resulta improcedente.

VII
DECISIÓN

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,** resuelve:

7.1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca. En consecuencia, decide NO CASAR la sentencia de mayoría dictada el 28 de noviembre del 2023, las 17h10, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la causa de instancia No. 17811-2019-00289.- Sin costas, ni honorarios.-

Notifíquese, y devuélvase.-

f) DRA. HIPATIA SUSANA ORTIZ VARGAS **JUEZA NACIONAL (e) (PONENTE)** DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL** DR. MILTON ENRÍQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En instancia, la accionante demanda la ilegalidad y nulidad de la Resolución de determinación del Régimen de Fijación Directa del precio del medicamento comercializado por la compañía actora.
El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito en sentencia de mayoría acepta la demanda y declara la nulidad de la resolución impugnada.
Interpuesto el recurso de casación por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación, indebida aplicación, y errónea interpretación de normas sustantivas, se rechaza el recurso interpuesto a no haberse justificado la configuración de los vicios denunciados.

[9] Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo II", 13º Edición, (Navarra: Editorial Arazandi, 2013), 480 a 498.
[10] Ibíd., pág. 481

IV

Juicio Nro. *01803-2019-00183*
Fecha: *martes 20 de noviembre del 2024, las 09h14.*
Juez Ponente: *Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño*

TEMA

Responsabilidad objetiva del Estado por deficiente atención médica. Omisión de intervención quirúrgica urgente en hospital del IESS y vulneración del derecho a la salud.

SÍNTESIS

Existe responsabilidad objetiva del Estado cuando un hospital público omite realizar una intervención médica urgente, pese a estar indicada clinicamente, vulnerando el derecho a la salud del paciente. En el presente caso, el accionante demandó al Estado por responsabilidad objetiva, alegando deficiente atención médica recibida en un Hospital del IESS, al no haberse realizado oportunamente una intervención quirúrgica que había sido recomendada como necesaria y urgente. En casación, la Sala verificó que, si bien el paciente accedió al sistema público de salud y fue atendido en emergencia, durante su hospitalización no se ejecutaron las acciones médicas indispensables para estabilizar y tratar su condición, conforme a los estandares técnicos y recomendaciones clínicas existentes. La Sala concluyó que el accionante no tenía el deber jurídico de soportar la omisión estatal, pues el derecho a la salud comprende una atención oportuna, eficaz y de calidad. En consecuencia, se rechazó el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado y se aceptó el recurso presentado, manteniéndose la declaratoria de responsabilidad estatal. Como sentencia de mérito, se aceptó parcialmente la demanda y se ordenó la aplicación de mecanismos de reparación integral a favor del accionante.

RECURSO DE CASACIÓN

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 fue designado como Conjuez de la Corte 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. 187-2019 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 Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** Hipatia Ortíz Vargas fue designada como Conjueza Temporal mediante Acción de Personal No. 2476-DNTH-2019-JV, emitida en atención de la Resolución 19-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura; y, posteriormente mediante Oficio No. 147-SG-CNJ-2024 de fecha 8 de febrero de 2024 y Acción de Personal No. 0487-DNTH-2024-JV, de 19 de febrero de 2024 fue designada como Jueza encargada del despacho del doctor Fabián Racines Garrido ex Juez Nacional **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)** El 16 de septiembre de 2024, 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, Hipatia Ortíz Vargas y Milton Velásquez Díaz, correspondiéndole la ponencia al primero de los jueces prenombrados; **f)** El 15 de octubre del 2024 se realizó la audiencia de fundamentación del Recurso; y, la resolución oral se emitió el 28 de octubre de 2024, fecha en la que, el Tribunal de esta Sala de Casación resolvió por unanimidad casar la sentencia impugnada y emitir decisión de mérito; **g)** Desde el 29 de octubre al 10 de noviembre de 2024, el Juez Nacional Milton

Velásquez Díaz se encontraba en ejercicio de la licencia con remuneración, particular que justifica el tiempo transcurrido para notificar esta sentencia; h) Con base en lo expuesto se emite la resolución de forma escrita y motivada:

2.- ANTECEDENTES

2.1.- El ciudadano Luis Humberto Becerra Loja presenta acción especial de responsabilidad objetiva del Estado en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social "IESS"; y, Procuraduría General del Estado "PGE", mediante la cual solicita que en sentencia:

> Se declare patrimonial y extracontractualmente responsable al [IESS] de los perjuicios causados al demandante […], con ocasión de la inadecuada o deficiente prestación del servicio de salud al compareciente como afiliado al IESS.
> […] como medio de reparación integral se condene al [IESS] al pago de una compensación monetaria en favor del [accionante] o en sus descendientes de ser el caso. Valores que hacen referencia al daño material y al daño inmaterial, es decir:
> Perjuicios morales […] en la suma equivalente a doscientos cincuenta mil dólares americanos […].
> Daño material en la suma de doscientos mil dólares americanos […].
> […] La devolución del valor de los gastos erogados que suman la cantidad de ochenta mil novecientos cuatro dólares americanos con 96/100.
> [U]n salario básico unificado del trabajador a partir de enero del año 2017, de manera vitalicia a favor del [accionante].
> Se proceda de manera inmediata por parte del IESS a disponer la jubilación por invalidez del actor […].
> Se disponga que el [IESS] proceda a dar las correspondiente disculpas públicas por la deficiente prestación del servicio de salud brindado […] por medio de comunicación escrita y en un diario de amplia circulación cuyo extracto será entregado por parte de la sala correspondiente.
> Como medida de no repetición, se conmine al [IESS], a respetar los derechos y garantías de su[s] afiliados en torno a la prestación médica en general y sobre todo a prestar el servicio público de salud con diligencia, eficacia y con un servicio de óptima calidad, entiendo que la deficiencia en la prestación del servicio a la salud, puede acarrear daños permanentes e irreversibles en la salud de los afiliados[1].

2.2.- La competencia para conocer esta acción se radicó en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Cuenca "TDCA-Cuenca" y fue signada con el número 01803- 2019-00183.

2.3.- El 19 de marzo de 2021, el TDCA-Cuenca, en sentencia resolvió:

> [D]eclara parcialmente con lugar la demanda, disponiendo en consecuencia que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cancele al accionante el monto de los valores de gastos médicos acreditados en el proceso y que sean consecuencia del accidente sufrido y detallado en este fallo, previa liquidación pericial; así como prestará toda atención médica, farmacológica, psicológica y de rehabilitación que requiera el accionante derivados de su accidente. En el término de quince días de ejecutoriada esta sentencia se procederá con la liquidación pericial ordenada; y, en el término de sesenta días de aprobada la misma, se procederá al pago de todos los valores ordenados y liquidados.- Las restantes pretensiones no se acogen por cuanto con lo resuelto en este fallo se encuentran restituidos los derechos del accionante.- Se deja a salvo el derecho del IESS para iniciar las acciones correspondientes en contra de los responsables de la omisión incurrida y proceda en consecuencia. Sin costas[2].

2.4.- La PGE y el IESS sobre esta sentencia presentaron Recurso Extraordinario de Casación basado en el artículo 268 caso segundo y cuarto del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.5.- El 8 de julio de 2024, la Conjueza Nacional María Cristina Terán Orbea, emitió auto de admisión parcial del recurso extraordinario de casación, señalando lo siguiente:

> ADMITIR PARCIALMENTE a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director Provincial del Azuay del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL en lo que concierne a la causal segunda del art. 268 del COGEP. En cuanto a las demás

[1] Foja 396 vuelta del expediente jurisdiccional.
[2] Foja 530 vuelta del expediente jurisdiccional.

causales invocadas se INADMTE el recurso de casación. 43. ADMITIR a trámite el recurso de casación interpuesto por la Directora Regional de la Procuraduría General del Estado en las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago en lo que concierne a la causal cuarta del art. 268 del COGEP en cuanto a la infracción de las normas contempladas en los artículos 186 y 164 del COGEP y art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República[3].

3.- Competencia

3.1.- El 16 de septiembre de 2024, 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.- La PGE fundamenta su recurso en la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, para tal efecto, determina que existiría falta de aplicación de los artículos 164 y 168 ibídem, que conllevarían a la equivocada aplicación del artículo 11 numeral 9 de la Constitución de 2008 (CRE).

En el presente caso, el yerro en la valoración de la prueba testimonial es evidente, por cuanto el Tribunal ha omitido valorar en su totalidad la declaración del doctor Pablo Vizhñay, cuyo contenido resulta importante para la decisión de la causa. Conforme consta del considerando NOVENO de la sentencia, el Tribunal en lo pertinente para este recurso […].

4.1.4.- De esta manera se demuestra que la acusación que se formula por parte de Procuraduría, es correcta, en cuanto se ha violado un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba específicamente testimonial contenido en el artículo 186 del COGEP, situación que claramente condujo a una equivocada aplicación del artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, que es citado en forma expresa por el Tribunal, como único fundamento de derecho de su decisión por la cual determina la responsabilidad extracontractual establecida en su sentencia. […]

La disposición normativa en referencia, mal podría ser aplicada en el presente caso, cuando del análisis de la integridad del testimonio del doctor Pablo Vizhñay, que fue ordenado por el propio Tribunal como una prueba para mejor resolver, queda demostrado, que respecto al tratamiento de la infección de la herida de la operación, no existe forma en la que se pueda atribuir responsabilidad al Estado por una falta o deficiencia en la prestación de un servicio público, ni por una acción u omisión de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos, puesto que se trató de una decisión voluntaria, adoptada aún frente a la indicación expresa del doctor Vizhñay, de que para su tratamiento, que ya no era una emergencia igual a la primera cirugía, si se quería, se podía acudir al seguro social.

[…] Una vez dictado el fallo, este Organismo Técnico Jurídico, en audiencia, solicito se aclare el mismo, en cuanto a cuáles eran los gastos médicos acreditados en el proceso, que debían ser considerados a efectos de realizar la liquidación que se estaba ordenando.

4.2.3.- De lo transcrito se puede observar, que indiscutiblemente nos encontramos ante un caso de suposición de prueba que contradice las reglas de la sana crítica, tanto en cuanto, no existe prueba alguna dentro del proceso, que justifique un hecho por el cual el IESS deba asumir el gasto generado por la implantación de la prótesis en el accionante, tan es así, que el propio Tribunal en su aclaración a la sentencia en forma expresa reconoce, basar

[3] Fojas 39-40 del expediente casacional.

su decisión en una simple afirmación, misma que de acuerdo al argumento que se desarrolla, notablemente constituye el suponer la existencia de una prueba que en realidad no existe. Al respecto, cabe citar un valioso criterio que en su momento fue expuesto por la hoy extinta Corte Suprema de Justicia […].

La cita que se realiza es sumamente esclarecedora y queda visiblemente demostrado el yerro cometido por el Tribunal, puesto que ni siquiera es el caso, de que se trate de una prueba que ha escapado de su análisis o que se haya omitido el mencionarla en su sentencia, NO, el hecho es, que no existe prueba alguna que justifique el motivo por el cual se ordena el pago de la implantación de la prótesis en el accionante, que a criterio del Tribunal, se supone justificado, sin que exista prueba al respecto, situación ésta, que determina que el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, que es la única base jurídica que el Tribunal menciona en su sentencia para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, haya sido equivocadamente aplicado, puesto que sin que exista una falta o deficiencia en la prestación del servicio o una acción u omisión atribuible al Estado, que se haya demostrado de acuerdo con el ordenamiento jurídico, se establece una responsabilidad inexistente y se ordena una reparación que no tiene lugar[4].

5.2.- En relación con el recurso planteado por el IESS respecto al caso segundo del artículo 268 del COGEP, se fundamenta en lo siguiente:

INSUFICIENCIA

El Tribunal A quo fundamenta la resolución únicamente en el artículo 11 numeral 9 de la CRE, sin realizar ningún tipo de análisis de las disposiciones legales respecto de la responsabilidad extracontractual del estado planteada en el COA (art. 331, 334 y 335) Es decir, para que el tribunal mande a pagar el monto de los valores de gastos médicos acreditados en el proceso debió analizar la procedencia del nexo causal es decir que se haya generado un daño, el mismo que tiene que derivarse específica e inmediatamente de una determinada acción u omisión de la administración pública. El Tribunal en su sentencia debió determinar la existencia de los parámetros establecidos en el segundo inciso del Art. 334 que dice: "(...) No se genera responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos" para que se pueda aseverar o no la responsabilidad. No se dice en sentencia, si el daño que actualmente padece el accionante se derivó de los hechos o circunstancias que se pudieron prever o evitar, y más aún cabe señalar que no se ha explicado cuáles fueron esas circunstancias que llevaron a la conclusión al Tribunal, pues si se hubieren analizado dichos artículos se evidenciaría que el daño, no se derivó específica e inmediatamente de una determinada acción u omisión de la administración pública, ya que las lesiones que sufrió en el cerebro el accionante son producto de la calda evidenciándose con ello la falta fundamentación normativa y fáctica.

INCOHERENCIA

En el literal c) del considerando NOVENO de la sentencia los jueces del Tribunal a quo, señalan textualmente: "[...] Respecto del daño moral pretendido, éste no ha sido justificado ni demostrado procesalmente. El estado médico actual del paciente es derivado del accidente, según lo aseverado por el Dr. Pablo Vizhañy en audiencia; el 95% de pacientes que tiene el cuadro médico como el que lo tuvo el ahora accionante, sufren secuelas severas de motricidad, habla y mentales.", particular que se afirmó en audiencia por el Dr. Pablo Vizhñay, Neurocirujano de la Clinica Santa Ana, quien manifestó "(...) sin duda las lesiones que él tenía eran graves, entonces, si le puedo decir hasta cuando yo le atendí al paciente, el señor tenia secuelas motoras secuelas cognitivas y básicamente esas son producto de las lesiones que sufrió en el cerebro producto de la calda [...]".

El Tribunal llega a la conclusión de que el daño, no fue provocado por acción u omisión inmediata del personal del IESS-HEJCA, pues en sentencia claramente se dice que el estado actual del accionante se derivó de un accidente; entonces el mismo Tribunal concluye que el daño no fue provocado por el IESS; no obstante de dicha afirmación, en sentencia los jueces del Tribunal

[4] Fojas 545-548 del expediente jurisdiccional.

determinan que Sl existe responsabilidad extracontractual del estado y se manda a pagar al IESS los valores correspondientes a gastos médicos respecto de un daño que NO provocó, ya que ni la caída, ni las secuelas, ni la infección, ni la colocación de la prótesis fueron provocadas por el IESS ni su personal, puesto que NO se derivaron específica e inmediatamente de la acción u omisión IESS, no existiendo un nexo causal, para que de esta forma se pueda configurar dicha responsabilidad[5].

6.- Delimitación de los problemas jurídicos

6.1.- Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo de los recursos de casación y del auto de admisión emitido por la Conjueza Nacional, este Tribunal advierte dos problemas jurídicos a resolver que se relaciona con el caso cuarto y segundo del artículo 268 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. 1433-13-EP/19.

7.- Análisis del recurso de casación

Recurso planteado por la PGE:

CASO CUARTO: APLICACIÓN INDEBIDA, FALTA DE APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, SIEMPRE QUE HAYAN CONDUCIDO A UNA EQUIVOCADA APLICACIÓN O A LA NO APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO EN LA SENTENCIA O AUTO;

7.1.- Se debe señalar que sobre esta causal de casación, la Doctrina la identifica bajo la categoría de "violación indirecta" [6], o "yerros facti in iudicando de derecho o error de derecho al juzgar los hechos" [7]. 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, más adelante.

7.2.- 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" [8]; lo que en *última ratio* equivaldrá a una violación indirecta de la norma.

7.3.- 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.

7.4.- 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, en este proceso inferencial deben tener cabida tanto el razonamiento lógico como la experiencia.

7.5.- 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

[5] Fojas 30-33 del expediente casacional.
[6] Santiago Andrade Ubidia, *La Casación en Ecuador,* (Quito, Andrade&Asociados Fondo Editorial, 2005), Página 150.
[7] Hugo Bello Tabares, *La casación civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional,* (Venezuela, Ediciones Paredes, 2010), pág. 654 y 656.
[8] Ídem, pág. 654.

la regularidad o normalidad de la vida",[9] 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" [10].

7.6.- Es importante mencionar que el yerro que se imputa a la sentencia debe cumplir con la técnica previamente establecida, que para el caso tercero del artículo 3 de la LC, se delimita a que el recurrente tiene el deber jurídico de acreditar los siguientes elementos:

> 1) Identificar con exactitud el medio de prueba específico que, a su juicio ha sido valorado defectuosamente; 2) Identificar con exactitud la norma procesal que regula la valoración de la prueba que, a juicio del recurrente, no ha sido aplicada […]. No valen las enunciaciones genéricas de normas que regulan determinada materia; 3) Identificar con exactitud la norma sustancial o material que como consecuencia del yerro probatorio ha sido aplicada indebidamente o [de manera equivocada][11].

7.7.- Así mismo, dentro de la técnica casacional que debe cumplir el recurrente, es importante citar lo referido por la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 178 de 24 de junio de 2003, Juicio No. 19-2003 que señaló:

> […] El yerro de la valoración probatorio se da en los siguientes casos: 1.- Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso, es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar exclusivamente las piezas agregadas al proceso […]; 2.- Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa; 3.- Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley […].

7.8.- Considerando aquello, resulta oportuno determinar si el recurrente ha dado cumplimiento con la técnica casacional, para tal efecto, se verificará si efectivamente el yerro argumentado se encuentra en la sentencia impugnada:

7.8.1.- El artículo 164 del COGEP en efecto, es un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, empero de aquello, este Tribunal identifica que el recurrente no da cumplimiento a la técnica casacional, puesto que, sobre esta formulación normativa realiza una enunciación génerica y abstracta de que "no existe prueba alguna que justifique el motivo por el cual se ordena el pago de la implantación de la protesis" [12], sin señalar de manera clara, determinada y concreta cómo se contradice las reglas de la sana crítica.

7.8.2.- Por otro lado, el mismo recurrente afirma que el Tribunal en la parte resolutiva de la decisión, ordenó el pago de los gastos médicos acreditados en el proceso y que se encuentran detallados en el fallo[13], por lo que, si nos remitimos al considerando séptimo de la sentencia impugnada[14], se podrá identificar, la respuesta a la pregunta planteada por el recurrente, considerando aquello, el cargo se transforma en improcedente.

7.8.3.- Sobre la falta de aplicación del artículo 186 del COGEP, la PGE afirma que se habría producido este yerro, en cuanto a la valoración de la prueba testimonial, puesto que, el tribunal ha omitido valorar en su totalidad la declaración del doctor Pablo Vizhñay[15], esto para atribuir responsabilidad al Estado respecto al tratamiento de la infección de la herida de la operación[16], empero de aquello, el recurrente olvida determinar que la formulación del artículo citado, determina claramente que para valorar la prueba testimonial, el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas. Por lo cual, las afirmaciones del recurrente son enunciaciones genéricas y abstractas, a más de no cumplir con el principio de trascedencia por esta omisión, por lo que el cargo se transformaria en improcedente.

7.8.4.-Por útlimo, en relación a la equivocada aplicación del artículo 11 numeral 9 de la CRE que habría conllevado la falta de aplicación detallada

---

[9] Héctor Oberg, Máximas de experiencia, Revista Actualidad Jurídica. (Universidad del Desarrollo, 2004), pág. 169.
[10] Alan Limardo, Repensando las máximas de experiencia. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021), pág. 130.
[11] Corte Suprema de Justicia, "Resolución No. 178, Juicio No. 19-2003", emitida el 24 de junio de 2003.
[12] Foja 548 del expediente jurisdiccional.
[13] Foja 547 del expediente jurisdiccional.
[14] Foja 529-530 del expediente jurisdiccional.
[15] Foja 546-547 del expediente jurisdiccional.
[16] Foja 546 – 547 del expediente jurisdiccional.

anteriormente, este Tribunal determina que en efecto, estamos frente a una demanda de responsabilidad objetiva del Estado; y, para declarar procedente o no la demanda planteada, aquella norma es la llamada a solucionar el problema jurídico, por lo que no ha verificado su equivocada aplicación.

7.9.- Por lo anteriormente expuesto, esta Sala determina que la PGE no ha dado cumplimiento a la técnica casacional expuesta en los párrafos anteriores, así como, tampoco acreditó el cumplimiento del principio de trascendencia de este yerro, por lo tanto, al no verificarse que el vicio exista en la sentencia recurrida, corresponde rechazar el recurso interpuesto por este extremo.

Análisis del recurso planteado por el IESS:

CASO SEGUNDO.- 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.

7.10. El caso segundo del artículo 268 del COGEP, 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.

7.11. El IESS en su recurso de casación ha manifestado que la sentencia recurrida adolece de la deficiencia de insuficiencia motivacional y apariencia matizado en el vicio de incoherencia conforme se ha descrito en el párrafo 5.2 de esta decisión.

7.12. En este orden, dentro del espectro de la categoría de derechos de protección, se encuentran las garantías del debido proceso; y, entre ellas la Constitución de Montecristi en el artículo 76 numeral 7 letra l) ha reconocido a la garantía de la motivación. Esta garantía constituye el requisito básico para la validez de "las resoluciones de los poderes públicos" [17], lo cual incluye las resoluciones emitidas por la función judicial. La protección de esta garantía del debido proceso configura un elemento indispensable para tutelar la vigencia de la dimensión argumentativa del Derecho, y, por ende, del Estado Constitucional de derechos y justicia.

7.13. La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 1158-17-EP/21 decidió alejarse explícitamente del "test de motivación", el cual "consist[ía] en verificar si la motivación bajo examen cumple conjuntamente con estos tres parámetros: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad".[18] En su lugar, determinó que:

> 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. [19]

7.14. En síntesis, el nuevo criterio rector fijado por la Corte Constitucional, demanda que para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, se deba comprobar que en el acto jurisdiccional impugnado haya existido: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. La fundamentación normativa deberá: "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 [y] debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso" [20]; mientras que la fundamentación fáctica deberá contar con "una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso".[21]

7.15. Vale precisar que el máximo organismo de interpretación y control constitucional ha señalado que:

> [C]uando se acusa el incumplimiento de la garantía de la motivación −incluso si se lo hace con base en el test de motivación–, 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

[17] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 20 de Octubre de 2008, Art. 76.7.l.
[18] Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 1158-17-EP/21", caso No. 1158-17-EP, emitido el 20 de octubre de 2021, párr. 32
[19] Ibídem, párr. 61
[20] Ibídem, párrafo 61.1.
[21] Ídem, párr. 61.2.

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.[22]

7.16. En esa medida, cuando una decisión no cumple aquello adolece de una deficiencia motivacional, dentro de los que se encuentra la insuficiencia y apariencia motivacional, por ello, para el estudio de estas dos deficiencias se considera lo siguiente:

7.16.1.- La *deficiencia motivacional de insuficiencia* se configura 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" [23].

7.16.2.- Así mismo, sobre este cargo, resulta indispensable recalcar que el estándar de suficiencia implica la existencia de una "estructura mínimamente completa, tanto en lo normativo (enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como de su aplicación a los hechos del caso), como en lo fáctico (justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso)" [24].

7.16.3.- La centralidad de la impugnación por parte del IESS se vincula con una insuficiencia en la fundamentación normativa, puesto que el Tribunal a quo, "fundamenta su resolución únicamente en el Art. 11 numeral 9 de la [CRE], sin realizar ningún análisis de las disposiciones legales respecto a la responsabilidad objetiva del [E]stado" [25].

7.16.4.- Ingresando al estudio de este cargo, y revisada que ha sido la sentencia por parte de este Tribunal, determina que, en efecto, la decisión impugnada no contiene un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso, únicamente enuncia en la parte final el artículo 11.9 de la CRE; y, en el considerando octavo, cita doctrina y jurisprudencia, sin que exista entonces un razonamiento suficiente en relación al problema jurídico planteado, en esa medida, existe el vicio acusado.

7.16.5.- Por otro lado, el recurrente también argumenta que existiría la deficiencia de apariencia motivacional matizado en el vicio de incoherencia, para tal efecto, se determina que la deficiencia motivacional de insuficiencia matizado en el vicio de incoherencia, se configura cuando "hay 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)" [26], sin que aquello bajo ningún contexto signifique el estudio de la corrección de la motivación.

7.16.6.- Considerando aquello, este Tribunal también verifica que en el fallo recurrido se ha configurado la deficiencia de apariencia, matizado en el vicio de incoherencia lógica, entre las premisas y la conclusión, siendo esta particularmente, que, en el considerando noveno letra a), el Tribunal a quo, determina que se ha configurado la responsabilidad objetiva del Estado por omisión de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos, sin embargo, en el literal c) de este mismo considerando, se señaló que el daño se produce como consecuencia del accidente, evidenciando así una incoherencia lógica, en la sentencia que por lo tanto debe ser casada.

7.18.-(sic) Con todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal determina que los vicios verificados son relevantes, para establecer que se ha violentado la garantía de la motivación, por lo que, en aplicación del artículo 273 numeral 3 del COGEP y sentencia 3229-19-EP/24 párrafo 25, corresponde casar la sentencia impugnada; y, **emitir la sentencia de mérito**, para tal efecto, se considera:

8.- SENTENCIA 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

[22] Ídem, párr. 101.
[23] Corte Constitucional ecuatoriana, "Sentencia No. 1158-17-EP/21", Caso 1158-17-EP, emitida en fecha 20 de octubre de 2021. Párrafo 69.
[24] Corte Constitucional ecuatoriana, "Sentencia 652-18-EP/23", Caso No. 652-18-EP, emitido en fecha 12 de julio de 2023. Párrafo 21.
[25] Foja 31 del expediente casacional.
[26] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia 1158-17-EP/21", párrafo 76.

per relationem "por remisión" [27] y para tal efecto, se remite del considerando primero al sexto[28] de la decisión recurrida. Agregando que las excepciones de fondo se resolverán en la decisión de mérito.

8.2.- En relación a los medios probatorios: se consideran los constantes en el expediente procesal que hayan sido legalmente anunciados y practicados en donde no se aplique una razón de exclusión probatoria (que se citarán en esta sentencia), entre los que se encuentran, los identificados en el considerando séptimo del fallo recurrido.

Análisis del caso

8.3.- En el Estado Constitucional de Derechos ecuatoriano, el derecho de responsabilidad ha evolucionado notablemente, puesto que a más de considerar a los derechos como elemento transversal e interseccional de toda conducta de los sujetos que interactúan en sociedad, ha reiterado la importancia que tiene la dignidad humana, buen vivir y la reparación integral, como uno de los matices en la realización de la Justicia constitucionalizada.

8.4.- Esta comprensión implica un conjunto de exigencias para el Estado, particularmente el deber primordial de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos, entre ellos el derecho a la salud que también es identificado en la Constitución de 2008 como un servicio[29] que se "regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional" [30].

8.5.- Por otro lado, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 25 numeral 1; El Protocolo de San Salvador en su artículo 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, reconocen el derecho a la salud como derecho humano que implica el deber del Estado de promover, proteger, respetar y hacer respetar este derecho mediante diferentes mecanismos, instrumentos e instituciones que incluye la emisión de políticas públicas, regulaciones, así como "fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado" [31].

8.6.- Este marco normativo internacional de directa e inmediata aplicación ante y por cualquier servidor o servidora, se ve irradiado y mejor regulado con la Observación General 14 de fecha 11 de agosto de 2000 emitida por las Naciones Unidas en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que determina claramente que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de otras derechos humanos, teniendo el ser humano el derecho al disfrute del más alto nivel de salud que se alcanzan con el cumplimiento de los elementos esenciales e interrelacionados con la "atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad" [32].

8.7.- En este mismo sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana en las Sentencias 328-19-EP/20; y, 2951-17-EP/21 ha determinado que el derecho a la salud también es un deber constitucional primordial del Estado "que debe ser garantizado a través políticas, programas y servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud (artículo 358), y que debe regirse por los principios de calidad, eficiencia, eficacia y precaución" [33], delimitando que la **calidad** del servicio "se aprecia por el cumplimiento de estándares reconocidos para el mismo, a los que debe sumarse el grado de satisfacción de una persona usuaria" [34], aquello implica que "los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas,

---

[27] 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

[28] Foja 524-529 del expediente jurisdiccional.

[29] Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la salud ha sido identificada como "un bien público cuya protección está a cargo de los Estados". Corte Interamericana de Derechos Humanos, "CASO RODRÍGUEZ PACHECO Y OTRA VS. VENEZUELA", emitida el 1 de septiembre de 2023. Párrafo 116.

[30] Ecuador Asamblea Nacional Constituyente, "Constitución de 2008", Registro Oficial 449 de fecha 20 de octubre de 2008.

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "CASO RODRÍGUEZ PACHECO Y OTRA VS. VENEZUELA", emitida el 1 de septiembre de 2023. Párrafo 116.

[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018: página 40, párrafo 107.

[33] Corte Constitucional ecuatoriana, Caso No. 328-19-EP, Sentencia No. 328-19-EP/20, fecha de emisión 24 de junio de 2020: párrafo 40.

[34] Corte Constitucional ecuatoriana, Caso No. 2951-17-EP, Sentencia No. 2951-17-EP/21, fecha de emisión 21 de diciembre de 2021: párrafo 123.

personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas[35], la **eficacia** con el cumplir objetivos, **eficiencia** "efecto debe lograrse con el mínimo de recursos posible y en el menor tiempo" [36]; y, **buen trato** que hace referencia a la relación entre usuario y servidor público.

8.8.- Conforme lo ha mencionado esta Corte Nacional de Justicia[37], aquel estándar implica para el Estado ecuatoriano un conjunto de obligaciones que se sistematizan ejemplificativamente en las siguientes: **a)** La garantía de que el derecho sea ejercido sin discriminación, prohibiéndose adoptar medidas regresivas o en general cualquier de otra naturaleza que imponga obstáculos, restricciones, o cargas indebidas que generen limitaciones para su ejercicio; **b)** Facilitar, promover y proteger el derecho en especial que el Estado adopte todas medidas de carácter administrativo para la plena efectividad del derecho a la salud; **c)** La atención de salud como servicio que deberá ser seguro, de calidad, calidez y garantizarán el consentimiento informado, acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes (artículo 362 de la Constitución); **d)** Garantizar que los bienes, servicios y establecimientos (incluido el acceso a medicamentos) se encuentren al mejor alcance de las personas, con especial consideración de los grupos de atención prioritaria, permitiendo entonces un acceso a los servicios de salud "universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad" [38]; **e)** Aplicación de un "enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo" [39] para obtener una prestación "eficiente, de calidad y oportuna" [40]; y, **f)** "Se debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado" [41].

8.9.- Ahora bien, el derecho a la salud y también servicio público (Art. 362 CRE) está sujeto a un régimen especial delimitado tanto en los artículos numeral 9, 52 y 54 de la Constitución de 2008, que se le reconoce para el caso sub judice, como Responsabilidad Objetiva del Estado "ROE" centra su regulación en "reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos" [42], así como, la repetición inmediata en contra de las personas responsables, esto en razón de que el Estado tiene el alto deber de respetar y hacer respetar los derechos; y, en caso de no hacerlo se generan los efectos y consecuencias determinadas en el ordenamiento jurídico.

8.10.- Para el caso sub judice, es importante referir que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha determinado que "la atención de salud [debe ser] oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad" [43]; y, que en relación a las prestaciones médicas de urgencia se deben garantizar los siguientes parámetros:

> **a)** Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas [que incluye equipo médico hospitalario científicamente aprobados y en buen estado[44]].

---

[35] Corte IDH, "Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261", párr. 152

[36] Ibídem: párrafo 123.

[37] Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa, "Sentencia emitida en el proceso número 09801-2010-0468", fecha 27 de marzo de 2024.

[38] Congreso Nacional, Ley Orgánica de Salud, Registro Oficial Suplemento 423 de fecha 22 de diciembre de 2006: artículo 7 letra a).

[39] Corte IDH (2018), Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs Guatemala, página 41, párrafo 110.

[40] Congreso Nacional, Ley Orgánica de Salud, Registro Oficial Suplemento 423 de fecha 22 de diciembre de 2006: artículo 9 letra i).

[41] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "CASO RODRÍGUEZ PACHECO Y OTRA VS. VENEZUELA", emitida el 1 de septiembre de 2023. Párrafo 116.

[42] Constitución de 2008. Artículo 11 numeral 9.

[43] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Corte IDH. Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474. Párrafo 60.

[44] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párrafo 173.

b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.

c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.

d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad [45].

8.11.- Aquel estándar ha sido recibido por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana:

> 97. […] la disponibilidad del derecho a la salud implica que el Estado cuente con un número suficiente de servicios, programas de salud y medicamentos en cantidad suficiente para tratar las enfermedades. Este elemento exige también que el personal médico y los profesionales de la salud se encuentren capacitados.
>
> 98. […] No basta con que los hospitales estén suficientemente abastecidos, sino que todas las unidades que integran RPIS cuenten con la infraestructura, insumos y personal suficiente para atender a los pacientes y completar sus prescripciones médicas.
>
> 99. Es indispensable que, las instituciones que integran la RPIS, cuenten con insumos materiales y talento humano para garantizar la disponibilidad de los servicios de salud a los usuarios. En caso de que estos no se encontraran disponibles, el Ministerio de Salud Pública, en calidad de órgano rector de la RPIS, así como el resto de las instituciones que la conforman, deben coordinar las acciones correspondientes para la prestación adecuada de los servicios de salud[46].

8.12.- Delimitado aquello, este Tribunal se formula dos preguntas:

> *a) ¿Se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad objetiva del Estado que hagan nacer la obligación de reparar a favor del ciudadano Luis Humberto Becerra Loja?; y, b) En caso de que sí se hayan configurado los elementos de la ROE: ¿Cuáles son las medidas de reparación integral que se deben aplicar en este caso?*
>
> *Primera pregunta:*
>
> *¿Se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad objetiva del Estado que hagan nacer la obligación de reparar a favor del ciudadano Luis Humberto Becerra Loja?*

8.13.- Esta Sala Especializada, en la Sentencia de Casación emitida dentro del proceso 098101-2010-0468 de fecha 27 de marzo de 2024, ha desarrollado los elementos para que se configure la responsabilidad objetiva del Estado, siendo estos: a) el daño, que debe ser antijurídico, efectivo, evaluable e individualizado; b) El factor de atribución de la responsabilidad; c) Imputación jurídica del daño que se causó, y, d) nexo causal. Estos elementos se encuentran recogidos en la normativa vigente que es, el Código Orgánico Administrativo en el artículo 331, de la siguiente manera: 1. La falta o deficiencia en la prestación de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho. 2. El daño calificado. 3. La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.

8.13.1.- En relación al primer elemento, esto es, **el daño** se debe precisar que aquel implica: i) La antijuridicidad del daño[47]: la presunta víctima no tiene el deber jurídico de soportarlo o que la carga que asume es ilegítima (desproporcional-discriminatoria u otras semejantes); ii) Efectividad del daño: debe producir una afección dañosa, debiendo ser actual y real, sin descartar el daño futuro;

---

[45] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo", Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Párrafo 121.

[46] Ecuador, Corte Constitucional, "Sentencia No. 3144-17-EP/24", emitido en fecha 11 de julio de 2024.

[47] No se debe confundir entre la antijuridicidad del daño, con la licitud o ilicitud de la conducta, pues el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes, el ambiente, etc.

iii) Evaluabilidad del daño: que implica en forma general que se pueda evaluar económicamente el daño, sin perjuicio de que el daño sea evaluable mediante otros mecanismos como la intensidad o permanencia del sufrimiento en relación con otra medida de reparación integral no compensatoria; iv) Individualización del daño (directo-personal), que no implica que exista un solo sujeto de derechos individual o colectivo afectado, sino se refiere a los daños que producen a las presuntas víctimas.

8.13.2.- El segundo elemento es el **factor de atribución de la responsabilidad**, que genera la carga para el accionante de identificar en que consiste aquel, para determinar la existencia o no de la responsabilidad, esto implica que el legitimado activo deberá establecer las razones del porque se está ante "falta o deficiencia en la prestación de un servicio público o cualquier otra contraprestación a que tenga derecho [ejemplificativo] [que] consta como uno de los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual […] del Estado" [48]. Es necesario recalcar que en el análisis de este elemento, " exige indagar en las normas que regulan y estructuran los servicios [que están obligados a proveer] por las autoridades para demostrar concretamente su prestación irregular o defectuosa" [49]

8.13.3.- Imputación jurídica del daño que se causó, es preciso señalar que se está haciendo referencia a presupuestos deontológicos-normativos, más no meramente naturales, esto es, que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, esto es, "la atribuibilidad de una conducta al Estado se base en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos[50] de aquel" [51].

8.13.4.- Por último en cuanto al **nexo causal**, el daño debe provenir específica e inmediatamente de actividad identificada por el legitimado activo como la conducta que genera el daño o el hecho dañoso, que debe encontrarse debidamente probado.

8.14.- Corresponde en este momento entonces, analizar cada uno de los elementos detallados anteriormente en relación tanto con las afirmaciones del legitimado activo, así como, los hechos que han sido debidamente probados conforme el expediente procesal, así se considera lo siguiente:

8.14.1.- El daño.- Sobre este primer elemento, el accionante en su demanda determina afirma que fue valorado el día 11 de enero de 2017 a las 18h44 en el Hospital José Carrasco Arteaga de Cuenca "en adelante hospital", posterior a una caída de aproximadamente dos metros que habría sufrido. En el hospital se encontraba consciente, orientado en tiempo y espacio. Expresa el accionante que se mantiene en la casa de salud, hasta las 23h50 en el que se le dio el alta; y, posteriormente es trasladado a la Clínica Santa Ana, puesto que, el hospital en ese momento no cuenta con la unidad de tratamiento intensivo o UCI, y así mismo, no se habrían activado la red pública de salud oportunamente pese a tratarse de una urgencia.

8.14.1.1.- Afirma que entre la hora de su ingreso hasta su salida del 11 de enero de 2017, su situación se fue complicando, sufriendo descompensaciones constantes en su salud, hasta encontrarse en deterioro neurológico. Así mismo, señala que, los médicos durante su estancia en el hospital habrían determinado que es de urgencia operarle, particular que no habría ocurrido en el tiempo de estancia en aquella casa de salud. Sin embargo, a las 23h57 es intervenido de emergencia en la clínica Santa Ana, practicándole una craniectomía, por lo que se le extrae la mitad de cráneo, de la misma manera, detalla que, posteriormente debe someterse a una nueva intervención para la colocación de una prótesis, y a múltiples procesos de rehabilitación como fisioterapia.

8.14.1.2.- El accionante detalla, que el hospital no contó con las condiciones para la atención de cirugía urgente, así mismo, que existiría negligencia administrativa al no activar la red de

[48] Efraín Pérez, "Derecho Administrativo", quinta edición, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), Página 550.

[49] Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sentencia emitida dentro RECURSO QUEJA Nº 3 – AMBROSIO NORBERTO NILO C/ HIPODROMO ARGENTINO DE PALERMO SA Y OTROS s/ daños y perjuicios" de fecha 24 de septiembre de 2024.

[50] Es importante determinar que el órgano es una unidad conformado por un elemento objetivo (normas que asignan competencias); y, otro subjetivo (titular o persona natural que ejercerá esas competencias), que atento a lo prescrito en el artículo 1 de la Constitución de 2008 ejerce poder: "La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución".

[51] Julio Rodolfo Comandira y otros, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017), página 1579.

salud pública para la atención médica. Que estas situaciones se encuentran acreditadas en las diferentes auditorias médicas del propio IESS. En esa medida, determina que existiría una inadecuada o deficiente prestación del servicio, que le ha generado un conjunto de daños materiales e inmateriales que los cuantifica en su demanda en $ 580.000 USD.

8.14.1.3.- En tanto que, los accionados determinaron que no existe daño, puesto que, la causa de este, es el accidente o caída que habría sufrido el accionante; y, por tanto, el IESS ha realizado todas sus actividades de manera debida, por lo tanto, no se le puede imputar daños o responsabilidades.

8.14.1.4.- Hechos probados:

8.14.1.4.1.- Conforme el anexo del Memorando Nro. IESS-HJCA-CGD-2019-0031-M de fecha 22 de enero de 2019 (fojas 417-420), se evidencia que el ciudadano Luis Humberto Becerra Loja fue trasladado el día 11 de enero de 2017 desde la Calle del Capulí, avenida Gran Colombia del cantón Cuenca, hacia, el Hospital José Carrasco Arteaga, en un tipo de traslado de emergencia, con hora de llegada a la casa de la salud 18h25. El tipo de paciente detalla la Unidad de Transporte Medicalizado, es IESS, seguro general.

8.14.1.4.2.- De foja 168-210 del expediente jurisdiccional se encuentra la Historia Clínica[52] No. 77802325, del ciudadano accionante, en dónde se puede verificar que efectivamente el ciudadano legitimado activo ingresa por emergencia al Hospital José Carrasco Arteaga, el día 11 de enero de 2017, teniendo a las 18h44, el diagnóstico presuntivo de "Traumatismos superficiales que afectan múltiples regiones del cuerpo" [53]. Dentro de la anamnesis y examen físico se identifica lo siguiente: "paciente consiente, orientado en la S3 esferas sensibilidad y fm conservada" [54].

8.14.1.4.2.1.- A las 21h54, en la especialidad de Neurocirugía del referido hospital, el profesional de la salud Nelson López Aguilera, detalla como diagnóstico definitivo "Otros trastornos del encéfalo: edema cerebral. Hemorragia Subaracnoidea" [55]. En el apartado evolución prescripción médica se observa "se recibe paciente con GLASGOW 14/15, vigil […], a los 30 minutos de su hospitalización paciente presenta GLASGOW de 11/15 […] lo que no teniendo otra opción se envía familiares a obtener la medicación una vez medicado hay mejoría de su estado neurológico, obedece ordenes, GLASGOW 14/15" [56]. Líneas adelante, se detalla por parte del profesional de la salud lo siguiente: "consideramos debe ser ingresado y tratado con antidema cerebral vigilado estrictamente su estado neurológico siendo muy probable la necesidad de utilizar otras medidas por su estado neurológico" [57], posteriormente se lee: "No contamos con espacio físico y la unidad de terapia intensiva está cerrada, por lo que, consideramos debe activarse red de salud para su correcto seguimiento. Nos informan que hay 6 casos pendientes por prestación externa sin existir respuesta positiva" [58].

8.14.1.4.3. A las 22h07 en el área de especialidad medicina general, dependencia terapia intensiva, se determina como diagnóstico presuntivos: Hemorragia intraencefálica. En el informe de interconsulta se puede observar "según nos indican existe deterioro rápido de estado de conciencia, al momento paciente con GLASGOW 13/15, confuso, orientado, en persona desorientado en tiempo y espacio […]. Recomendaciones […] Paciente necesita unidad de terapia intensiva, Al momento UCI de la institución se encuentra en contingencia, por lo que se indica activación para prestador externo urgente" [59].

8.14.1.4.4.- A las 23h07 por la especialidad medicina general, dependencia emergencias, con diagnósticos definitivos hemorragia subaracnoidea. En la evolución prescripción médica, "familiares de paciente solicitan alta, se coordina ambulancia con Dra. Delgado para traslado de paciente a clínica particular. Paramédicos me informan que en 15 minutos aproximadamente llega la ambulancia

[52] Para este Tribunal es importante referir la importancia de la historia clínica dentro de estos procesos, puesto que, de su contenido se puede identificar la información técnica de las actividades médicas, detalle de estado de salud, atención brindada; y, demás que permiten al Juzgador comprender la realidad de los hechos, para emitir decisión.
[53] Foja 169 vuelta del expediente jurisdiccional.
[54] Ibídem.
[55] Foja 171-172 del expediente jurisdiccional.
[56] Foja 171 vuelta del expediente jurisdiccional.
[57] Ibidem.
[58] Ibidem.
[59] Foja 172 vuelta del expediente jurisdiccional.

para realizar traslado. No se activa red y se espera para traslado" [60].

8.14.1.4.5.- Dentro de la historia clínica, a las 23h10 se describe que el accionante es atendido en la especialidad medicina general, así mismo, se detalla los diagnósticos definitivos hemorragia subaracnoidea, otros trastornos del encéfalos: edema cerebral. Evolución prescripción médica, "paciente se deteriora neurológicamente a pasar de medidas anti edema con escala de GLASGOW de 5/15 […] al momento paciente en mal estado general. Se solicita su inmediato traslado a institución que cuente con terapia intensiva (la cual en esta casa de salud esta inhabilitada). Se comunica a familiares estado crítico de paciente. Ellos deciden solicitar el alta médica por falta de respuesta de red pública para prestación externa" [61].

8.14.1.4.6.- A fojas 142-144 del expediente jurisdiccional la auditoría médica suscrita el 09 de abril de 2018 por parte de la doctora María Elena Bacuilima Yunga, en donde se observa que el legitimado activo fue trasladado a la Clínica (privada) Santa Ana desde el hospital, el 11 de enero de 2017, con hora de salida 23h50 y hora de entrega 23h57.

8.14.1.4.7.- Posteriormente, conforme consta en el certificado médico de fecha 1 de febrero de 2017 constante a foja 151 del expediente jurisdiccional, suscrito por el doctor Pablo Vizhñay Jimbo (que practicó la intervención en la Clínica Santa Ana), se puede observar que "se empezó tratamiento el 12 de enero de 2017 de tipo quirúrgico (craniectomía descomprensiva + drenaje de hematoma intracerebral temporal derecho + drenaje de hematoma subdural agudo hemisferio derecho)" [62].

8.14.1.5.- Comprendiendo aquello, este Tribunal puede verificar que:

8.14.1.5.1.- Antijuridicidad del daño: conforme el sistema jurídico ecuatoriano, el legitimado activo tiene el derecho a la salud, particularmente el ser atendido de emergencia, tratado y estabilizado debidamente bajo altos estándares de calidad y accesibilidad, por lo que, en este caso, se comprobó que si bien el accionante tuvo acceso al sistema de salud en el Estado de emergencia, durante su estancia en el hospital José Carrasco Arteaga no logró ser intervenido quirurgicamente conforme las diferentes recomendaciones médicas, que determinaban que aquella era necesaria y urgente. Esto implica entonces, que el paciente accionante no tenía el deber jurídico de soportar la no ejecución de las actividades y cumplimiento de estándares detallados anteriormente.

8.14.1.5.2.- Efectividad del daño: conforme se afirma por parte del accionante; y, de lo que se encuentra probado, se puede verificar que en efecto se ha generado una afección dañosa, que es actual y real, esto implica que se acreditaron un conjunto de actividades y hechos, tales como, la continua descompensación del paciente, desorientación y otros, hasta encontrarse en estado crítico, sin ni siquiera ser remitido oficialmente a otro prestador de los servicios de salud para la respectiva intervención de urgencia; y, por último al no recibir el tratamiento quirúrgico urgente, tuvo que ser trasladado de emergencia a un centro de salud privado, en donde sí se pudo realizar el tratamiento de craniectomía, identificado por parte del médico neurocirujano[63] como una cirugía de salvataje con riesgo inminente de muerte; y, por ende por el tiempo que ha transcurrido desde el trauma se puede ocasionar infecciones, o la herida necrosarse.

8.14.1.5.3.- Evaluabilidad del daño: el legitimado activo ha establecido claramente cuál es la manera en que se evaluará el daño, tanto desde una esfera económica, cuando mediante otros mecanismos de reparación integral vinculada con el daño material e inmaterial.

8.14.1.5.4.- Individualización del daño: se ha verificado que el daño en efecto se ha generado a la persona que en este momento tiene la calidad de accionante, sin embargo, este Tribunal determina que en el análisis de este elemento, no es procedente establecer si en efecto, todos los daños que reclama el accionante son o no imputables al IESS, puesto que ello será analizado y decidido posteriormente.

8.14.1.6.- Considerando aquello, se puede identificar que sí se da cumplimiento al primer elemento para que se configure la responsabilidad objetiva del Estado.

8.14.2.- Factor de atribución: el legitimado activo en su acto de proposición ha determinado que

[60] Foja 173 del expediente jurisdiccional.
[61] Foja 173 vuelta del expediente jurisdiccional.
[62] Foja 151 del expediente jurisdiccional.
[63] Testimonio del Neurocirujano doctor Pablo Vizhñay en audiecia de juicio.

la conducta de la administración "es la inadecuada o deficiente prestación del servicio de salud" [64], debido a los hechos sucedidos el 11 de enero de 2017 desde su ingreso al Hospital José Carrasco Arteaga hasta su salida efectiva en estado crítico, esto aproximadamente a las 23h45 del mismo día. De manera específica, el legitimado activo, detalla que durante su estancia en el centro médico, no pudo ser intervenido quirúrgicamente puesto que no se contaba "con la Unidad de Tratamiento Intensivo o Unidad de Cuidados Intensivos, porque se encontraban deshabilitada por asuntos propios del hospital" [65]; y, que "no habían activado la red pública oportunamente pese a tratarse de una cirugía de emergencia y frente a la urgencia del paciente por posible muerte" [66].

8.14.2.1.- Ahora bien, conforme lo señalado en el párrafo 8.13.2, para analizar este elemento se debe indagar en las normas que regulan y estructuran los servicios que están obligados a proveer las autoridades para demostrar concretamente su prestación irregular o defectuosa.

8.14.2.1.1.- En este proceso se ha logrado acreditar que el ciudadano legitimado activo que era afiliado a la Seguridad Social; y, que ingresó por emergencia al Hospital (del IESS) José Carrasco Arteaga del cantón Cuenca. Conforme los diagnósticos presuntivos y definitivos durante su estancia en la prenombrada casa de salud, se puede identificar que el paciente a las 21h54 del 11 de enero de 2017 requería "ser ingresado y tratado con antidema cerebral" [67]posteriormente a las 22h07 los profesionales de salud del hospital, determinan que el " paciente necesita unidad de terapia intensiva" [68], empero, detallan que la UCI del hospital se encuentra en contingencia. A las 23H10 solicitan "inmediato traslado a institución que cuente con terapia intensiva (la cual en esta casa de salud está inhabilitada)" [69]. Así mismo, durante todo este tiempo, se verifica que no se ejecutó el procedimiento de derivación para que el accionante pueda recibir oportunamente la atención médica que necesitaba (intervención quirúrgica).

8.14.2.1.2.- Con estas condiciones médicas del legitimado activo; y, los detalles en la prestación del servicio, este Tribunal determina que conforme los párrafos 8.3-8.11 de esta sentencia, agregando, las formulaciones normativas (vigentes al momento en que sucedieron los hechos) contenidas en los artículos 103 y disposición general tercera de la Ley de Seguridad Social; 7 letras a), f), i), j) artículo 7 y 186 de la Ley Orgánica de Salud; artículos 2 y 7 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, artículos 6, 7, 8 letra b), 10, 15, 16, 19, 23, y 85 letra f) de la Norma Técnica de relacionamiento para la prestación de servicios de salud entre instituciones de la red pública integral de salud y de la red privada complementaria, y su reconocimiento económico[70].

8.14.2.1.3.- Las normas citadas anteriormente regulan la prestación del servicio de salud, que se puede enunciar desde la proposición descriptiva de que, el prestador de servicio de salud, debía dar la atención de manera directa y oportuna al paciente, utilizando adecuadamente todos los medios técnicos, profesionales, y de otra naturaleza como administrativos (que debían estar habilitados y ser utilizables), para garantizar la prestación del servicio de salud de calidad y con calidez, para tal efecto, debían brindar al paciente la atención quirúrgica de urgencia que determinaron los profesionales de salud; y, en esa medida, el prestador estaba en la obligación mantener habilitado y con todos los medios necesarios la unidad de cuidados intensivos y los centros quirúrgicos necesarios que permita realizar la intervención quirúrgica[71] al legitimado activo; y, de no ser así (excepción) ejecutar de manera efectiva el procedimiento de derivación de manera inmediata[72], sin embargo, ninguna de estos dos deberes fue cumplido por parte del hospital durante la estancia del accionante el 11 de enero de 2017.

---

[64] Foja 396 del expediente jurisdiccional.
[65] Foja 388 del expediente.
[66] Ibidem.
[67] Foja 171 del expediente jurisdiccional.
[68] Foja 172 vuelta del expediente jurisdiccional.
[69] Foja 173 vuelta del expediente jurisdiccional.
[70] Publicado en el Registro Oficial Edición Especial No.835, 17 de Enero 2017, vigente al momento de los hechos.
[71] Veáse fojas 171-174 del expediente jurisdiccional. A foja 142 vuelta del expediente jurisdiccional, se cita: "Al tener este diagnóstico se requería resolución quirúrgica emergente, pero la Unidad de Cuidados Intensivos Adultos se encontraba en contingencia".
[72] Sin embargo, este procedimiento jamás se ejecutó conforme lo ha descrito la auditoría médica constante a fojas 142-144 del expediente.

8.14.2.1.4.- Ahora bien, es necesario precisar, que el incumplimiento simple de los deberes por parte del prestador del servicio no hace que el factor de atribución se configure, sino que, este Tribunal ha identificado en el proceso tres elementos indispensables para que se configure una defectuosa prestación del servicio, a saber: a) Dos deberes jurídicos por parte del prestador no han sido cumplidos conforme lo establece el sistema jurídico que se ha delimitado en esta sentencia; b) Esos deberes jurídicos eran efectivamente exigibles al prestador conforme tanto la situación del pacienteusuario, cuanto la regulación normativa existente; c) Estos deberes incumplidos, puedan (hipotéticamente[73]) configurarse como causal del daño, particular que será analizado en los siguientes elementos.

8.14.3.- Imputación jurídica el daño que se causó: el actor ha imputado jurídicamente la conducta a la deficiente prestación del servicio de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que se habría generado en el Hospital José Carrasco Arteaga. En esa medida, este Tribunal puede verificar conforme las constancias procesales: a) que el legitimado activo se encontraba afiliado al IESS; b) ingresó de emergencia a uno de los Hospitales del IESS; c) fue atendido por parte de servidores públicos del IESS; d) durante su estancia en el IESS, no se realizó la atención quirúrgica de emergencia que se determinó medicamente, así como tampoco, se ejecutó la derivación a otra prestadora de los servicios de salud.

8.14.3.1.- Ahora bien, conforme lo prescribe el artículo 225, 226 y 370 de la Constitución; artículo 16 de la Ley de Seguridad Social, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad es una entidad autónoma de derecho público, creada por la Constitución, en esa medida, jurídicamente es posible imputarle el daño, bajo la acción de responsabilidad objetiva del Estado.

8.14.4.- Por último, en relación al nexo causal, es condición necesaria verificar que el daño provenga específica e inmediatamente de la conducta que ha identificado el legitimado activo en la demanda; y, por otro lado, es pertinente también que no se haya acreditado por parte de los legitimados pasivos que estamos frente a los eximentes de responsabilidad, particularmente al estar ante actividades médicas[74].

8.14.4.1.- En este proceso, los legitimados pasivos no han alegado ni logrado acreditar que estamos frente a los eximentes de responsabilidad jurídicamente reconocidos. Ahora bien, es preciso señalar que lo específico e inmediato de la conducta, hace referencia particular a que [sobre lo específico] se encuentra claramente determinada y caracterizada, en tanto que lo inmediato, implica que no intervenga otra conducta o suceso que modifique el resultado dañoso[75].

8.14.4.2.- En este sentido, en un primer momento es necesario señalar que el factor de atribución acreditado es por la deficiente prestación de servicio de salud imputable al IESS en su Hospital José Carrasco Arteaga en relación al ciudadano legitimado activo, por los hechos ocurridos el día 11 de enero de 2017 desde su ingreso a las 18h44 hasta su salida efectiva en estado crítico aproximadamente a las 23h45 del mismo día; y, los efectos que conllevaron.

8.14.4.3.- Ahora bien, el legitimado activo, ha determinado que existen tanto daños materiales como inmateriales que imputa al IESS, en esa medida, para verificar si se cumple con este elemento, se realizan las siguientes consideraciones:

8.14.4.3.1.- La caída que habría sufrido el legitimado activo el 11 de enero de 2017 previo a su traslado e ingreso al Hospital José Carrasco Arteaga, no se puede imputar jurídicamente al IESS, por lo que, aplicando la teoría de prohibición de regreso, este hecho no ha sido afirmado ni determinado por parte del accionante como aquel que da nacimiento al deber de reparar.

8.14.4.3.2.- El legitimado activo en un primer momento ha determinado claramente en su demanda, que por la deficiente prestación del servicio de salud, no pudo ser intervenido oportunamente en el IESS o en otro centro de salud en ejecución del procedimiento de derivación; y, en esa medida, tuvo que ser trasladado a la Clínica (privada) Santa Ana en dónde se le practicó un tratamiento de craniectomía

[73] En el análisis de los siguientes elementos, este elemento debe estar debidamente acreditado conforme las constancias procesales.

[74] No se genera responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos

[75] Ecuador, Corte Nacional, "Sentencia de Casación emitido dentro del proceso No. 09801-2010-0468", de fecha 27 de marzo de 2024. Párrafo 8.9.2.4.

descomprensiva+drenaje de hematoma intracerebral temporal derecho + drenaje de hematoma subdural agudo hemisférico derecho[76]. El accionante detalla que todos los valores de este tratamiento fueron cubiertos directamente por su patrimonio a la Clínica Santa Ana, sin que hasta el momento haya recibido la devolución de los valores por parte del IESS.

8.14.4.3.2.1.- Sobre este punto, este Tribunal determina que se encuentra verificado que sí existe un nexo causal entre el daño (gastos médicos de esta intervención quirúrgica); y, la omisión de la administración pública, esto es, que, al no haber brindado el tratamiento quirúrgico ni tampoco ejecutado la derivación a otro prestador de servicios de salud, aquello generó que el accionante, de manera emergente y para salvar su vida acuda a una casa de salud privada, para recibir el tratamiento que requería, especialmente cuando se encontraba en estado crítico general; y, se le practicaría la intervención quirúrgica como una "cirugía de salvataje" [77] (de no hacerlo fallecería), particular que no debería haber ocurrido si la prestación del servicio hubiese sido la suficiente y debida conforme los estándares determinados en esta sentencia.

8.14.4.3.3.- Vinculado con el daño económico, al haber cubierto los gastos médicos por el tratamiento de una infección que habría sufrido posterior al tratamiento quirúrgico en la Clínica Santa Inés, este Tribunal realiza la siguiente precisión:

8.14.4.3.3.1.- Dentro del testimonio del Neurocirujano doctor Pablo Vizhñay rendido en la audiencia de juicio, se puede identificar que el día 11 de enero de 2017 el cirujano advierte a la esposa del paciente, que por sus condiciones médicas, "el riesgo de infección es muy alto y que la herida se necrose" [78]; y, posterior a varias preguntas, el profesional de la salud determina que "hay que considerar que tenía una herida no tratada expuesta por 4 a 6 horas, que aumenta la posibilidad de infección" [79].

8.14.4.3.3.2.- Este elemento probatorio es relevante, particularmente por el nivel de especialidad e información que ingresa al proceso el profesional médico especializado, esto debido a que, si lo debido era que el ciudadano accionante reciba atención directa en el IESS o por excepción que se ejecute la derivación, así mismo, todos los tratamientos que sobrevenían a la intervención necesaria (delimitada por los propios médicos del IESS), como por ejemplo una infección en la zona particular de la herida e intervención, lo jurídicamente procedente es, que el propio prestador de servicios de salud que debía garantizar el tratamiento quirúrgico cubra los gastos para el tratamiento y curación de aquella infección, que particularmente por parte del neurólogo antes citado, habría aumentado la posibilidad de infección al estar la herida expuesta por 4 a 6 horas.

8.14.4.3.3.3.- Lo detallado anteriormente tiene un sustento normativo claro, esto es, el Acuerdo No. 0137-2016 publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 835 de 17 de enero de 2017; y, artículo 103 de la Ley de Seguridad Social[80], en esa medida, sobre este daño, sí existe nexo causal.

8.14.4.3.4.- En relación con los gastos médicos que se han generado para la colocación de una prótesis, ya que "la mitad del cráneo derecho fue extraído[81]", este Tribunal puede identificar que sobre este daño, no se puede verificar el nexo causal, puesto que, no se encuentra vinculado de manera específica e inmediata con la conducta de la administración pública, a más de que, no existe prueba alguna que permita tener la certeza a este Tribunal de que, la colocación de la prótesis sea consecuencia de la deficiente prestación del servicio por parte del IESS, por lo que, sobre este daño, no se acredita el nexo causal. Así mismo, este Tribunal escuchando el testimonio del doctor Pablo Vizhñay en audiencia de juicio, puede identificar que al accionante y sus familiares, se les habría indicado que este tratamiento podría realizarse en el IESS, particular que es concordante con lo descrito en la demanda, al afirmar el accionante que la prótesis demoraba 6 meses para su implantación.[82]

---

[76] Foja 167 del expediente jurisdiccional.
[77] Testimonio del Neurocirujano, doctor Pablo Vizhñay en audiencia de Juicio.
[78] Audio audiencia de juicio.
[79] Ibídem.
[80] En todo caso, las prestaciones de salud serán suficientes y adecuadas para garantizar la debida y oportuna atención del sujeto de protección. Cuando el sujeto de protección sufriere complicación o complicaciones, la prestación de salud se extenderá a tales complicaciones.
[81] Foja 388 vuelta del expediente.
[82] Foja 389 del expediente jurisdiccional.

8.14.4.3.5.- Sobre el daño que le habría generado una discapacidad del 75% al accionante "a consecuencia clara de una deficiente prestación del servicio público por parte del Hospital José Carrasco Arteaga" [83]; y, que le imposibilitaría realizar actividades económicas y le anula como persona independiente, así como, le ha conllevado a realizar gastos de "cuidados intensivos y terapia" [84], este Tribunal no logra verificar un nexo causal, particularmente, al haberse receptado en la audiencia de juicio los testimonios de los especialistas Neurocirujanos doctor Nelson López; y, Pablo Vizhñay, que señalaron de manera clara y coherente (sin contradicción), que la mayoría de pacientes que sufren accidentes en donde es necesaria una craniectomía quedan con secuelas permanentes, entre otras las motoras, cognitivas y de memoria, en esa medida, no existe prueba para que la condición de discapacidad del accionante se le puede imputar al IESS.

8.14.4.3.6.- Por último, sobre los daños inmateriales que se han generado al accionante, al tener que "infelizmente atravesar una mala prestación del servicio de salud por parte del HJCA del IESS de Cuenca, también la afección psicológica fue terrible mientras iba tomando conciencia de mi estado de salud […], es decir, la angustia, ansiedad, la tristeza, la desesperanza [padecimiento]" [85], este Tribunal determina que existen medios probatorios suficientes principalmente la historia clínica del accionante, el testimonio rendido por el especialista Neurocirujano Nelson López del Hospital José Carrasco Arteaga, que acredita la manera en que se fue deteriorando el estado de salud del accionante, debiendo ser sometido constantemente a intervenciones para estabilizarlo, estando consciente y orientado en la mayor parte del tiempo, así como, la angustia que transitaron tanto el accionante cuanto su familia para poder ser trasladados a otra casa de salud, en donde le podrían realizar el tratamiento quirúrgico de emergencia que requería (esto último narrado también por el neurocirujano que practicó la intervención quirúrgica al actor, doctor Pablo Vizhñay en audiencia de juicio).

8.14.4.3.6.1.- En esa medida, sobre lo descrito anteriormente sí existe prueba suficiente que da la certeza del nexo causal entre el daño inmaterial y la conducta del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, su reparación será delimitada en los párrafos siguientes.

8.15.- Considerando lo anteriormente expuesto, sí se han configurado los elementos necesarios para que se declare la responsabilidad objetiva del Estado, por lo tanto, corresponde, responder la segunda pregunta formulada, esto es:

¿Cuáles son las medidas de reparación integral aplicables en este caso?

8.16.- En este punto, es necesario precisar que del principio de responsabilidad identificado en los artículos 11 numeral 9, 52 y 53 de la CRE, se puede identificar que se derivan un conjunto de funciones del Derecho de responsabilidad objetiva o extracontractual del Estado, siendo una de ella, una función reparativa que "se apoya en que la víctima, como resultado de la Responsabilidad [es reparada integralmente] pero que no puede reemplazar al daño sufrido" [86], en esa medida, debe existir una "coherencia de su aplicación que permita comprobar la relación entre [las medidas otorgadas] y el rol al que está destinada [a cumplir]" [87].

8.17.- En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 165-19-JP/21, mediante la cual, se determinó que la jurisdicción contenciosa administrativa, también es un mecanismo de tutela de derechos, particularmente al estar integrados por Jueces/as especializados, procesos regulados de manera técnica y específica, así como, las "reparaciones o consecuencias de las posibles afectaciones a los derechos están previamente determinadas en la ley" [88]

8.18.- Atento a ello, conforme lo ha determinado esta Sala en la Sentencia de Casación emitida dentro del proceso 09801-2010-0468 de fecha 27 de marzo de 2024, el principio de reparación integral irradia las actividades de un Estado de Justicia, en especial cuando se ha identificado el daño, en esa medida, la "reparación integral constituye un

[83] Foja 369 del expediente jurisdiccional.
[84] Foja 389 vuelta del expediente jurisdiccional.
[85] Foja 390 del expediente jurisdiccional.
[86] Vergara, Leandro, Sistema maestro de responsabilidad civil, Buenos Aires, La Ley, 2018, Cap. I, "Introducción". Página 5.
[87] Ibídem.
[88] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 165-19-JP/21", de fecha 21 de diciembre de 2021.

derecho constitucional y un principio orientador que complementa y perfecciona el ejercicio de los derechos" [89]. Es preciso reiterar que las reparaciones que se otorguen "deben tener un nexo causal con los hechos del caso, […] los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños, […] y no puede significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores" [90].

8.19.- Comprendiendo aquello, corresponde en este caso, emitir las siguientes medidas de reparación integral:

8.19.1.- Compensación indemnizatoria:

8.19.1.1.- Daño material: "que supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tenga un nexo causal con los hechos del caso […]" [91], de la siguiente manera:

8.19.1.1.1.- Al haberse justificado los gastos médicos en la Clínica Santa Ana para la práctica del tratamiento cirugía de craniectomía y recuperación de aquella, de los días 11 de enero de 2017 a 7 de febrero de 2017 en donde el ciudadano es dado de alta, se obtiene conforme las facturas que obran del expediente (fojas 137), la cantidad de **$ 25723,21 USD.** Esto considerando todos los valores que se encuentran en las facturas, que hacen referencia tanto a la cirugía propiamente dicha, ingreso, uso de quirófano, oxígeno, medicamento, instrumentos y otros.

8.19.1.1.2.- Verificado que ha sido por parte de este Tribunal, con todas las pruebas practicadas legalmente por las partes que constan en el expediente procesal, así como, lo determinado en audiencia de juicio por parte del neurocirujano doctor Pablo Vizhñay, y lo detallado en el párrafo 8.14.4.3.3, las facturas que obran del expediente (fojas 38-80; 82-83), que corresponden al tratamiento de la infección que se genera en la herida en la zona de la craniectomía, que incluyen los medicamentos, estancia en la clínica, atenciones, y otros, dan un valor de **$ 46728,07 USD.** Es necesario precisar que sobre este mecanismo de reparación los legitimados pasivos no han logrado alterar o desvanecer lo descrito y probado anteriormente, recordando que, al legitimado activo le corresponde probar el daño y nexo causal; y a la entidad pública la prueba de los eximentes de responsabilidad y la prueba de la diligencia exigible[92].

8.19.1.1.3.- Conforme el párrafo 8.14.4.3.4, no se ordena la devolución de los gastos facturados posterior al 31 de marzo de 2017.

8.19.1.2.- Daño inmaterial: "puede comprender tanto los sufrimientos y aflicciones causadas por [el hecho dañoso] como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas […]" [93] recordando que no es posible determinar en el "daño inmaterial un equivalente monetario preciso, solo puede ser objeto de compensación […], mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razona ble del arbitrio judicial y en términos de equidad" [94]. Esta Sala Especializada en la Sentencia No. 09801-2010-0468 estableció algunos elementos comunes con el objetivo de cuantificar la indemnización dentro de este tipo de daño, así se considerará: a) La gravedad del daño; b) El contexto y consecuencias para la víctima; y, c) Circunstancias del caso.

8.19.1.2.1.- Dentro de este proceso se han verificado lo siguiente:

8.19.1.2.1.1.- Daño físico: esta ha señalado en la Sentencia de Casación emitida dentro del proceso 09801-2010-0468 de fecha 27 de marzo de 2024, que se considera al daño físico como daño inmaterial, puesto que así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias emitidas dentro de los Casos: López Soto y otros Vs. Venezuela: párrafo 294; Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú: párrafo 306;

[89] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 832-20-JP/21", emitido en fecha 21 de diciembre de 2021. Párrafo 186.
[90] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Meza Vs Ecuador", emitida el 13 de junio de 2023. Párrafos 70-77.
[91] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Meza Vs Ecuador", emitida el 13 de junio de 2023. Párrafo 77.
[92] Este tribunal precisa que, conforme tanto los informes de auditoría, historia clínica; y, determinado por el neurocirujano doctor Vizhñay, en caso de no intervenirse al actor en el momento en que se lo realizó, se potencializaba el riesgo de muerte; y, en caso de bajar los signos de Glasgow a 3 o 4/ 10, de los 6/10 que se encontraba, no se podría practicar la craniectomía.
[93] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Sentencia Caso Cortez Espinoza Vs Ecuador", emitida el 18 de octubre de 2022. Párrafo 181.
[94] Ibídem.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú: párrafo: 449; Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador: párrafo 183, en donde también se ha ordenado la reparación de aquel daño.

8.19.1.2.1.1.1- En esa medida, se entenderá como daño físico a la modificación del estado normal del cuerpo humano, esto es a un detrimento corporal que por supuesto tendrá efectos en otras esferas de la vida, ante ello, para el caso sub judice, tenemos que existe directamente un daño físico, por las siguientes razones: a) tenemos que el ciudadano legitimado activo está en el Hospital José Carrasco Arteaga desde las 18h25 del 11 de enero de 2017[95] hasta aproximadamente las 23h45 del mismo día, teniendo padecimientos mientras se encontraba consciente y orientado, siendo sometido en su cuerpo a múltiples actividades médicas[96] pero sin recibir el tratamiento emergente requerido tiempo dentro del cual la herida permaneció expuesta; b) la circunstancias en las que se provoca aquello es en el Hospital José Carrasco Arteaga, que pese a que no existen las condiciones suficientes y necesarias para realizar el tratamiento, no se ejecuta la derivación; y, c) la víctima que soporta el daño tiene 50 años, se encontraba en situación de emergencia, con un diagnóstico claro y sufriendo diferentes descompensaciones (historia clínica), para finalmente ingresar en estado crítico de salud.

8.19.1.2.1.1.2. En esa medida, aplicando el principio de equidad y con la prudencia necesaria, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias previamente citadas), se fija una cantidad de compensación por el daño físico en **$ 5.000 USD.**

8.19.1.2.1.2.- Daño moral y psicológico: en forma general hacen referencia a las humillaciones, sufrimientos, o padecimientos a causa del daño y su continuidad en la víctima, especialmente cuando es un adulto mayor. Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha determinado que "el acaecimiento de un perjuicio inmaterial es propio de las violaciones" [97] de los derechos, que en este caso por supuesto es el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal que se ha comprobado.

8.19.1.2.1.2.1.- En este caso sí se ha verificado que se ha provocado al accionante daño moral y psicológico, pues durante su estancia en el hospital, aquel por su propia calidad de ser humano, con dignidad, usuario, afiliado y paciente, merecía ser tratado conforme los estándares determinados en esta decisión, sin embargo aquello no ocurrió, manteniendo al paciente sin el tratamiento quirúrgico por más de cuatro horas y con la herida del cráneo expuesta, en donde, padeció diferentes sufrimientos, que conforme se acreditó, mereció que por propia cuenta sea trasladado a un prestador de servicios privado que sí realizó el tratamiento quirúrgico, salvándole la vida.

8.19.1.2.1.2.2.- Además, la compleja situación médica que va presentando el legitimado activo durante su estancia en el hospital (ver historia clínica), incluso debiendo adquirir por su cuenta medicamentos, para ser estabilizado aproximadamente a las 21h54, posteriormente a las 22h07, tiene deterioro del estado de conciencia, y se desorienta, para por último a las 23h10, encontrarse en estado crítico (también declarado en audiencia de juicio por el Neurocirujano del Hospital doctor Nelson López).

8.19.1.2.1.2.3.- Para este Tribunal estas conductas del prestador no son las debidas conforme los estándares delimitados, puesto que, disminuyen la dignidad y la calidad de los servicios de salud que tiene el ciudadano paciente, alterando por supuesto, su estabilidad y confianza en la prestación de servicios públicos de salud, por lo que, este Tribunal estima proporcional, equitativo y justo, se otorgue a favor del accionante una indemnización de **$ 5.000 USD.**

8.19.1.3.- Dando un total por la medida de reparación compensatoria-indemnizatoria de: **$ 82451,28 USD.** Estos valores económicos se deberán cancelar dentro de (3) tres meses de ejecutoriada esta decisión.

8.19.2.- Medidas de satisfacción:

8.19.2.1.- Disculpas públicas: conforme la pretensión del legitimado activo; y, al haberse acreditado la deficiente prestación del servicio público de salud por parte del IESS, en relación con el legitimado activo, que conllevó un conjunto de conductas establecidas en esta sentencia, se ordena que, posterior a (15) quince días término de

[95] Foja 420 del expediente jurisdiccional.
[96] Ver foja 170 a 173
[97] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Sentencia en Caso Meza Vs Ecuador", emitida en fecha 14 de junio de 2023, párrafo 78

ejecutoriada esta decisión, el IESS publique en su página web institucional, página principal, en sus redes sociales oficiales, en un lugar visible y accesible que se mantendrá por el tiempo de (6) seis meses, así como, en un diario de amplia circulación en el cantón Cuenca, lo siguiente:

> *El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en cumplimiento a la Sentencia emitida por parte de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso número* ***01803-2019-00183,*** *presenta y extiende de buena fe, las disculpas públicas al ciudadano/ paciente* ***Luis Humberto Becerra Loja y a su familia****, por haber prestado de manera deficiente los servicios de salud en el Hospital José Carrasco Arteaga al no poder realizar de manera directa el tratamiento quirurgico que necesitaba de manera emergente; y, por no ejecutar la derivación de emergencia que ameritaba el caso, obligándole al paciente a recurrir a prestadores privados para que realicen un tratamiento quirurgico adecuado para garantizar su vida.*
>
> *El IESS, determina que tiene un conjunto de responsabilidades, deberes y obligaciones para con la ciudadanía y afiliados/as en relación a la prestación del servicio y derecho a la salud, particularmente que aquella sea prestada bajo los principios de calidad, calidez, accesibilidad, disponibilidad, eficiencia, eficacia; y, particularmente oportunidad. En esa medida, el IESS se compromete a realizar todas las actividades para obtener los medios, instrumentos, herramientas y personal necesarios para garantizar que la prestación del servicio de salud, cumpla con estandares internacionales y nacionales.*

8.20. En cuanto a las demás medidas de reparación integral solicitadas por el accionante, se determina que aquellas no son procedentes al no acreditarse o justificarse su necesidad de ordenarlos, así como, el cumplimiento de las condiciones jurídicas. Dejando a salvo el derecho del accionante de solicitar al IESS de forma regular la jubilación que corresponda atento al sistema jurídico.

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.- Rechazar el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado; y, aceptar el recurso planteado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en esa medida, casar la sentencia emitida el 19 de marzo de 2021 a las 15h52, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Cuenca, dentro de la causa No. 01803-2019-00183.

9.3.- Como sentencia de mérito, se acepta parcialmente la demanda propuesta por el legitimado activo, por lo que, se ordena al IESS, el cumplimiento de los mecanismos de reparación integral descritos en el párrafo 8.19 de esta sentencia. Se rechazan las demás pretensiones.

9.4. Se rechazan las excepciones de fondo propuestas.

9.5.- Una vez ejecutoriada esta decisión, se deberá remitir el expediente correspondiente al juzgado de origen.

9.6.- Notifíquese y cúmplase

f) DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL** DRA. HIPATIA SUSANA ORTÍZ VARGAS **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

La Corte Nacional de Justicia, acepta el recurso extraordinario de casación por el caso segundo del artículo 268 del COGEP; y, como decisión de mérito, declaró parcialmente con lugar la demanda, declarando la Responsabilidad Objetiva del Estado; y, emitiendo medidas de reparación integral, tanto compensatorias, y satisfactivas.

En este caso, se desarrollaron conceptos vinculados con la deficiente prestación del servicio público de salud, los elementos para que se configure la responsabilidad objetiva del Estado, la importancia de la historia clínica y otros.

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I

Juicio Nro. *17510-2021-00499*
Fecha: *martes 2 de julio del 2024, las 16h00*
Jueza Ponente: *Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez*

TEMA

Aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del Código Tributario, vinculado a la falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP.

SÍNTESIS

La inadmisión de la demanda de excepciones a la coactiva constituye error procesal cuando se aplican indebidamente los arts. 214 y 215 del Código Tributario, omitiendo el art. 315 del COGEP, que regula de forma especial y prevalente el procedimiento contencioso tributario. Se configuró el caso 1 del art. 268 del COGEP, al verificarse la aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del Código Tributario y la falta de aplicación del art. 315 del COGEP, pues, al encontrarse vigente este último como norma procesal especial y posterior, el Tribunal de instancia no podía inadmitir la demanda de excepciones a la coactiva por no haberse presentado ante el funcionario ejecutor. En consecuencia, La Sala casó el auto interlocutorio y se dispuso retrotraer el proceso para que se tramite la demanda conforme al procedimiento previsto en el COGEP.

RECURSO DE CASACIÓN

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. 17510-2021-00499.

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, mediante auto de 19 de enero del 2022 señala que el accionante compañía PBP REPRESENTACIONES CIA. LTDA., ha propuesto las excepciones a la coactiva, directamente ante Tribunal; visto lo cual, en observancia de las disposiciones contenidas en los arts. 214 y 215 del Código Tributario, relacionados con la presentación de las mismas ante el funcionario ejecutor, quien de ser el caso debía verificar la temporalidad de la presentación de las excepciones a la coactiva propuestas, no verificándose cumplido lo referido, en observancia de lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución de la República, principalmente su numeral 1, y en aplicación del inciso final del art. 147 del Código Tributario, la demanda resulta manifiestamente inadmisible, por lo que se la inadmite y se dispone su archivo.

1.2 La compañía PBP REPRESENTACIONES CIA. LTDA, interpone recurso de casación contra del auto interlocutorio de 19 de enero del 2022, a las 15h13, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2021-00499, argumentando el caso 1 del art. 268 del "COGEP".

1.3 Mediante auto de 29 de agosto de 2023, a las 13h19, dictado por la doctora Monica Alexandra Heredia Proaño, Conjueza Nacional de la Corte Nacional de Justicia, se admitió el recurso de casación interpuesto por la compañía actora, por el caso primero del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP"; por los cargos aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del Código Tributario, vinculado a la falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP; falta de aplicación de los arts. 3.1 y 3.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y del 308 del COGEP.

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 17510-2021-00499, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 19 de octubre de 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 2 de julio de 2024 a las 11h00.

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 1 del art. 268 del COGEP. Que el Tribunal fundamentó la emisión del Auto Recurrido en los arts. 214 y 215 del Código Tributario, vigente al momento de presentación de la demanda, sin embargo, la consideración de estas disposiciones normativas es indebida toda vez que no son aplicables para regular el caso concreto, en virtud de la existencia de normas procesales que regulan la materia, en razón de su competencia, jerarquía, especialidad y temporalidad. Que los arts. 214 y 215 fueron aplicados indebidamente, toda vez que el COGEP es el cuerpo normativo que contiene las normas procedimentales para llevar a cabo la presentación de una demanda de esta índole. Que los artículos del Código Tributario fueron introducidos al ordenamiento jurídico ecuatoriano mediante la publicación del cuerpo normativo, el 14 de junio de 2005; en ese entonces, la presentación de la demanda de excepciones a la coactiva se encontraba regulada exclusivamente por el CT, así como todos los procedimientos a seguir en materia tributaria. Que el 22 de mayo de 2015, con la promulgación del COGEP, el Código Tributario, fue reformado, de forma específica, en el ámbito procedimental. Que el nuevo cuerpo normativo que norma de forma específica procesos judiciales procedió a regular de forma especial los procedimientos contencioso tributarios. Que las normas procedimentales a ser aplicadas para la sustanciación de un proceso de excepciones a la coactiva son los arts. 315 y 291 del COGEP. Que conforme lo dispuesto por el legislador, el proceso de excepciones a la coactiva será tramitado en vía judicial según lo prescrito para los procesos de conocimiento de tipo ordinario; el mismo Código prevé que la procedencia para la tramitación de este tipo de procesos judiciales corresponde a aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación, derogando el procedimiento especial de impugnación en ámbito tributario antes previsto en el Código Tributario. Que por lo tanto, el Tribunal está facultado y es competente para conocer la demanda de excepciones a la coactiva propuesta por la compañía. Que existe falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP: Que el Tribunal, en el auto recurrido omitió la aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP, vigentes al momento de presentación de la demanda, a pesar de ser normas procesales que regulan la materia, en virtud de su competencia, especialidad y temporalidad. Que la vulneración al ordenamiento se encuentra ligada a la aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del CT. Que el COGEP, prevé la existencia de las siguientes fases en el procedimiento ordinario: (i) presentación de la demanda; (ii) calificación de la demanda; y, (iii) notificación al funcionario ejecutor con el contenido de la demanda; lo que implica que el conocimiento por parte del funcionario ejecutor se lleva a cabo luego de la presentación

y calificación de la demanda, mas no antes, según pretende el Tribunal de instancia. Que el Tribunal erróneamente considera que esta norma no es aplicable, con base en los arts. 214 y 215 del Código Tributario, tras considerar que estas son las normas que regulan el procedimiento contencioso tributario en materia de excepciones a la coactiva. Que la falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP, genera un vicio de procedimiento evidente que dejó en indefensión a la compañía. Que a partir de su publicación en el año 2015 y conforme la Disposición Derogatoria Quinta y Disposición Final Primera del COGEP, se dispuso: (i) la derogación de las normas del Código Tributario en cuanto a procedimiento contencioso tributario se refiere; y, (ii) la aplicación estrictamente de forma supletoria del Código Tributario, en la materia procedimental. Que la aplicación de las disposiciones contenidas en Código Tributario respecto del procedimiento a seguir para la proposición de demandas de excepciones a la coactiva, no es procedente. Sobre la falta de aplicación del art. 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que de manera subsidiaria, e inclusive si la Sala considera que existe un problema de antinomias entre el COGEP y el Código Tributario, las reglas del ordenamiento jurídico obligan a los juzgadores a aplicar el COGEP, sobre el CT, para la sustanciación de procedimientos judiciales. Que la antinomia generada entre la aplicación de las normas del COGEP o del CT, debe ser resuelta mediante la aplicación de la norma competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior de conformidad al art. 3.1 LOGJCC. Que En el presente caso: "(i) la norma competente es el COGEP por ser el cuerpo normativo que regula asuntos procedimentales del derecho en general; (ii) la norma especial es el COGEP, ya que contiene las disposiciones que regulan el procedimiento contencioso tributario -en materia de excepciones a la coactiva-; y, (iii) la norma posterior es el COGEP por haber sido promulgado y entrado en vigor en 2015, años después de la entrada en vigor del Código Tributario en 2005". Que es claro que la aplicación del COGEP sobre el CT en el caso específico correspondería a la correcta aplicación de las normas del ordenamiento jurídico vigente a la fecha de presentación de la demanda. En lo referente a la falta de aplicación del art. 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina que en el supuesto no consentido de que se considere que la aplicación de las reglas para la solución de antinomias, no constituyen una herramienta suficiente para comprobar la errónea actuación del Tribunal, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé otros métodos para identificar la norma aplicable en el caso concreto, como es la aplicación del principio de proporcionalidad. Que la consideración del Tribunal acerca de la presentación de la demanda ante el funcionario ejecutor, como elemento sustancial para la emisión del auto de calificación a la demanda, no es compatible con el principio de proporcionalidad a ser aplicado por los juzgadores. Respecto a la falta de aplicación del art. 308 del COGEP, señala que esta norma especial establecida en el COGEP, en el capítulo que regula el procedimiento contencioso tributario debía ser aplicada por el Tribunal y simplemente, al verificar que la compañía presentó un escrito de aclaración, debía calificar la demanda. Que la norma no establece ningún requisito adicional que el presentar el escrito de aclaración o completación de la demanda, hecho que fue cumplido por la Compañía. Que adicionalmente, la norma prohíbe al Tribunal archivar la demanda, cuando el accionante presente el escrito de compleción. Que los vicios señalados han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva; a la defensa y a la seguridad jurídica. Que si el Tribunal aplicaba las normas previstas para el caso concreto; el efecto jurídico hubiera sido totalmente diferente, ya que no se hubiera archivado la demanda y al contrario se hubiera calificado la misma, ordenando la citación de los demandados. Que el Tribunal ha impedido que la compañía acceda a la administración de justicia al interrumpir la sustanciación de la causa; de forma previa a la discusión del fondo de la controversia, por formalidades que no coinciden con las disposiciones normativas vigentes. Que al momento en que el Tribunal decide no admitir la demanda presentada bajo el argumento ilegal de que la compañía debe primero presentar la demanda ante el funcionario ejecutor, omitiendo así lo dispuesto en el COGEP, es un claro ejemplo de vulneración al derecho a la defensa de la compañía que no podría continuar actuando en un proceso judicial iniciado para resolver un conflicto causado por el abuso de Autoridad Tributaria demandada. Que la seguridad jurídica implica la aplicación de normas jurídicas previas que permitan confiabilidad en el ordenamiento jurídico, exigencia en su cumplimiento y no contradicción; así como una interpretación evolutiva, sistemática y

teleológica del ordenamiento jurídico. Que por lo expuesto solicita que se case el auto recurrido.

4.2. Que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Manta, en su contestación al recurso de casación planteado señala que el casacionista intenta que se interprete la norma a su conveniencia es decir, la seguridad jurídica establecida en el art. 82 de nuestra carta magna, es netamente clara, por ende no se puede estar por encima de las existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Que en el presente caso, partiendo de lo dispuesto en el art. 82 de la Constitución, el Código Tributario establece el procedimiento a seguir en cuanto a las excepciones, se indica que hay un tiempo para que éstas sean presentadas, lo cual causaría la suspensión del procedimiento de ejecución, de lo observado y explicado de manera fundamentada por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, aplicando de manera correcta lo establecido en el art. 82 de la Constitución de la República, entendiendo la seguridad jurídica como el principio que se cobija bajo otros principios constitucionales y procesales como el principio de la preclusión o eventualidad, atento a lo establecido en el art. 172 de la Constitución de la República que señala "Las Juezas y Jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución; y Art. 82 que dispone respecto de la seguridad jurídica, que se fundamenta en el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, ya los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la ley, de conformidad con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, sobre la base de los derechos al debido proceso". Que basados bajo estos parámetros constitucionales inadmiten la demanda presentada por la compañía. Que en virtud de lo señalado no hay aplicación indebida de normas legales, puesto que, si bien para el cumplimiento del procedimiento en cuestión, se aplicaron los arts. 214 y 215 del Código Tributario, de lo que se esgrime asegurar los requisitos legales para su procedencia y otorgar seguridad jurídica al proceso para que sea válido, por lo que un proceso podría culminar en improcedente, tal es así que al haber comparecido la compañía ante el Tribunal proponiendo excepciones sin haber evacuado previamente las exigencias establecidas en los artículos antes mencionados, estaría incumpliendo de manera taxativa lo que disponen las normas legales. Que se argumenta falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP, es de indicar que el art. 142 del COGEP en el numeral 13 ordena que la presentación de las correspondientes demandas deberán cumplir con los requisitos establecidos en la ley de la materia, para el presente caso se inobservó norma expresa del Código Tributario, no habiendo ninguna contradicción entre una norma y otra. Que no hemos sido citados en legal y debida forma con la demanda de excepciones a la coactiva, es decir, no somos parte procesal en esta Litis, por ende pese a ello, si dejan sentada nuestra preocupación en torno a la admisión a trámite que se le ha dado al recurso. Que por lo expuesto solicita no casar el auto de inadmisión.

5. Problema jurídico

Determinar si el auto de inadmisión, objeto del recurso de casación, incurre en aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del Código Tributario, vinculado a la falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP; falta de aplicación de los arts. 3 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y del 308 del COGEP, al amparo del caso 1 del art. 268 *ibídem.*

6. Análisis del tribunal de casación

6.1. Según el auto de admisión el recurso de casación interpuesto se fundamenta en el caso 1 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: *"**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. (…)".*

6.1.1. El caso 1, se refiere a la violación de normas procesales o también llamados errores in procedendo, los mismos que pueden viciar el proceso, sea por nulidad insanable o por haber provocado la indefensión. Esta violación puede estar dada, como se ha alegado, por la falta de aplicación de normas de derecho, que consiste en la falta que incurre el Juez al no aplicar la disposición legal pertinente.

6.1.2. Sobre la aplicación indebida, el autor Luis Armando Tolosa, señala que este vicio *"…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 se 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 Respecto a la falta de aplicación alegada por el recurrente, este vicio consiste en: *"…el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica…".* (Murcia Ballén, Humberto,. 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez C. Ltda., pág. 327);

6.2 El recurrente manifiesta que se han violentado las siguientes normas:

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

"Art. 315.- Procedimiento de excepciones a la coactiva. El procedimiento ordinario será aplicable a todos los procesos de conocimiento en los que se propongan excepciones a la coactiva. Para el caso de excepciones a la coactiva, la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario, citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución y convocará en dicha calificación a audiencia conforme con las reglas generales de este Código"

"Art. 291.- Calificación de la demanda y contestación. Presentada y admitida la demanda, la o el juzgador ordenará se cite al o a los demandados en la forma prevista en este Código. La o el demandado tendrá treinta días para presentar su contestación a la demanda. Este término se contará desde que se practicó la última citación, cuando las o los demandados son varios. Si al contestarla, se reconviene al actor, la o el juzgador en los tres días siguientes notificará y concederá a la o al actor el término de treinta días para contestarla. Previamente a sustanciar el proceso, la o el juzgador calificará la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención, la contestación a la reconvención y procederá conforme lo previsto en las disposiciones generales para los procesos".

"Art. 308.- Requisitos de la demanda. Cuando se trate de procesos contencioso tributarios y contencioso administrativos,...En ningún caso se archivará la demanda una vez que el legitimado activo haya presentado el escrito con la aclaración y completado el respectivo libelo".

CÓDIGO TRIBUTARIO

"Art. 214.- Oportunidad.- Las excepciones se presentarán ante el ejecutor, dentro de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación del auto de pago y su presentación suspenderá el procedimiento de ejecución, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 285 de este Código; si se presentaren extemporáneamente, el ejecutor las desechará de plano. El trámite se sujetará a lo que se dispone en los artículos 279 y siguientes de este Código".

"Art. 215.- Presentación ante otra autoridad.- Si el ejecutor se negare a recibir el escrito de excepciones, podrá ser presentado a éste por intermedio de cualquier autoridad administrativa o judicial, la que dispondrá que dentro de veinte y cuatro horas se notifique y entregue al funcionario ejecutor el mencionado escrito, con la fe de presentación respectiva. En el mismo supuesto, podrá presentarse directamente el escrito ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal. El Presidente de este organismo dispondrá que, por Secretaría General se notifique la presentación de excepciones, mediante oficio, al funcionario ejecutor, ordenándole proceda conforme a lo dispuesto en el artículo anterior; o en el artículo 279, en su caso".

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

"Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

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

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el

principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional".

6.3 Es pertinente iniciar el análisis, detallando lo establecido por el Tribunal de instancia, en el auto impugnado:

"(…) **PRIMERO.- 1.1** Compareció directamente ante este Tribunal, el Sr. Carlos Alfonso Salazar Toscano, en calidad de representante legal de la compañía PBP REPRESENTACIONES CIA. LTDA., condición que se desprende de las copias certificadas de fojas 56-57, quien dedujo excepciones a la coactiva, contra el auto de pago emitido dentro del procedimiento de ejecución No. GADMANTA-PEC-2021-001090, emitido por el funcionario recaudador del GADM del Cantón Manta. **1.2.** El Código Tributario, a la fecha de interposición de la demanda en este tribunal, disponía: "Art. 214.- Oportunidad.- Las excepciones se presentarán ante el ejecutor, dentro de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación del auto de pago y su presentación suspenderá el procedimiento de ejecución,…" Por su parte el artículo 215 ibidem señalaba: Art. 215.- Presentación ante otra autoridad.- …" **1.3.** La parte compareciente, pese a que en auto de 8 de diciembre de 2021 fue expresamente requerida, no justificó por ningún medio la presentación de la demanda de excepciones, ante una autoridad judicial, cuando debió hacerlo ante el funcionario ejecutor, conforme claramente lo disponen los artículos 214 y 215 del Código Tributario, vigentes y específicos en función de esta materia. **1.4.** Sin perjuicio de lo manifestado en el presente auto, el compareciente en el escrito que se provee, reconoce como requisito –según él, no aplicable a esta causa-, la presentación ante el propio funcionario ejecutor, de la demanda de excepciones. Al respecto es de señalar que el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, en el numeral 13, ordena que la presentación de las correspondientes demandas deberán cumplir con los requisitos establecidos en la ley de la materia -léase Código Tributario en el presente caso-, por lo que, la antinomia alegada por la parte procesal, es inexistente. **SEGUNDO.- 2.1** En base a lo expuesto, sin existir duda alguna, el accionante ha propuesto las excepciones a la coactiva, directamente ante este Tribunal; visto lo cual, en observancia de las disposiciones contenidas en los artículos 214 y 215 del Código Tributario, relacionados con la presentación de las mismas ante el funcionario ejecutor, quien de ser el caso debía verificar la temporalidad de la presentación de las excepciones a la coactiva propuestas, no verificándose cumplido lo referido, en observancia de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República, principalmente su numeral 1, y en aplicación del inciso final del Art. 147 del Código Tributario, la demanda resulta manifiestamente inadmisible, por lo que se la inadmite y se dispone su archivo.- **2.2** Se dispone al actuario, devuelva los documentos adjuntados a la demanda, sin requerirse la obtención de copias. **2.3** Mediante oficio hágase conocer el contenido del presente auto al funcionario recaudador del GADM del Cantón Manta, para los fines que fueren pertinentes. (…)". (el subrayado es de esta Sala de Casación).

6.4 Respecto al vicio de aplicación indebida de los arts. 214 y 215 del Código Tributario, vinculado a la falta de aplicación de los arts. 315 y 291 del COGEP; hay que señalar lo siguiente: El art. 214 del Código Tributario prevé la oportunidad para presentar las excepciones a la coactiva, ante el funcionario ejecutor dentro de los veinte días contados desde el día hábil siguiente al de la notificación del auto de pago; a su vez, el artículo 215 del mismo cuerpo legal, prevé que si el ejecutor se negare a recibir el escrito de excepciones, podrá ser presentado a éste por intermedio de cualquier autoridad administrativa o judicial.

El Tribunal A quo con fundamento en los artículos antes detallados establece que *"el accionante ha propuesto las excepciones a la coactiva, directamente ante este Tribunal; visto lo cual, afirma la inobservancia de las disposiciones contenidas en los artículos 214 y 215 del Código Tributario, relacionados con la presentación de las mismas ante el funcionario ejecutor, quien de ser el caso debía verificar la temporalidad de la presentación de las excepciones a la coactiva propuestas, por lo que,. no verificándose cumplido lo referido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.1 de la Constitución de la República, principalmente, y en aplicación del inciso final del Art. 147 del Código Tributario, la demanda resulta manifiestamente inadmisible, por lo que se la inadmite y se dispone su archivo".*

El artículo 315 del COGEP, dispone: *"El procedimiento ordinario será aplicable a todos los procesos de conocimiento en los que se propongan excepciones a la coactiva. Para el caso de excepciones a la coactiva, la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario,*

citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución y convocará en dicha calificación a audiencia conforme con las reglas generales de este Código"; de lo que se colige que la demanda de excepciones se presenta ante la o el juzgador, con lo que hace evidente también el enfoque distinto entre lo previsto en las normas de los artículo 214 y 215 del Código Tributario y el artículo 315 del COGEP; enfoque que no necesariamente es opuesto (vigente), sino que es un procedimiento distinto a aquel observado en dicha norma, por lo que es necesario dilucidar si lo que debía aplicar el Tribunal de instancia es el COGEP o el CÓDIGO TRIBUTARIO.

6.5 El Código Orgánico General de Procesos COGEP, publicado en el suplemento al Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, tiene como propósito regular la actividad procesal en todas las materias, con excepción de las materias constitucional, electoral y penal, conforme así lo prevé el artículo 1.

En materia procesal, incluye de manera expresa al contencioso tributario que se regula a partir del art. 299 y con normas específicas a partir del art. 318 del mismo cuerpo legal. Así también, la Primera Disposición Final del COGEP, prevé que para todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se atenderá de forma supletoria a las disposiciones vigentes en otros cuerpos legales, entre otros, el "Código Tributario"; evidenciándose que las normas del Código Tributario son de naturaleza supletoria, precisamente a partir de la plena vigencia del cuerpo legal procesal, el COGEP.

6.6 En la especie, la demanda fue presentada el 9 de noviembre de 2021 (no controvertido), en plena vigencia las normas procesales del COGEP, consecuentemente estas debieron ser aplicadas por los juzgadores, por encontrarse en el cuerpo legal especial que regula la actividad procesal en todas las materias, no pudiendo ser omitidas o suplantadas por normas contenidas en un cuerpo legal supletorio.

El Tribunal A quo, al inadmitir la demanda mediante auto interlocutorio, por haber incumplido el accionante con presentar las excepciones al funcionario ejecutor, está realizando una indebida aplicación de los arts. 214 y 215 del Código Tributario, que por su naturaleza supletoria en materia procesal a partir de la vigencia del COGEP, solo cabía aplicar en caso de vacío de norma procesal; y este error de derecho conduce indefectiblemente a que que se produzca la falta de aplicación del art. 315 del COGEP, que establece el procedimiento a seguir por parte del Tribunal cuando se presentan excepciones a la coactiva.

Finalmente, es necesario aclarar que las normas del Código Tributario no contemplan un único procedimiento vigente para la presentación de excepciones a la coactiva, como aparentemente plasman los juzgadores de instancia en el auto recurrido, pues existen tanto el procedimiento contemplado en el Código Tributario, como aquel, contemplado en el COGEP.

6.7 Al haber incurrido en este error, que impidió iniciar el proceso judicial, se ha incurrido en una flagrante vulneración de la garantía constitucional de acceso a la justicia, expresamente prevista en el art. 75 de la Constitución de la República, y que, toda autoridad administrativa o judicial está en la obligación de aplicar de manera directa, conforme la exigencia prevista en el art. 426 ibídem. También se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa del proponente, al cerrar cualquier posibilidad de que su proposición sea analizada y discutida en sede judicial, existiendo normas expresas que prevalecen sobre aquellas que son supletorias, que regulan justamente, cómo debía procederse, situación jurídica que no fue contemplada en instancia.

6.8 Entonces, al haberse configurado los vicios de aplicación indebida de los art. 214 y 215 del Código Tributario y, la consecuente falta de aplicación del art. 315 del COGEP, en los términos expuestos, resulta innecesario proceder a analizar los demás cargos planteados por el recurrente, pues estos se encontraban construidos con el mismo objetivo.

6.9 Como consecuencia de la ocurrencia del yerro y vicios analizados, se declara la nulidad del auto interlocutorio de archivo, por inobservancia del debido proceso, consecuentemente el proceso se retrotrae al momento anterior a su emisión, etapa desde la cual deberá continuarse con el análisis jurídico respectivo que concluya con la emisión del fallo que corresponda.

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 el auto interlocutorio de inadmisión impugnado, emitido por el Tribunal de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha,

el 19 de enero del 2022, a las 15h13, dentro del juicio No. 17510-2021-00499; y, disponer que se devuelva el proceso para que el mismo Tribunal de instancia, proceda a dar trámite a la demanda de excepciones a la coactiva planteada, como corresponde de conformidad con las normas del COGEP.

7.3. La parte recurrente no ha rendido la caución dispuesta en el art. 271 del COGEP.

7.4. 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.

7.5. Sin costas.

7.6 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Resumen de fácil comprensión

El análisis en casación encuentra que se configura el caso 1 del art. 268 del COGEP, por lo que se casa el auto interlocutorio impugnado y se devuelve el proceso al Tribunal, para que proceda a dar trámite a la demanda de excepciones a la coactiva planteada.

II
Juicio Nro. 17510-2020-00067
Fecha: lunes 23 de septiembre del 2024, las 14h27.
Juez Ponente: Dr. Diego Gordillo Cevallos

TEMA

Falta de motivación e incongruencia en la determinación de glosas tributarias.

SÍNTESIS

Existe falta de motivación cuando la autoridad aplica normas impertinentes al objeto de la litis o incurre en contradicción interna al resolver glosas tributarias, lo que vulnera la garantía de motivación y habilita la casación sin revalorizar prueba. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, al analizar el recurso de casación, verificó que el fallo de instancia incurrió en deficiencia motivacional, al aplicar normas que no guardaban relación con el objeto de la controversia y al incurir en contradicciones internas respecto de determinadas glosas tributarias. En particular, se constató falta de motivación e incongruencia en relación con las glosas impugnadas, lo que configuró los vicios previstos en las causales segunda, tercera y quinta del artículo 268 del COGEP. En consecuencia, la Sala resolvió casar parcialmente la sentencia, dejando sin efecto las glosas afectadas, sin que ello implique revaloración probatoria ni adhesión a las apreciaciones del tribunal de instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS: El doctor Mario Prado y el abogado Jaime Pazmiño en calidad de procuradores judiciales de la compañía SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, interponen recurso de casación en contra del fallo dictado el 29 de abril de 2022, a las 11h23, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en el juicio de impugnación No. 17510-2020-00067.

1.- Competencia.- 1.1.- La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las distintas causas que se sustancian en todo el territorio ecuatoriano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador (léase también CRE); artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial (léase también COFJ) y artículo 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos (léase también COGEP). **1.2.-** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 022021, conformó sus seis Salas Especializadas según lo faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183. **1.3.-** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en la segunda parte del artículo 185 numeral 1 del COFJ. **1.4.-** Luego del sorteo de ley correspondiente, realizado el 17 de abril de 2024, a las 10h38 (fj. 62 exp. Casación), se radicó la competencia en el Tribunal integrado por los doctores José Suing Nagua (Ponente), Gustavo Durango Vela y Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario; no obstante, a través del acta de sorteo de 01 de julio de 2024, a las 14h00, se encargó al Dr. Diego Gordillo Cevallos, Conjuez Nacional Temporal, el despacho del Dr. José Suing Nagua, a partir del 03 de julio de 2024, asumiendo la calidad de Juez Nacional Encargado y consecuentemente la ponencia de la presente causa. **1.5.-** En tal virtud, según lo que dispone el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal en su actual integración es el conformado por los doctores Diego Gordillo Cevallos, Juez Nacional Encargado, Ponente; Gustavo Durango Vela, Juez Nacional Encargado; y, Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; quienes avocan conocimiento y son competentes para resolver el presente recurso de casación.

2.- 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 lo manifestaron los procuradores judiciales de las partes, en audiencia de casación llevada a cabo el día 11 de septiembre de 2024, a las 15h00.

3.- Antecedentes procesales.- 3.1.- Objeto de la controversia.- De la sentencia de instancia se desprende que la controversia radica en: *"Verificar la validez y legalidad de la resolución No. 117012019RREC483112 de 14 de noviembre de 2019, emitida por el director zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, en las partes que han sido expresamente impugnadas y según las alegaciones y excepciones deducidas por las partes procesales en los correspondientes actos de proposición."*. (fs. 694 vuelta expediente de instancia). **3.2.- Resolución impugnada.** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario en el fallo antes referido resuelven que: *"aceptan parcialmente la demanda presentada por el representante legal de la compañía SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA. La administración tributaria realizará una liquidación del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2014, conforme lo resuelto en el presente fallo, en la que se establecerá el saldo pendiente de pago del mencionado impuesto."*. (fs. 707 vuelta expediente de instancia). **3.3.- Recurso de casación.-** Mediante escrito de fecha 15 de junio de 2022, 16h38, los procuradores judiciales de la compañía SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, interponen recurso de casación en contra del fallo antes referido, con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP acusando el vicio de falta de motivación, respecto de las glosas 3.6.2.1.3, 3.6.2.2.2 y 3.6.2.10; por el caso tercero, por los vicios de extra petita y citra petita, respecto de las glosas 3.6.2.1.2, 3.6.2.2, 3.6.2.3 y 3.6.2.5; y, por el caso quinto, acusando el vicio de aplicación indebida de los artículos 28 de la Ley de Régimen Tributario Interno, LRTI, 185, 408 y 595 del Código del Trabajo, CT, respecto de la glosa 3.6.2.2.2. **3.4.- Calificación.-** El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario calificó el recurso de casación en auto de 1 de julio de 2022, las 9h40, en los términos de los artículos 266 y 269 del COGEP y dispuso elevar el expediente a la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. **3.5.- Admisión.-** En auto de 16 de enero del 2024, las 12h19, la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño en su calidad de Conjueza de la Sala, dispuso que de conformidad con lo establecido en el artículo 270 del COGEP, la parte recurrente, dentro del término de cinco días, aclare su recurso, atendiendo a las observaciones que se detallan en los numerales del auto. (fs. 31 y 32 expediente de casación). Posteriormente, mediante escrito presentado el 22 de enero de 2024, 14h57, el doctor Fabricio Batallas, procurador judicial de la recurrente, presenta la aclaración solicitada. Finalmente, en auto de 29 de enero del 2024, 15h50, la referida Conjueza de la Sala resolvió admitir parcialmente el recurso de casación propuesto en los siguientes términos: *"8.1. ADMITIR PARCIALMENTE el recurso de casación presentado por la compañía SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, por intermedio de sus procuradores judiciales, doctor Mario Prado y abogado Jaime Pazmiño; en consecuencia, respecto de los cargos con sustento en el artículo 268 del COGEP: 8.1.1. Se admite el cargo sobre la glosa 3.6.2.1.2. Notas de crédito en compras informadas por terceros, no contabilizadas por SEMAICA, por el caso tercero por haber resuelto un punto ajeno a la Litis (extrapetita); 8.1.2. Se admite el cargo sobre la glosa 3.6.2.1.3.1. Costos respaldados en comprobantes de venta emitidos en el ejercicio fiscal 2013, cuyos ingresos reconocidos están registrados en dicho ejercicio fiscal, por el caso segundo, por incumplimiento del requisito de motivación; 8.1.3. Se admite el cargo sobre la glosa 3.6.2.2. Sueldos, salarios, beneficios sociales y aportes a la seguridad social, por el caso tercero, por omitir resolver todos los puntos de la Litis (Citrapetita); 8.1.4. Se admiten los cargos sobre la glosa 3.6.2.2.2. gasto sueldos, salarios y beneficios sociales aportados en actas de finiquito no legalizadas: a) por el caso segundo por incumplimiento del requisito de motivación; y, b) por el caso quinto, por aplicación indebida de los arts. 28 LRTI, 185, 408 y 592 del Código del Trabajo; 8.1.5. Se admite el cargo sobre la glosa 3.6.2.3. costos y gastos sin documentación de respaldo, por el caso tercero, por omitir resolver todos los puntos de la Litis (Citrapetita) 8.1.6. SE INADMITE el cargo sobre la glosa 3.6.2.5. otros pagos respecto de los cuales se evidenció la entrega de bienes o prestación de servicios, por el caso tercero, por omitir resolver todos los puntos de la Litis (Citrapetita); y, .1.7. Se admite el cargo sobre la glosa 3.6.2.10. multas registradas como gasto deducible, por el caso segundo, por contener decisiones contradictorias."*. (fs. 4349 expediente de casación).

4.- Fundamentación del recurso de casación.

4.1.- Respecto del **caso tercero** por **el vicio de extra petita** en la **glosa 3.6.2.1.2** ***Notas de crédito***

en compras informadas por terceros, no contabilizadas por SEMAICA, la recurrente afirma en su recurso que el acto administrativo impugnado confirma la glosa establecida en el acta de determinación, que se funda en una nota de crédito reportada por un tercero (Integración Avícola ORO S.A) proveedor de SEMAICA y, que a criterio de la administración tributaria no fue contabilizada, a cuyo efecto expone el cuadro No. 8 del Acta de Determinación. Afirma que SEMAICA en su acción solicitó que el Tribunal deje sin efecto la glosa por una supuesta falta de contabilización de una nota de crédito, puesto que pagó íntegramente la factura No. 003-004-000013254 emitida por Integración Avícola ORO S.A., por concepto de pavos para agasajo navideño por USD. 33.331,33, debido a que no recibió nota de crédito alguna de su proveedor. Por lo tanto, lejos de incumplir con la contabilización de dicho comprobante, el mismo no fue entregado, tal es así que acotan que pagaron el valor completo de la factura, sin que exista un gasto contabilizado en exceso. En contraposición, menciona que el Fisco ratificó los fundamentos del acto impugnado para establecer la glosa y solicitó que SEMAICA pruebe no haber recibido la nota de crédito y que pagó la totalidad de la factura en mención. A partir de lo anterior, se desprende que la controversia tenía por objeto dilucidar si SEMAICA recibió o no la nota de crédito emitida por Integración Avícola ORO S.A; y, en consecuencia, concluir si efectivamente existió o no un gasto contabilizado en exceso por la factura No. 003-004-000013254. Expresa que el Tribunal A quo confirma la presente glosa por considerar que SEMAICA no actuó como prueba ningún documento que acredite la entrega de los bienes, tales como actas de entrega o guías de remisión, de modo que se pueda verificar el círculo contable completo, análisis que no era objeto de la litis. Es por ello que conforme los artículos 91 y 92 del COGEP el Tribunal A quo se encontraba obligado a resolver únicamente sobre el objeto controvertido de esta glosa, sin que exista la posibilidad de fundamentar el fallo en hechos distintos a los alegados por las partes en sus actos de proposición. Dice que en el presente caso, es evidente que la sentencia sin considerar el objeto controvertido de la glosa, resolvió un punto que no ha sido materia del litigio configurándose el vicio de extra petita. Si el fallo hubiera considerado las alegaciones de las partes respecto a la nota de crédito habría concluido que SEMAICA pagó la factura completa emitida por Integración Avícola ORO S.A, y, se reconocería su deducibilidad, dejando sin efecto la glosa, lo cual evidencia la trascendencia del yerro invocado. (fs. 709 vuelta-711 vuelta expediente de instancia).

4.2.- Respecto del **caso segundo** por el **vicio de falta de motivación** en la **glosa 3.6.2.1.3.1** ***Costos respaldados en comprobantes de venta emitidos en el ejercicio fiscal 2013, cuyos ingresos reconocidos están registrados en dicho ejercicio fiscal,*** la casacionista argumenta que el acto impugnado en su numeral 8.6.3.12 ratificó en su totalidad el criterio contenido en el acta de determinación, sobre la vinculación de los costos y gastos del ejercicio fiscal 2013 con ingresos del 2013 y que no guardan relación con ingresos del año 2014. Expone el cuadro No. 9 del acta de determinación, argumentando que la Administración Tributaria observó varias transacciones por el monto de USD. 211.807,72 registradas como costos del ejercicio económico 2014, y su vinculación a ingresos provenientes de tres proyectos de construcción. Indican que el objeto de la presente glosa radica en la asignación de los costos observados por la Administración Tributaria a los ingresos provenientes de los proyectos: Pronaca Gemini II, Obras Intaco Guayaquil y Pilotaje Puente By Pass. Menciona que en el fallo, las partes ejercieron su derecho a la defensa y delimitaron sus pretensiones y excepciones a los tres proyectos glosados por la Administración Tributaria en el acto impugnado. Así, se evidencia que de la práctica de la prueba de ambas partes, la litis se circunscribe en las transacciones de los proyectos Pronaca Gemini II, Obras Intaco Guayaquil y Pilotaje Puente By Pass, y su vinculación con los ingresos gravados en el ejercicio fiscal 2014. Menciona que le correspondía al Tribunal A quo pronunciarse de manera motivada y expresa sobre la asignación de costos a los tres proyectos sobre los que se trabó la litis respecto a esta glosa, citando un extracto de la sentencia y concluyendo que se evidencia que el Tribunal A quo realiza un análisis a detalle sobre el proyecto Obras Intaco Guayaquil, para concluir que no existiría vinculación del costo y gasto con el ingreso gravado. Sin embargo, indica que sin hacer análisis alguno confirma toda la glosa y no realiza ningún pronunciamiento respecto de los costos glosados vinculados a los proyectos Pronaca Gemini II y Pilotaje Puente By Pass. Considerando lo anterior, expresa que el Tribunal *A quo* resuelve confirmar las transacciones impugnadas de manera genérica y las ratifica, sin fundamentar dicha decisión con

suficiente normativa y fácticamente, vulnerando así la garantía de motivación. También menciona que el Tribunal A quo confirma el valor impugnado sin realizar un análisis de las transacciones antes mencionadas a la luz de la prueba practicada y del fundamento normativo con base en el cual se estableció la glosa. Es decir, alega que no se cumple con el contenido mínimo de la garantía de motivación que exige una fundamentación fáctica suficiente y una fundamentación normativa suficiente, conforme lo exige la sentencia No. 1158-17-EP/21. (fs. 711 vuelta-714 vuelta expediente de instancia).

4.3.- Respecto del **caso tercero** por el **vicio de citra petita** en la **glosa 3.6.2.2** ***Sueldos, salarios, beneficios sociales y aportes a la seguridad social,*** la recurrente señala que el acto administrativo impugnado confirmó en su totalidad esta glosa por USD. 456.462,44, como gasto no deducible, bajo el argumento que SEMAICA no consideró dentro de la base imponible de aporte al IESS el referido valor; y, por consiguiente, no realizó el pago de aportes a la seguridad social sobre dichos rubros que constituyen un ingreso gravado del personal en relación de dependencia. Al respecto, cita los párrafos 80 y 81 de su demanda concluyendo que con la finalidad de probar que los rubros no aportados a la Seguridad Social, se encontraban dentro del límite previsto en el numeral 5 del artículo 14 de la Ley de Seguridad Social, SEMAICA actuó como prueba el informe del perito Salazar, quien corroboró el procedimiento seguido por la compañía para el cálculo del 20% como beneficios de orden social sobre los cuales no se debe aportar al IESS. Por otro lado, al ser un punto estrictamente de derecho, el profesional no era el llamado a esclarecer si dichos valores corresponden o no a un beneficio de orden social, debido a que su pericia se ciñó a la cuantificación de valores. Al respecto, considera que la Sala debe considerar que no es un hecho controvertido que los pagos fueron realizados por movilización por obra lejana, lo que sí fue controvertido, conforme señala el fallo, correspondía por tanto a su decir, dilucidar si dichos pagos por ese concepto, se circunscriben o no en el presupuesto normativo en el numeral 5 del artículo 14 de la Ley de Seguridad Social, y por tanto, podían ser considerados como beneficios de orden social exento de hasta el 20% de aportación al IESS. Así, en el fallo se delimita que el objeto de la litis consiste en esclarecer si los rubros observados son o no beneficios de orden social; sin embargo, el Tribunal *A quo* omite pronunciarse al respecto, ignorando las pretensiones de la actora y las excepciones de la demanda, lo cual a todas luces evidencia el vicio citra petita, configurándose la causal del numeral 3 del artículo 268 del COGEP; pues deja de resolver el asunto principal sobre el que se trabó la litis respecto a esta glosa. Menciona que el yerro acusado es trascendente por cuanto de haber analizado el punto controvertido, el Tribunal hubiera resuelto si los conceptos por los valores pagados, al ser rubros de movilización por obra lejana, se enmarcan en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 14 de la Ley de Seguridad Social y, por lo tanto, estaban exentos de aportación, y tenían el carácter de deducible, siendo esta la conclusión correcta que hubiera llegado a dejar sin efecto la glosa. Así mismo, se verifica la trascendencia del yerro, pues la vulneración al principio de congruencia, en el vicio de citra petita, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. (fs. 714 vuelta 715 vuelta expediente de instancia).

4.4.- Respecto del **caso segundo** por el **vicio de falta de motivación** en la **glosa 3.6.2.2.2** ***Gasto sueldos, salarios y beneficios sociales aportados en actas de finiquito no legalizadas,*** la casacionista argumenta que el acto administrativo impugnado confirmó en su totalidad esta glosa por liquidación de haberes respaldadas en actas de finiquito no legalizadas por el valor de USD. 14.768,08, cita de esta manera un considerando de la sentencia de instancia e indica que se evidencia que el Tribunal A quo confirmó la glosa por considerar que la realización del gasto únicamente se verifica al momento que el ex trabajador suscribe el acta de finiquito y recibió su liquidación de haberes bajo la supervisión del inspector del trabajo. Que fundamentó su decisión en el Art. 28 de la LRTI, y de igual manera, en los Arts. 185, 408 y 592 del Código del Trabajo. Por tanto, menciona que el Tribunal A quo confirmó la glosa por considerar que los gastos por liquidación de haberes exclusivamente se acreditan con el pago de dichos rubros a través de las actas de finiquito debidamente legalizadas; sin embargo, motiva su decisión en normas que regulan: i) ingresos por contratos de construcción; ii) bonificaciones por desahucio; iii) comisiones centrales de calificación; y, iv) reconvención conexa, es decir en normas que nada tienen que ver con lo resuelto y que resultan inaplicables al caso en concreto. Es por este motivo que para la recurrente se evidencia una vulneración a la garantía de la motivación, pues el presupuesto de

las normas en las que se fundamentó la sentencia no tienen relación alguna con el presupuesto fáctico del caso. A continuación, cita la sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional y dice que en el presente caso se configura el vicio de inatinencia por cuanto se esgrimen fundamentos jurídicos que no tienen nada que ver con el presupuesto fáctico de la glosa, y que dejando de lado dichos fundamentos jurídicos inatinentes, la motivación del Tribunal A quo no cumple con el estándar de suficiencia para que se configure el contenido mínimo de la garantía. Por tanto, se configura la causal segunda del artículo 268 del COGEP, toda vez que el fallo no cumple el requisito de motivación. De esta manera concluye que las normas en las que sustentó el Tribunal A quo su fallo, al no guardar relación con el objeto de la litis e incurrir en una deficiencia motivacional han dejado en indefensión a SEMAICA, por lo que es evidente la trascendencia del yerro invocado. (fs. 716-717 vuelta expediente de instancia).

4.5.- Respecto del **caso quinto** por el **vicio de indebida aplicación** en la **glosa 3.6.2.2.2** ***Gasto sueldos, salarios y beneficios sociales aportados en actas de finiquito no legalizadas,*** la recurrente procede a citar el numeral 7.2.4.2 del fallo para decir que se evidencia que los jueces fundamentan la sentencia en el artículo 28 de la LRTI y artículos 185, 408 y 592 del Código del Trabajo. Dichas normas se refieren a lo siguiente: i) ingresos por contratos de construcción; ii) bonificaciones por desahucio; iii) comisiones centrales de calificación; y, iv) reconvención conexa, por lo que infiere que las normas nada tienen que ver con lo resuelto y que resultan inaplicables al caso en concreto. Indica también que las normas aplicadas y los hechos sometidos a conocimiento del Tribunal A quo son discordantes, configurándose la causal de aplicación indebida, pues el juzgador ha elegido el Art. 28 de la LRTI y los Arts. 185, 408 y 592 del Código del Trabajo, normas que no corresponden al caso y hechos materia de la litis. Es por este motivo que expresa que el Tribunal debía aplicar el Art. 10 de la LRTI al considerar que estos valores son deducibles de impuesto a la renta. Por ende, menciona que el yerro acusado es determinante en la causa, por cuanto, de haber aplicado la norma que si se relacionaba con los hechos de la litis, la decisión del Tribunal A quo hubiera sido distinta, aceptando la deducibilidad de los gastos objeto de la glosa. (fs. 717 vuelta y 718 expediente de instancia). Mientras que en la aclaración solicitada por la conjueza de la Sala la recurrente menciona que la norma transgredida corresponde al Art. 28 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Indica que conforme se estableció en el párrafo 45 del recurso, el Tribunal ratificó la presente glosa con base en el Art. 28 de la LRTI que se refiere a los ingresos en los contratos de construcción, norma que no tiene nada que ver con el motivo de la glosa, lo que evidencia la falta de motivación. (fs. 37 vuelta expediente de casación).

4.6.- Respecto del **caso tercero** por el **vicio de citra petita** en la **glosa 3.6.2.3** ***Costos y gastos sin documentación de respaldo USD. 478.036,80,*** la compañía recurrente aduce que el acto administrativo impugnado confirmó la glosa por USD. 478.063,80 bajo el argumento de que las transacciones observadas en el cuadro No. 22 del acta de determinación -el cual exponen en su recurso- no cumple con lo establecido en el numeral 1 del artículo 10 de la LRTI para ser considerados como deducibles. Por tanto, menciona que en el cuadro citado se evidencia que la administración tributaria observó ocho gastos sin documentación de soporte de los diarios que fueron asignados como costo a ocho proyectos claramente detallados que totalizan USD 478.063,80. Adicionalmente, cita un extracto de la sentencia del Tribunal A quo y dice que al analizar la información constante en el informe pericial, no analizó la totalidad de las operaciones observadas por el SRI; por el contrario, descartó todo lo actuado por SEMAICA, y confirmó la glosa revisando un solo comprobante de venta. Así, acota que establece sin mayor análisis y de forma confusa en relación a la factura No. 001-005002138864, por el valor de USD 4.11, que corresponde al proyecto Pronaca Gemini II, que existen observaciones a la documentación soporte de esta operación, debido a que no existe el comprobante de retención. Así mismo, expresa que el Tribunal A quo, como parte de este análisis, consideró que existe otra transacción, sin establecer siquiera a que corresponde, estableciendo únicamente que en otra operación, el perito señala que no hay factura. De esta manera menciona que el Tribunal concluye que al no existir factura no se puede reconocer la deducibilidad del gasto, cuando es un requisito establecido por el artículo 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Por tanto, afirma que se evidencia que existieron ocho proyectos sobre los que el SRI desconoció la deducibilidad de sus costos, y que SEMAICA argumentó que en efecto se cumplían los requisitos para su

deducibilidad, siendo este el objeto controvertido de la litis; sin embargo, en su fallo, el Juez A quo únicamente revisó una factura por USD. 4.11 del proyecto Pronaca Gemini II, y otra sin identificar, para de esta manera dejar de analizar todas las transacciones que conformaban los ocho registros contables objetados por el SRI y que estaban sometidas a discusión con base en las pruebas de las partes. Por lo expuesto anteriormente, la compañía recurrente indica que a través de los artículos 91 y 92 del COGEP, el Tribunal A quo se encontraba obligado a resolver sobre todos los puntos litigiosos de la causa, sin que exista la posibilidad de omitir alguno de estos. Por lo tanto, el fallo del Tribunal debía analizar la totalidad de los costos de los proyectos Parque Samanes, Hospital Pablo Arturo 2, Comet Mantenimiento, Uem Chonta Punta, Pilotaje Puente Bypass Chone, Tunel Quinde, Novopan movimiento de tierras y los demás sustentos del proyecto Pronaca Gemini II. Es por estos motivos que la compañía recurrente expresa que se configura el yerro de citra petita, toda vez que el fallo no se pronuncia sobre todos los proyectos constantes en el cuadro No. 22 del acto impugnado, que fueron impugnados y en su lugar analiza una factura de un proyecto específico por USD. 4.11, para ratificar toda la glosa y establecer la no deducibilidad de los costos de los ocho proyectos, sin emitir un pronunciamiento respecto a cada uno de ellos, por lo tanto, es evidente que la sentencia omitió resolver sobre todos los puntos de la litis. Adicionalmente, cita a la Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 512009, dentro del juicio No. 0150-2007, publicada en el Registro Oficial No. Edición Especial 135, de 26 de abril de 2011. Finalmente, expresa que el yerro acusado es trascendente toda vez que de haber analizado y resuelto sobre la deducibilidad o no de los gastos asignados como costos de todos los proyectos objetados, el Tribunal *A quo* habría atendido las pretensiones y excepciones de las partes; y por tanto, no se habría vulnerado el principio de congruencia y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva de SEMAICA. (fs. 718-720 expediente de instancia).

4.7.- Respecto del **caso segundo** por el **vicio de decisiones contradictorias** en la **glosa 3.6.2.10** ***Multas registradas como gasto deducible,*** la compañía recurrente cita la sentencia impugnada en la parte que estableció el objeto de la presente litis, para decir que el Tribunal *A quo* concluyó con meridiana claridad que tanto el acta de determinación así como la resolución de reclamos carecen de motivación, por no existir una adecuada subsunción de los hechos a las normas jurídicas. Es por este motivo que indica que la consecuencia no puede ser otra, sino que la glosa es nula pues así lo dispone el Art. 76, numeral 7 literal l) de la Constitución. Adicionalmente, indica que el Tribunal A quo de manera contradictoria y vulnerando el derecho a la defensa, ratifica la glosa estableciendo como no deducible el gasto por multas, por lo que procede a citar el extracto de la sentencia donde se encuentra lo mencionado. Es por este motivo que la sentencia contiene elementos contradictorios pues, por una parte, declaró nula la glosa constante en el acto impugnado y su antecedente, lo que implica que el acto impugnado no produzca efectos jurídicos; pero por otra, establece en base a razonamientos generales y subjetivos que nunca fueron planteados por las partes como son 'conductas económicas responsables', 'prácticas fiscales elusivas', que el gasto no es deducible. Expresa que el Fisco al establecer la glosa determinó el gasto por multas como no deducible, por lo que al declararse la nulidad y luego volver a establecer que a pesar de la baja deberá liquidarse como no deducible, no solo evidencia una contradicción sino un absurdo jurídico. Distinto sería el caso cuando se establece una glosa con afectación a resultados y el Tribunal considera que solamente es no deducible, lo actuado por la Sala de instancia evidencia un desconocimiento del efecto de la glosa establecida por el SRI, y lo que es peor aún, del efecto que la Constitución le otorga a la falta de motivación. Por este motivo la compañía recurrente menciona que si un acto es nulo porque así lo ordena la Constitución, sus efectos son inexistentes; y por lo tanto, el Tribunal no puede extralimitarse y de manera contradictoria decidir que la glosa vuelva a tener el mismo efecto que ha declarado nulo en párrafos anteriores, pues dicha situación vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso de SEMAICA. Por lo expuesto, la compañía recurrente indica que se evidencia la flagrante contradicción en la parte dispositiva de la sentencia, al adoptar decisiones contradictorias, pues por una parte declara nula la glosa por falta de motivación y por otra ratifica la misma glosa con base a generalidades, configurándose el vicio contenido en el numeral 2 del Art. 268 del COGEP, ya que es evidente la decisión contradictoria de la sentencia, que además deja en un estado de indefensión e incertidumbre a SEMAICA. En conclusión, la compañia recurrente indica que el yerro alegado

es trascendente en la decisión de la causa, toda vez que cuando el Tribunal A quo declara la nulidad de la glosa por falta de motivación, pero luego decide darle el mismo efecto de no deducible establecido por la Administración Tributaria, incurre en decisiones contradictorias que vulneran el derecho a la defensa y las garantías del debido proceso de SEMAICA. (fs. 723-725 expediente de instancia).

4.8.- Contestación al recurso.- Corrido traslado con el recurso admitido, mediante escrito presentado el 4 de marzo de 2024, 15h37, comparece la abogada Valerie Tamayo Lascano, procuradora fiscal del Servicio de Rentas Internas, para dar contestación al recurso interpuesto por la compañía recurrente. Al respecto, sobre la glosa **3.6.2.1.2.** ***Notas de crédito en compras informadas por terceros, no contabilizadas por SEMAICA***, señala que no se configura el vicio de extra petita ya que el contenido de la sentencia es claro en establecer lo que ocurrió dentro de la litis, analizando de manera inequívoca el cuestionamiento realizado, por ejemplo al perito Salazar respecto de si existe alguna evidencia de la entrega de los bienes adquiridos, tomando en cuenta que de la factura se evidencia una característica particular de los bienes adquiridos, que no se relaciona con la actividad propia de la parte actora y de un peso considerable. Que, el profesional señaló no tener evidencia de la entrega, aunque puso un ejemplo comparativo de la forma en la que se ha actuado en otras compañías. La actora no actúo como prueba ningún documento que demuestre la entrega de los bienes, como pudieron ser actas de recepción, guías de remisión, etc. Adicionalmente, indica que no existe violación al principio de congruencia ya que los jueces del Tribunal A quo lo que han hecho es subsumir los hechos a la sentencia y motivar porque la transacción carece de lo que se conoce como el ciclo contable. (fs. 51 vuelta - 52 vuelta expediente de casación).

4.9.- Respecto de la glosa 3.6.2.1.3.1. ***Costos respaldados en comprobantes de venta emitidos en el ejercicio fiscal 2013, cuyos ingresos reconocidos están registrados en dicho ejercicio fiscal,*** señala que los jueces se servirán considerar que la motivación debe cumplir con los parámetros de suficiencia de motivación y para ello debemos observar que se ha cumplido en la sentencia impugnada con los criterios mínimos que la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional considera: la coherencia, la congruencia, la pertinencia y la comprensibilidad mínima. La coherencia es la parte de la justificación interna de la motivación. En tanto que la justificación externa se refiere a la crítica o criterio sobre la corrección de la motivación, es decir, sobre lo acertado del fundamento o no del juzgador. La congruencia es solicitada por las partes procesales, donde el juzgador no haya tomado en cuenta alguna prueba de una de las partes. La pertinencia está dada en razón de un problema jurídico que recae directamente sobre un caso concreto. La compresibilidad mínima, se refiere a la forma de escribir que tiene que ser legible, comprensible, un lenguaje claro, de lo contrario que afectar a la justificación. Todos estos elementos se encuentran en la sentencia y por ende el cargo casacional se torna en improductivo a los intereses procesales de SEMAICA. (fs. 53-55 vuelta expediente de casación).

4.10.- Respecto a la glosa **3.6.2.2** ***Sueldos, salarios, beneficios sociales y aportes a la seguridad social,*** la institución menciona que no existe el vicio de citra petita, ya que el Tribunal A quo lo que ha verificado es la prueba actuada, que condujo a la verdad procesal, al no existir mayor prueba deciden confirmar la glosa, el yerro acusado por el recurrente obedece a su descontento con la decisión de los Jueces, no se ha dejado de resolver cuestiones que fueron introducidas dentro de la litis, la carga de la prueba conforme lo determina el artículo 169 del COGEP, corresponde al actor y el Tribunal *A quo* enuncia lo que en audiencia de juicio se practicó, pues en el recurso de casación de ninguna forma se puede atacar la valoración probatoria, por tanto no existe vulneración a la tutela judicial efectiva porque el contribuyente por el principio de igualdad procesal tuvo su oportunidad en la respectiva audiencia de juicio. (fs. 55 vuelta - 56 expediente de casación).

4.11.- Sobre la glosa **3.6.2.2.2** ***gasto, salarios y beneficios aportados en actas de finiquito no legalizadas,*** señala: a) por el caso segundo por incumplimiento del requisito de motivación, concluye acerca de la motivación que la sentencia No. 1158-17-EP de 20 de octubre de 2021, ha precisado que la Corte Constitucional indica que estructura mínima debe contener a fin de cumplir con una motivación: i) Una fundamentación normativa suficiente que implica 'la enunciación y justificación suficiente de normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Una fundamentación suficien-

te de los hechos dados por probados en el caso incluyendo un análisis de las pruebas. Por tanto, menciona que se puede verificar que en la sentencia existen estos dos elementos, en la sentencia recurrida, citando la parte del fallo donde está el enunciado. b) por el caso quinto, por aplicación indebida de los artículos 28 LRTI, 185, 408 y 592 del Código de Trabajo, concluye que en el presente caso este cargo no se configura, pues los Jueces del Tribunal A quo han aplicado las normas pertinentes al caso así el artículo 28 de la LRTI y manifiesta que para el efecto de la deducibilidad de los valores pendientes de pago a los trabajadores o las indemnizaciones laborales conforme a lo ordenado en el numeral 9 del artículo 10 de la LRTI, las actas de finiquito deben estar debidamente legalizadas. Es decir, si el actor dentro de la Litis no aportó los medios probatorios como actas de finiquito con la firma de los trabajadores sino que corresponden a unas meras impresiones y ahora alega una indebida aplicación cuando las normas se ajustan a los hechos fácticos dentro de la Litis y las afirmaciones del perito no bastaron para convencer al Tribunal *A quo*, por lo que no existe aplicación indebida de normas, las normas aplicadas son las correctas y tienen subsunción con los hechos fácticos y los puntos de la Litis. (fs. 56-57 expediente de casación).

4.12.- Sobre la **glosa 3.6.2.3 *costo y gasto sin documentación de respaldo*,** por emitir resolver todos los puntos de la litis, la autoridad demandada concluye que no es que se ha dejado en indefensión a la empresa actora sino que en audiencia de juicio y en defensa del informe pericial se realizaron todas las alegaciones y si se ha realizado un muestreo es porque el perito eligió realizar un muestreo, con lo cual, no es que se ha omitido analizar cada una de las transacciones, lo que ocurre es que el perito Salazar realizaba un muestreo sin que este muestreo de algunas facturas que sustentaban los costos y gastos lleguen al convencimiento del Tribunal A quo, por lo tanto no se puede acusar al Tribunal de haber omitido algún punto de la Litis, cuando el actor a través de su perito es el que ejemplificaba las transacciones, consecuentemente no se ha demostrado la existencia de este yerro en la sentencia recurrida. (fs. 57 vuelta-58 expediente de casación).

4.13.- Acerca de la glosa **3.6.2.10 *multas registradas como gasto deducible,*** el SRI concluye que la cláusula penal al igual que la multa no pueden considerarse como un gasto deducible; ya que el Tribunal arriba a la conclusión de que el hacerlo implicaría desconocer los principios del régimen tributario consagrados en el artículo 300 de la Constitución de la República por cuanto el mencionado régimen tributario se soporta entre otros principios en el principio de eficiencia que no está restringido al ejercicio de la potestad pública sino que le es aplicable a todos los actores de la relación jurídico tributaria. En ese orden de ideas y en base a las atribuciones de los Jueces del Tribunal *A quo* contempladas en el artículo 172 de la Constitución, en lo que se refiere a aplicar en primer lugar los principios constitucionales se observa que no podrían considerar como deducible a una multa, pues se desconocería la esencia de un gasto deducible, por lo tanto el Tribunal concluye acertadamente que estas multas no son deducibles y no pueden ser consideradas como un gasto deducible del que se beneficie una empresa por no cumplir adecuadamente las condiciones de un contrato. (fs. 58-59 vuelta expediente de casación).

5.- Delimitación del problema jurídico.- 5.1.- En base a los argumentos esgrimidos por la compañía recurrente, corresponde determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el caso segundo del artículo 268 del COGEP por el vicio de falta de motivación o por haber adoptado decisiones contradictorias; en el caso tercero por los vicios de extra petita y citra petita; o, en el caso quinto, por el vicio de aplicación indebida de los artículos 28 de la LRTI y 185, 408 y 595 del Código del Trabajo.

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 los casos segundo, tercero y quinto del artículo 268 del COGEP, iniciará el estudio a partir del análisis de las glosas fundamentadas en el caso segundo. A continuación, se analizarán las glosas impugnadas con amparo en el caso tercero, y finalmente, la glosa sustentada en el caso quinto. Al efecto, considera:

6.2.- Caso segundo.- *"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."*. **Falta de motivación.-** 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.".[1] 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.".[2]

Decisión contradictoria o incompatible.- Este vicio se fundamenta en los defectos de fondo, esto es por incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adopten resoluciones contradictorias o incompatibles. La doctrina considera que *"[...] las decisiones contradictorias sólo pueden encontrarse en la parte resolutiva de la sentencia que es donde el órgano jurisdiccional debe resolver el asunto controvertido y lo hace cuando se pronuncia en ella sobre todas las acciones o excepciones hechas valer.".*[3] No obstante, pese a que la norma dispone que las decisiones contradictorias deben encontrarse en la parte resolutiva de la sentencia, no se debe dejar de analizar la parte motiva, al constituirse en fundamento básico para determinar el criterio del juzgador, permitiendo además establecer el origen de la contradicción.[4]

6.2.1.- Las normas señaladas como infringidas son: a) Artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador.- *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."*, **b) 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.".*

6.2.2.- Glosa 3.6.2.1.3.1 ***Costos respaldados en comprobantes de venta emitidos en el ejercicio fiscal 2013, cuyos ingresos reconocidos están registrados en dicho ejercicio fiscal*** (fjs. 711 vlta. -714 vlta. expediente de instancia. págs. 8-12 recurso). La casacionista afirma que en el acto impugnado se ratificó el contenido del acta de determinación sobre la vinculación de los costos y gastos del ejercicio fiscal 2013 con ingresos del 2013 y que no guardan relación con ingresos del 2014 en las transacciones de tres proyectos, por lo que le correspondía al Tribunal pronunciarse de manera motivada sobre la asignación de costos a esos tres proyectos, sobre los que se trabó la litis de esa glosa. Afirma que no se realiza ningún pronunciamiento respecto de los costos glosados de los proyectos Pronaca Gemini II y Pilotaje puente By Pass, sino únicamente del proyecto Obras Intaco Guayaquil; y que sin embargo, sin la debida motivación respecto de los otros dos proyectos confirma toda la glosa. **6.2.2.1.-** Frente a los argumentos de la actora, hoy recurrente, hay que referirse a las conclusiones de los jueces distritales en el **numeral 7.2.2 de su sentencia**, en que señalan: *"Ahora bien, según lo expuesto, en el presente fallo, no queda duda que la parte actora, conforme lo ordenado por el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, debió demostrar que efectivamente, los costos en los que incurrió en el 2013, fueron devengados en el 2014. En este sentido, de la lectura del informe pericial agregado como prueba por la parte actora, no se establece el monto de los costos activados en el ejercicio fiscal 2013, ni los documentos de soporte con los que cuenta la compañía para justificarlos; tampoco los avances de obra o actas de entrega recepción de hitos de construcción a los cuales se les pueda asignar esos costos, conforme lo establecido por la NIC 11, la misma que habla de porciones del contrato ya ejecutadas. A lo señalado en el párrafo anterior, debe agregarse que el perito Fausto Salazar mencionó en el examen realizado en la audiencia de juicio, que basta el registro contable en el libro diario, para verificar que el costo se relaciona con las*

[1] Ignacio Colemer Hernández, La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003), 46.
[2] Fernando de la Rúa, Proceso y Justicia, (Buenos Aires: Editores Asociados, 1980), 82.
[3] Juan Carlos Muñoz Torres, Recursos Jurisdiccionales, Santiago de Chile, Juritec S.A. Ediciones Jurídicas y Técnicas S.A., 2004, p. 298.
[4] Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal Civil, tomo II, Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1994.

obras sujetas al análisis en el acto impugnado, a lo que se debe mencionar que existen facturas emitidas a lo largo del ejercicio 2014, que el mismo las refiere en su informe (fs. 94), las cuales no se pueden atar a los supuestos costos incurridos dicho sea de paso, que se desconocen procesalmente, ya que los registros contables, fueron realizados el 31 de diciembre de 2014 y no en las fechas de las facturas respecto de las cuales el propio contribuyente informó que correspondían al devengo de los costos, mismas que obran en los cuadros innumerados de fojas 41 y 42 del expediente administrativo.". **6.2.2.2.-** Así pues, para analizar el cargo de falta de motivación del fallo, según la argumentación de la recurrente, en lo que se refiere a la glosa 3.6.2.1.3.1, esta Sala especializada observa, según se desprende de la sentencia impugnada, que la parte actora actuó únicamente la prueba pericial, y que el perito Salazar se refirió, es decir, analizó los tres proyectos observados por la administración tributaria esto es: Pronaca Gemini II, Obras Intaco Guayaquil y Pilotaje Puente By Pass Chone, determinando que utilizaron el método de avance de obra. Los jueces distritales concluyeron que la actora no demostró que los costos en que incurrió en el 2013 fueron devengados en el 2014, no encontró documentación de soporte para justificarlos, no hay avances de obra, ni actas de entregarecepción, existen facturas emitidas en el año 2014, pero no se pueden atar a ningún costo incurrido. Es decir, en un primer momento, la sentencia analiza el informe del perito Salazar quien afronta los tres proyectos relacionados con la glosa, y así lo examinan los juzgadores de instancia, siendo que en un segundo momento, se hace un énfasis en el proyecto Obras Intaco Guayaquil, no sin antes haber realizado el análisis correspondiente de la glosa. Adicionalmente, hay que recalcar que en la sentencia impugnada (fj. 687 vlta.) cuando se recoge los argumentos de la parte actora expuestos en su demanda, ahora recurrente, se evidencia que el repudio que realiza a la glosa es de manera general, no hace una explicación ni cargos de forma separada de cada obra, de tal manera que permita verificar que se atendió y que no se atendió, tanto más, ya ha quedado demostrado que en la sentencia de instancia si se abarcó toda la glosa cuestionada en los términos que quedaron expuestos en líneas anteriores. En tal sentido, hay que comprender el alcance de la sentencia en su integralidad conforme lo manda el art. 101 del COGEP respecto la glosa en cuestión, siendo que además existe una mínima carga argumentativa y que más bien el recurrente muestra un desacuerdo con la valoración que los juzgadores le han dado a la prueba aportada en el proceso. Por lo que, no se evidencia falta de motivación en el fallo frente a esta glosa, y se desecha el cargo intentado.

6.2.3.- Glosa 3.6.2.2.2 *Gasto sueldos, salarios y beneficios sociales aportados en actas de finiquito no legalizadas* (fjs. 716-717 expediente de instancia. págs. 15-17 recurso).- En lo que se refiere a esta glosa, la casacionista afirma que los juzgadores de instancia consideran que la realización del gasto únicamente se verifica al momento en que el ex trabajador suscribe el acta de finiquito y recibe su liquidación de haberes bajo la supervisión del inspector del trabajo, fundamentando su decisión en el artículo 28 de la LRTI, así como en los artículos 185, 408 y 592 del Código del Trabajo, normas que son inaplicables al caso concreto, vulnerando así la garantía de la motivación, pues las normas aplicadas no guardan relación con el objeto de la litis, incurriendo en una deficiencia motivacional.

6.2.3.1- De la sentencia de instancia se desprende que los juzgadores al analizar la presente glosa en el **considerando 7.2.4.2** de su fallo consideran que a efectos de la deducibilidad de los valores pendientes de pago a trabajadores e indemnizaciones laborales, el gasto se verifica cuando el ex trabajador recibe el monto de su liquidación de haberes ante el Inspector del Trabajo, pero que la sola generación del aviso de salida no demuestra el pago de las liquidaciones. No encuentra elementos de convicción que permitan concluir que se canceló los valores adeudados a los ex trabajadores, por lo cual no pueden validar el valor de USD. 12.660,18 y ratifican el contenido de la glosa, a efecto de lo cual, se fundamentan en los artículo 28 de la Ley de Régimen Tributario Interno y artículos 185, 408 y 592 del Código del Trabajo. **6.2.3.2.-** Esta Sala especializada observa que el artículo 28 de la LRTI regula los ingresos por contratos de construcción, en tanto que los artículos 408 y 592 del Código del Trabajo regulan las comisiones centrales de calificación y la reconvención conexa, en su orden, normas que efectivamente no tienen relación con los hechos, por lo que se advierte una indebida motivación del fallo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 numeral 4 del COGEP corresponde casar la sentencia con el fin de motivar debidamente la resolución visto que el repudio es al componente normativo. **6.2.3.3.-** En mérito de los autos respecto de la glosa en cuestión, hay

que considerar que el análisis está encaminado a establecer si son deducibles todos los costos y gastos, de conformidad con el artículo 28 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno: *"e) Las indemnizaciones laborales de conformidad con lo detallado en el acta de finiquito debidamente legalizada"*, y en tal virtud, de la sentencia impugnada se desprende que las actas de finiquito anexas al informe pericial, son meras impresiones que no generan ningún elemento de convicción, de tal forma que se pueda concluir que los valores adeudados fueron cancelados a los ex trabajadores, pues las actas de finiquito no tenían la firma del trabajador, más aún los cheques copia de microfilms son ilegibles, por lo que, concluyen que no han sido debidamente legalizadas. Entonces, el asunto central para ratificar la glosa no son las normas indebidamente citadas, sino la valoración de la prueba que realizan los juzgadores de instancia, de la que concluyen que no se ha probado la materialidad del pago, pues no se ha cerrado el ciclo contable. En tal virtud, se debe atender los hechos mencionados y fundamentar la resolución con la normas pertinentes, siendo éstas, el artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el artículo 28 literal e) del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, el artículo 326 numeral 11 de la Constitución de la República: *"Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente."*. En consecuencia, se casa la sentencia impugnada, y se resuelve ratificar el contenido de la glosa pero en los términos y fundamento jurídico referido anteriormente que constan en este considerando, pues efectivamente se ha cometido un yerro en la motivación de la sentencia de instancia, mismo que se corrige en este fallo.

6.2.4.- Glosa 3.6.2.10 *Multas registradas como gasto deducible* (fjs. 723-725 expediente de instancia. págs. 29-33 recurso).- En lo que se refiere a esta glosa, la compañía casacionista afirma que el Tribunal A quo concluyó que el acta de determinación, así como la resolución del reclamo carecen de motivación por no existir una adecuada subsunción de los hechos a las normas jurídicas. Afirma que en la sentencia de instancia los juzgadores concluyen que *"Advertida la indebida motivación en la presente glosa, es pertinente disponer su baja"* y; que, sin embargo de dicha aseveración, de manera contradictoria ratifica la glosa estableciendo como no deducible el gasto por multas. Concluye señalando que el Fisco determinó el gasto por multas como no deducible, por lo que al declararse la nulidad y disponer que se liquide considerando el gasto como no deducible, evidencia una contradicción. **6.2.4.1.-** Los juzgadores de instancia al analizar la presente glosa, en el **considerando 7.2.10** concluyen lo siguiente: *"De ahí que este tribunal advierta una indebida motivación por parte del Servicio de Rentas Internas en el acto de determinación, circunstancia que se replica en la resolución impugnada y que lleva a la conclusión de que no existe una adecuada subsunción de los hechos a las normas jurídicas aplicadas puntualmente en esta glosa por parte de la administración tributaria. (...) De lo señalado, este Tribunal coincide con la actora que las multas canceladas, no son impuestas propiamente por autoridad pública, sino que proceden de las cláusulas contractuales, por incumplimiento en las obras ejecutadas por SEMAICA, que dicho sea de paso proceden de contratos administrativos. Advertida la indebida motivación en la presente glosa, es pertinente disponer su baja, (...) Ahora bien, siendo que la cláusula penal, constituye una sanción por incumplimiento de una parte contratante, desde el punto de vista técnico, no puede considerarse como gasto deducible; hacerlo implicaría desconocer los principios del régimen tributario consagrados en el artículo 300 de la Constitución (...) Por lo tanto pese a que se dispuso la baja de esta glosa, por disposición de este Tribunal, en la liquidación que se realice para la ejecución de la presente sentencia el Servicio de Rentas Internas deberá considerar al valor de USD. 207.837,67 como no deducible de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2014."*. **6.2.4.2.-** Efectivamente, esta Sala especializada observa que los juzgadores de instancia resuelven que: *"Advertida la indebida motivación de la presente glosa, es pertinente disponer su baja…"* y; sin embargo, disponen que a efectos de la liquidación no se considere como gasto deducible del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2014 el valor de USD. 207.837,67, evidenciándose así, una incongruencia en el fallo, pues el efecto de declarar la nulidad de la glosa por indebida motivación, conforme lo ha hecho el Tribunal Distrital, no puede ser que el gasto no es deducible, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 numeral 4 del COGEP corresponde casar la sentencia con el fin de motivar debidamente la resolución y siendo que no corresponde a esta sede casacional la revalorización de la prueba y de ello en mérito de los autos se tiene como hecho probado por el Tribunal de instancia que: *"Advertida la indebida motivación en la presente glosa, es pertinente disponer su baja…"*, dicho escenario nos conduce a que desde el derecho, se cumplen las consecuencias jurídicas del artículo

76.7 lit l) de la Constitución de la República del Ecuador, esto es la nulidad de la glosa y de ello se acepta por este extremo la pretensión del actor dejándose sin efecto y valor jurídico la misma, sin que esto implique que esta Sala concuerde con las apreciaciones y valoración efectuada a los medios de prueba realizada por los juzgadores de instancia.
6.3.- Caso tercero.- *"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."*.
6.3.1.- El caso tercero del artículo 268 del COGEP contiene los vicios conocidos como inconsonancia o incongruencia resultante, de la comparación entre la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas, que se configura por los siguientes modos o formas: 1) Cuando se otorga más de lo pedido – ultra petita; 2) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido – extra petita; 3) Cuando se deja de resolver sobre algo de lo pedido – citra petita; y, 4) Cuando se resuelve menos de lo pedido mínima petita.[5]
6.3.2.- Las normas señaladas como infringidas son: a) Artículo 91 del Código Orgánico General de Procesos.- *"Omisiones sobre puntos de derecho. 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."*. **b) Artículo 92 del Código Orgánico General de Procesos.**- *"Congruencia de las sentencias. "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."*.
6.3.3.- Glosa 3.6.2.1.2. *Notas de crédito en compras informadas por terceros no contabilizadas por SEMAICA con relación a la transacción con Integración Avícola ORO S.A.* (fjs. 709 vlta.-711 vlta. págs 48 del recurso), la compañía se refiere en su recurso únicamente a la transacción con Integración Avícola ORO S.A. y al efecto argumenta que se ha incurrido en el vicio de extra petita pues la controversia tenía por objeto dilucidar si SEMAICA recibió o no la nota de crédito emitida por ORO S.A. y así establecer si existió o no un gasto contabilizado en exceso. Sin embargo, los juzgadores afirman que no se actuó prueba que acredite la entrega de los bienes, siendo que la materialidad de la transacción no era objeto de la litis y fundamenta su fallo en la Resolución No. 07-2016. Por lo que, considera que se resolvió sobre un punto que no era materia del litigio (la existencia o no del documento que acredite la entrega de los bienes) de modo que se pueda verificar el círculo contable completo. **6.3.3.1.-** En la sentencia de instancia, **considerando 7.2.1.2**, se observa que los juzgadores distritales determinaron que la administración tributaria sí ha demostrado con la práctica de prueba documental, la emisión de la factura No. 003-004-000013254 y la nota de crédito No. 003-003-0008286 por el valor total de la factura, esto es USD. 33.331,33. También afirman que el registro del período al cual la actora imputó dicha factura, no corresponde con la fecha de emisión de la misma, y que procesalmente no existe una justificación aportada como prueba que desvirtúe lo señalado en el acto impugnado y, en definitiva, que viabilice su inclusión en la planilla correspondiente al mes de agosto de 2014. Señala que el perito Fausto Salazar señaló no tener evidencia de la entrega de los bienes, por lo que resuelven ratificar el valor de USD. 33.331,33.
6.3.3.2.- En lo que se refiere a esta glosa, esta Sala especializada observa que la actora, hoy recurrente, afirma que la litis se trabó respecto a determinar si SEMAICA recibió o no la nota de crédito emitida por ORO S.A., y en consecuencia concluir si efectivamente existió o no un gasto contabilizado en exceso por la factura No. 003-004-00001354. En tanto que la administración tributaria afirma que la litis en esta glosa era dilucidar si se podía asociar con claridad el gasto a un ingreso gravado en el ejercicio fiscal 2014, pues habría identificado que tales costos no se encontraban vinculados a los ingresos declarados en 2014 y no pudo demostrar que tales costos le permitieron generar ingresos gravados en dicho ejercicio fiscal. Así, los juzgadores de instancia han advertido que la autoridad demandada probó que ORO S.A. emitió una factura y una nota de crédito; es decir, ha quedado claro que la nota de crédito fue emitida en atención al requerimiento de información que hiciera el SRI

[5] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, No. 4, Quito, 31 de enero de 2007, 1337.

a ORO S.A., siendo que la proveedora hizo el registro contable de la nota de crédito. Así las cosas, el Tribunal Distrital, en atención al informe del perito, concluye que el registro no corresponde al periodo al cual se lo imputó, de tal manera que se pueda identificar correctamente el gasto, por lo que se verifica que si fue materia del controvertido dilucidar el periodo al cual se lo imputó pues de lógica debió esclarecerse a efectos tributarios el ejercicio al que es atribuible dicha transacción tanto más que en sentencia se expone: "[...] Adicionalmente, se verifica de la fecha de emisión de la factura, que su registro no corresponde al periodo al cual el actor lo imputó, y procesalmente no existe una justificación, aportada como prueba que desvirtúe lo señalado en al acto impugnado, y en definitiva, que viabilice su inclusión en la planilla correspondiente al mes de agosto de 2014…", y de ello no se configura el vicio de extra petita y se rechaza el vicio intentado en esta glosa con amparo en al caso tercero del artículo 268 del COGEP.

6.3.4.- Glosa 3.6.2.2 ***Sueldos, salarios, beneficios sociales y aportes a la seguridad social*** (fjs. 714 vlta. - 715 vlta. expediente de instancia, págs. 12-14 recurso), en lo que respecta a esta glosa SEMAICA afirma que la litis se trabó respecto a dilucidar si los valores glosados corresponden a beneficios de orden social, que conforme lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 14 de la Ley de la Seguridad Social, se encuentran exentos de aportación, y que sin un mayor análisis ratificaron la glosa por una supuesta falta de elementos de convicción que permitan desvirtuar que dicho valor no constituye materia gravada de aportación. Afirma que al ser un punto estrictamente de derecho, en la pericia no se podía establecer si los valores glosados corresponden o no a un beneficio de orden social, pues la pericia solo se encarga de la cuantificación de valores. Así, insiste en que el Tribunal omite esclarecer si los rubros observados son o no beneficios de orden social, ignorando las pretensiones de la actora y las excepciones de la demanda. **6.3.4.1.-** Por su parte, los jueces de instancia en el **considerando 7.2.4.1** han determinado que la parte actora con la práctica de la prueba debió demostrar que las erogaciones son beneficios sociales y por tanto, que no son materia gravada. Recogen el criterio del perito en el sentido de que no analizó los conceptos de los pagos realizados a favor de los empleados, por ser ajeno a la materia de su experticia, para a reglón seguido concluir que: *"En el sentido expuesto, al tener el pago de aportaciones al seguro social, incidencia en el cálculo y declaración de impuesto a la renta, conforme lo ordenado por el artículo 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la prueba pericial actuada por la actora, conforme lo prescrito en el primer inciso del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, no resulta útil y suficiente para determinar que el gasto glosado como no deducible por la administración tributaria, es un beneficio de orden social y en consecuencia exento de la materia gravada. Por lo expuesto, sin que existan elementos de convicción, que desvirtúen lo resuelto por el Servicio de Rentas Internas en el acto impugnado, conforme lo ordenado por el artículo 82 del Código Tributario, es pertinente ratificar el valor determinado."*. **6.3.4.2.-** En lo que se refiere a esta glosa, esta Sala especializada observa que los jueces de instancia consideraron que *"…, a efectos de la resolución de la presente glosa, es claro que la parte actora debió, con la práctica de prueba, demostrar si efectivamente esas erogaciones que a su criterio no son materia gravada, son efectivamente beneficios sociales en virtud de los cuales se encontraría exento del pago de aportaciones a la seguridad social."*, siendo que al no ser un tema de puro derecho como afirma la recurrente, correspondía con la práctica de la prueba dilucidar este tema, y según se desprende del informe del perito Salazar, no pudo analizar los conceptos de los pagos realizados a favor de los empleados, únicamente pudo verificar que el monto de la glosa no superaba el 20% de la materia gravada, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de la Seguridad Social, en tal sentido el Tribunal Distrital no ha dejado de resolver un asunto de la controversia, sino que en atención a la valoración probatoria considera que no hay elementos de convicción para establecer que el gasto corresponde a un beneficio social y que por tanto, está exento de la materia gravada. Se advierte además que la compañía recurrente pretenderia que esta Sala realice un nuevo análisis probatorio, lo cual, dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación no es posible al amparo del caso tercero, de tal manera que no se evidencia el vicio de citra petita, por lo que no se configura el vicio acusado y se lo rechaza.

6.3.5.- Glosa 3.6.2.3 ***Costos y gastos sin documentación de respaldo USD. 478.063,80*** (fjs. 718-720 vlta. expediente de casación, págs. 19-23 Recurso), para fundamentar esta glosa, la recurrente señala que el Tribunal A quo no analizó la totalidad de las operaciones observadas por el SRI, siendo que existieron ocho proyectos sobre los cuales se desconoció la deducibilidad de sus costos. Señala que el Tribunal sólo revisó una factura por USD. 4.11 del proyecto Pronaca Gemini

II y otra sin identificar, para de esa manera dejar de analizar todas las transacciones que conformaban los ocho registros contables objetados por el SRI, por lo tanto se habría incurrido en el vicio de citra petita pues no se pronuncia sobre todos los proyectos del cuadro No. 22 del acto impugnado. **6.3.5.1.-** Por su parte, los jueces de instancia han determinado en el **considerando 7.2.5.2** del fallo impugnado, al analizar el informe del perito, que él consideró sustentadas operaciones de gasto que no contaban con la documentación de respaldo suficiente para considerarlas deducibles, y frente a esta circunstancia, no fue posible para el Tribunal A quo establecer a ciencia cierta el valor supuestamente sustentado, porque presenta diferencias, si se toma en cuenta la realidad de cada una las operaciones. Por lo que, los jueces de instancia concluyen que no hay mérito en lo informado por el perito y en tal sentido ratifican la glosa establecida en el cuadro 22 del acta de determinación de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2014, por un valor de USD. 478.063,80. **6.3.5.2.-** En lo que respecta a la presente glosa, se advierte que el recurrente se ha referido únicamente al cuadro 22 en su recurso. Esta Sala especializada toma en consideración, conforme se desprende del fallo impugnado, que el perito Fausto Salazar analizó el valor determinado en el cuadro 22 y que en el informe presentado hay observaciones de la documentación de soporte, por lo que para los juzgadores de instancia el informe pericial no tiene mérito, y resuelve ratificar la glosa. Es decir, los juzgadores distritales no contaron con el medio de prueba necesario que les permita desvirtuar la glosa, por el contrario advirtieron que el informe del perito no tenía la documentación de respaldo correspondiente. En el considerando 4.1.7 de la sentencia impugnada, cuando recoge las acusaciones del actor en su demanda y los argumentos de la administración tributaria en la contestación a la demanda, señala lo siguiente: *"En lo que respecta al cuadro 22, se establece como gasto no deducible el valor de USD. 478.063,80, según la administración tributaria por no presentar documentación soporte, documentos de pago y esencia económica que evidencien que el gasto efectivamente se efectuó. En general, SEMAICA señala que en etapa administrativa presentó documentación de soporte, que demuestran los costos y gastos incurridos por la compañía. Sin embargo la administración tributaria, en el numeral 8.9.5, estableció un análisis en el que se descarta documentación presentada, sin identificarse aquellos justificativos que no cumplen el criterio del SRI, los requisitos para soportar el gasto. Así en las observaciones constantes en uno de los cuadros de esta glosa, no se establecen criterios pertinentes, por lo que alega falta de motivación de la glosa; así, pese a que la misma administración establece que existen transacciones con valores justificados, los incluye como no deducibles."*. Tampoco se advierte que la casacionista en su recurso haya explicado cuáles fueron los fundamentos de hecho y derecho que en su demanda fueron efectuados a cada uno de los comprobantes para desvanecer la glosa a fin de dilucidar cuál fue el controvertido específico y de ello corroborar si fue o no atendido en sentencia, sino más bien ha hecho su acusación de manera genérica, de tal forma que no se advierte que el fallo incurra en el vicio de *citra petita*, por lo que se rechaza el caso interpuesto por la recurrente.

6.4.- 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."*. **La aplicación indebida** *se produce (…) cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alance 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.".*[6]

6.4.1.- Las normas señaladas como infringidas son: a) Artículo 28 de la Ley de Régimen Tributario Interno.- *"Ingresos por contratos de construcción. Los contribuyentes que obtengan ingresos por contratos de construcción liquidarán el impuesto en base a los resultados que arroje su contabilidad en aplicación de las normas contables correspondientes.*

[6] Humberto Murcia Ballén, "Recurso de casación civil", (Bogotá: Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez, 2015), 318.

Cuando los contribuyentes no se encuentren obligados a llevar contabilidad o, siendo obligados, la misma no se ajuste a las disposiciones técnicas contables, legales y reglamentarias, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, se presumirá que la base imponible es igual al 15% del total del contrato. Los honorarios que perciban las personas naturales, por dirección técnica o administración, constituyen ingresos de servicios profesionales y, por lo tanto, no están sujetos a las normas de este artículo."; **b) Artículo 185 del Código del Trabajo.-** *"Bonificaciones por desahucio. En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio, el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador. Igual bonificación se pagará en los casos en que la relación laboral termine por acuerdo entre las partes. El empleador, en el plazo de quince días posteriores al aviso del desahucio, procederá a liquidar el valor que representan las bonificaciones correspondientes y demás derechos que le correspondan a la persona trabajadora, de conformidad con la ley y sin perjuicio de las facultades de control del Ministerio rector del trabajo."*. **c) Artículo 408 del Código del Trabajo.-** *"Comisiones centrales de calificación. "En Quito, Guayaquil, Cuenca y Ambato funcionarán comisiones centrales de calificación, compuestas: la de Quito, por el Director Regional del Trabajo, que hará de Presidente de la Comisión; por el Director General del Departamento Médico del Seguro Social o su delegado, y por un profesional médico del Departamento de Seguridad e Higiene del Trabajo; y las de Guayaquil, Cuenca y Ambato, por el Director Regional del Trabajo, que la presidirá; por el Director Regional del Departamento Médico o su delegado, y por un profesional médico del Departamento de Seguridad e Higiene del Trabajo."*. **d) Artículo 592 del Código del Trabajo.-** *"Reconvención conexa. En los juicios de trabajo es admisible la reconvención conexa, la que será resuelta en sentencia, sin que por ello se altere el trámite de la causa. En la audiencia, el actor podrá contestar la reconvención. De no hacerlo, se tendrán como negados sus fundamentos."*.

6.4.2. Glosa 3.6.2.2.2 *Gastos, sueldos, salarios y beneficios sociales aportados en actas de finiquito no legalizadas* (fjs. 716-717 expediente de instancia. págs. 15-17 recurso), la casacionista frente a esta glosa argumenta en su recurso que en el numeral 7.2.4.2 el Tribunal *A quo* cita los artículos 175, 408 y 592 del Código del Trabajo y el artículo 28 de la LRTI, siendo que dichas normas son discordantes frente a los hechos sometidos a decisión, pues las referidas normas no corresponden al caso ni materia de la litis. **6.4.2.1.-** En el **numeral 7.2.4.2** los jueces distritales señalan: *"Al efecto, el artículo 28 de la Ley de Régimen Tributario Interno, invocado también en el acto impugnado, manifiesta que para efecto de la deducibilidad de valores pendientes de pago a los trabajadores o las indemnizaciones laborales conforme lo ordenado en el numeral 9 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, las actas de finiquito estarán debidamente legalizadas. El Tribunal encuentra lógica la apreciación reglamentaria, dado que la realización de este tipo de gasto se verifica cuando el ex trabajador, recibe el monto de su liquidación de haberes lo hace bajo la supervisión del Inspector del Trabajo, conforme las normas laborales referidas en el acto de determinación (arts. 185, 408 y 592 del Código del Trabajo).* **6.4.2.2.-** Respecto de la glosa en cuestión, esta Sala especializada resolvió casar el fallo impugnado con amparo en el caso segundo del artículo 268 del COGEP, pues evidenció que efectivamente las normas citadas no corresponden a los hechos, por lo que se estará a lo resuelto en el considerando 6.2.3 de esta sentencia.

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.- CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado dictado el 29 de abril del 2022, a las 11h23, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en el juicio de impugnación No. 17510-2020-00067, en los términos de los considerandos 6.2.3 y 6.2.4 de este fallo.

7.3.- Vista la aceptación parcial del recurso propuesto, conforme lo dispuesto en el artículo 275 del COGEP y en virtud de que la parte recurrente ha rendido caución, se dispone que el valor caucionado en esta sede casacional sea imputado a la obligación tributaria dentro de la liquidación correspondiente, conforme el debido proceso previsto en el artículo 314 ibídem a cargo del Tribunal Distrital A quo y si luego de haberse satisfecho la obligación, existiere saldo a favor del sujeto pasivo, deberá ser devuelto a este.

7.4.- Actúe la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal vigente.

7.5.- Sin costas.
7.6.- Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.
f) DR: DIEGO PATRICIO GORDILLO CEVALLOS **JUEZ NACIONAL (e) (PONENTE)** DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL (e)** DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL.**

Resumen de fácil comprensión

La Sala especializada de lo Contencioso Tributario al analizar los vicios sustentados en los casos segundo, tercero y quinto del artículo 268 del COGEP, ha considerado que se ha incurrido en el vicio de falta de motivación e incongruencia al amparo del caso dos, respecto de las glosas 3.6.2.2.2 y 3.6.2.10, por lo que ha resuelto casar el fallo parcialmente respecto de las dos glosas referidas, en los términos de los considerandos 6.2.3 y 6.2.4 de esta sentencia.

III

Juicio Nro. 17510-2021-00269
Fecha: jueves 24 de octubre del 2024, las 12h48.
Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

TEMA

Exención tributaria condicionada al principio de reciprocidad y su interpretación literal.

SÍNTESIS

La exención tributaria es un beneficio condicionado cuya aplicación exige acreditar el principio de reciprocidad, sin que su interpretación literal implique restricción indebida ni violación de la reserva de ley. El recurrente alegó indebida interpretación respecto de la exención tributaria aplicable a empresas estatales extranjeras. La Sala determinó que la exención prevista en el Código Tributario constituye un beneficio condicionado y no un derecho automático, cuya procedencia exige demostrar el cumplimiento del principio de reciprocidad. Concluyó que la interpretación literal efectuada por el tribunal de instancia no restringe el alcance de la norma ni vulnera el principio de reserva de ley, por lo que no se casa la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conformada por la Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional titular, Dr. Diego Patricio Gordillo Cevallos, Juez Nacional Encargado y Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Encargado y ponente, dictan la siguiente sentencia de casación dentro de la causa No. 17510-2021-00269.

1.- Antecedentes procesales

1.1. PDVSA ECUADOR debidamente representada por el ingeniero EL CHIRITI EL HADJAR KAMAL, deduce acción de impugnación en contra de la Liquidación de pago por determinación presuntiva No. 17202106500308778, emitida el 26 de febrero de 2021 por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, por concepto de contribución solidaria sobre bienes inmuebles y derechos representativos de capital existentes en el Ecuador de propiedad de sociedades residentes en paraísos fiscales u otras jurisdicciones del exterior.

1.2. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Quito, en la audiencia preliminar, de común acuerdo con las partes procesales, fijó el objeto de la controversia (acápite VI) en los siguientes términos: *"Establecer si es procedente la impugnación de la parte actora, en el sentido de que se deje sin efecto la Liquidación de Pago por determinación presuntiva No. 17202106500308778 por concepto de contribución solidaria sobre bienes inmuebles y derechos representativos de capital existentes en el Ecuador de propiedad de sociedades residentes en paraísos fiscales u otras jurisdicciones del exterior de 26 de febrero de 2021, y se declare la exención del pago de la referida contribución a las compañías PDV Andina y PDVSA América por tratarse de empresas públicas extranjeras con inversiones en el país."*

1.3. Mediante sentencia dictada el 30 de marzo del 2022, las 08h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, se resuelve: *"rechazar la demanda de impugnación convertida a pago indebido, presentada por el ingeniero El Chiriti El Hadjar Kamal en calidad de gerente general de la compañía PDVSA ECUADOR S.A., en consecuencia se confirma la legalidad de la liquidación de pago por determinación presuntiva número 17202106500308778, por concepto de contribución solidaria sobre bienes inmuebles y derechos representativos de capital existentes en el Ecuador de propiedad de sociedades residentes en paraísos fiscales u otras jurisdicciones del exterior, de 26 de febrero de 2021, emitida por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas."*

1.4. PDVSA Ecuador S.A., debidamente representada por el ingeniero El Chiriti El Hadjar Kamal, interpone recurso de casación (fs. 390 a 397), con fundamento en el caso **quinto** del art. 268

del Código Orgánico General de Procesos (COGEP en lo posterior), el cual es calificado de oportuno por dicho Tribunal de instancia en auto de 13 de mayo del 2022, a las 15h58 y remite el proceso a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.5. Mediante auto interlocutorio de 1 de junio del 2023, las 11h03 dictado por el doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez (e) de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la parte **actora,** esto es por el caso **quinto** del art. 268 del COGEP, por la **errónea interpretación** del numeral 8 del art. 35 del Código Tributario.

2.- Competencia

2.1. 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, CRE; 184, 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ y 269 del COGEP.

2.2. En virtud del sorteo de la causa realizado el 19 de octubre del 2023, a las 14h38, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Rosana Morales Ordóñez, José Suing Nagua (Jueces Nacionales) y Gustavo Durango Vela (Juez Nacional Encargado y 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 Dionicio Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; además, con Resolución Nro. 008-20221, 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 del 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los Doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua. Mediante oficio No. 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 No. 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 avalado con Acción de Personal No. 166-UATH-2021-NB de 19 de febrero de 2021.

2.3. En virtud del sorteo de 1 de julio de 2024, 14h00, mediante oficio No. 1040-SG-CNJ-MMV-2024 de 1 de julio de 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua quien al haber sido designado Presidente (E) de la Corte Nacional de Justicia, llama a asumir el despacho como Juez de la Sala de lo Contencioso Tributario al doctor Diego Patricio Gordillo Cevallos, con los mismos deberes y atribuciones del titular.

3.- 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 lo manifestaron los procuradores judiciales de las partes, en audiencia de casación llevada a cabo el día jueves 17 de octubre del 2024, a las 14h45. Al no alcanzar a tomar una decisión, pese a las deliberaciones, se suspendió la audiencia para el miércoles 23 de octubre de este año, a las 16h00, la que efectivamente se realizó y se dio a conocer oralmente el fallo.

4.- Fundamentación del recurso de casación

4.1. La actora PDVSA ECUADOR S.A., en el escrito de casación y en la audiencia de casación llevada a cabo, sostiene que en la sentencia se ha incurrido en el caso 5 del art. 268 COGEP por el vicio de errónea interpretación del numeral 8 del art. 35 de Código Tributario, con el siguiente argumento:

4.1.1. En el caso particular, los hechos imputados corresponden a la exoneración general de impuestos de la que gozan las empresas multinacionales estatales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados; por tanto, la norma sustantiva que regula estos efectos es el numeral 8 del art. 35 del Código Tributario; donde una vez cumplidos con sus presupuestos fácticos, la consecuencia jurídica deviene en el no nacimiento de la obligación tributaria a favor del sujeto pasivo que los cumple. Expone que, así lo ha entendido el juez A-quo, pues tanto en su parte expositiva como considerativa, basa la exigencia de la exención demandada en la referida norma, misma que ha sido trascendente en la sentencia. Respecto de esta norma refiere que, si bien es correcta su aplicación para el caso en concreto, el yerro del Tribunal se verifica en la interpretación equivocada que hace de los presupuestos fácticos de la misma, entendiéndose de manera errónea, aplicando un sentido distinto al señalado por el legislador.

4.1.2. En el fallo el juzgador elige el sentido literario y simple de interpretación (exégeta), según lo establecido en el art. 13 del Código Tributario y decide interpretar el enunciado normativo del numeral 8 del art. 35 del Código Tributario "condición de reciprocidad" conforme se observa de los puntos 32, 35 y 33 que transcribe y así, en ese orden de ideas el Tribunal considera, después de ejercicio interpretativo de la norma tributaria sustantiva, que los presupuestos fácticos que esta prevé, a manera de requisitos que deben ser intrínsecamente cumplidos para que el contribuyente (empresa multinacional estatal pública extranjera) obtenga la consecuencia legal de la exoneración de impuestos, son tres, en función del sentido literal y simple de la norma: Que se trate de un impuesto, que se aplica bajo la condición de reciprocidad internacional, y que se trate de una empresa multinacional estatal extranjera.

4.1.3. Al aplicar la norma ocupa el enunciado de "bajo condición de reciprocidad internacional" como consecuencia de una interpretación separada de cada uno de los términos que lo conforman. Así, toma aisladamente palabra por palabra y le va asignando su acepción semántica, donde el término "bajo condición" significa una limitación que deba superarse, a través de una demostración probatoria de una situación práctica y legal; y el término "reciprocidad internacional" significaría únicamente que la normativa tributaria extranjera tenga una redacción similar a favor de los estados extranjeros.

4.1.4. Interpretación restrictiva efectuada por el Tribunal que limita la hermenéutica jurídica a la literalidad de las palabras, y deja de considerar, como elementos necesarios para su interpretación, a factores trascendentales de la redacción normativa como los principios del derecho internacional, los mecanismos para evitar la doble imposición fiscal internacional, la voluntad de la norma y del legislador para mejorar las condiciones comerciales de inversiones extranjeras de países aliados. De esta manera deja de lado el sentido técnico del principio de reciprocidad internacional aplicado a la fiscalidad, y olvida por completo que para esta materia en particular el resto del ordenamiento jurídico que conforma el sistema tributario posee una definición particular expresamente detallada para lo que el enunciado "bajo condición de reciprocidad" quiere decir.

4.1.5. De esta manera llega a la errada conclusión de que la voluntad del legislador, y por tanto el espíritu de norma, es condicionar los efectos legales de la exención en la legislación nacional a la demostración por parte del alegante de un tratamiento recíproco de la legislación extranjera, consistente en la redacción normativa similar, enfocado única y exclusivamente, como lo deja ver en sus considerandos, en no causar una potencial lesión al principio de igualdad de los sujetos tributarios, o a la recaudación fiscal. Esta falacia interpretativa deviene en que, para la parte actora, una norma que dispone únicamente de dos condicionantes para que operen sus efectos, ahora lo condiciona a un requisito adicional, que es la comprobación documental de una reciprocidad, mal entendida, en la legislación extranjera. Poniéndola de esta manera en una situación de inseguridad jurídica frente al ejercicio de los beneficios y exenciones que la norma tributaria sustantiva prevé para dicha situación. En conclusión, el error de interpretación radica en que el Tribunal, a través de la limitación de la hermenéutica, transforma un enunciado normativo en un requisito condicional para la eficacia de la norma, lo que trastoca su implementación en el caso concreto y genera una decisión errada frente a las pretensiones del actor.

4.1.6. En su criterio, una correcta interpretación del enunciado "bajo condición de reciprocidad internacional" de la norma, el Tribunal debió aplicar la hermenéutica jurídica y asociarla con las materias que están en juego en los efectos de exención de la fiscalidad internacional. Continúa señalando las características y cómo estás no han sido tomadas en cuenta por el Tribunal al momento de la aplicación de la norma sustantiva y en esa línea de ideas para entender el contexto de la norma sustantiva dentro del sistema tributario ecuatoriano, su interacción con el derecho internacional y fiscal internacional, y el tipo de mecanismo que representa para evitar la doble imposición, se debe entender que si bien el art. 35 del Código Tributario articula dentro del sistema nacional las exenciones por diversas razones (económicas, sociales, principios internacionales, etc.) de las que gozan varios sujetos pasivos en general, el numeral 8 en particular, desde la perspectiva de los principios de derecho internacional, trata sobre los mecanismos para evitar la doble imposición a favor de activos, inversiones y propiedades que los estados extranjeros poseen en el país, como no residentes fiscales ecuatorianos, y que las legislaciones tributarias de varios de ellos recogen para cumplir con el principio de reciprocidad internacional de carácter general, que rige las relaciones entre estados que comercian entre sí, tanto pública como privadamente.

4.1.7. Señala que, según la técnica de fiscalidad internacional, cuando se pretende favorecer a un estado extranjero o a un nacional, se puede emplear un

mecanismo para evitar la doble imposición ya sea de manera unilateral, bilateral o multilateral. A los mecanismos unilaterales, que comportan la redacción de una norma favorable a los no residentes, la doctrina tributaria internacional, los conoce como de reciprocidad cualitativa. Explica cómo debe ser entendida la reciprocidad como principio tributario y acusa que, de la interpretación restrictiva y literal hecha por el Tribunal en la sentencia recurrida, no se puede dilucidar, por su falta de hermenéutica jurídica, el alcance que el presunto condicionamiento de reciprocidad tiene para que la normativa nacional tenga efecto, pues simplemente se limita a decir que en la normativa extranjera debería haber una norma que otorgue las mismas condiciones que la que pretende beneficiarse, haciendo referencia a una reciprocidad cualitativa, pero no menciona si también las condiciones deben ser o no prácticas y si se debe o no verificar en la realidad como equivalentes. Es decir, no delimita el alcance de la presunta reciprocidad como condición, a su faceta cualitativa o cuantitativa, pues bien pudo interpretar el Tribunal, a más de la necesidad irreal de que exista una legislación de beneficios similares en el extranjero, que para que la condición de reciprocidad se dé por verificada también se debe demostrar por el alegante que una empresa multinacional estatal ecuatoriana, se encuentre gozando del mismo tratamiento tributario en Venezuela. Lo que en la práctica sería imposible dado que Ecuador no tiene empresas multinacionales.

4.1.8. En concreto, con aplicación de una correcta hermenéutica jurídica del enunciado "bajo condición de reciprocidad", considerando que se trata de un mecanismo unilateral para evitar la doble imposición fiscal, correspondiente a la reciprocidad cualitativa como principio de derecho internacional, que forma parte del sistema tributario cuya finalidad es impulsar el desarrollo económico y apalancar el rol del Estado; la norma citada en el caso concreto, debe entenderse como que los presupuestos fácticos para configurar la exención son: (1) que corresponda exclusivamente al pago de impuesto; (2) Que el pago corresponda a una empresa multinacional, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados. Señala que la Corte Suprema de Justicia dentro del Juicio Nro. 89-2007, ha interpretado el art. 35 del Código Tributario, ha permitido la aplicación inmediata de la norma y la generación de sus efectos a favor de no residentes y de estados extranjeros, por condición de principio de reciprocidad internacional general. Aplicando así directamente el mecanismo unilateral para evitar la doble imposición.

4.1.9. Concluye señalando que la norma es pertinente para resolver el caso, pues se trata de la aplicación de la excepción general de impuestos previstos por la normativa tributaria nacional a favor de estados extranjeros, pero no ha sido rectamente entendida e interpretada por el Tribunal, toda vez que infiere que un enunciado normativo es un requisito que condiciona los efectos de esta y por lo tanto los derechos de sus beneficiarios, por lo que su interpretación ha sido errada. El yerro en la interpretación de la norma sustantiva trae como consecuencia una infracción directa a la seguridad jurídica del recurrente, es decir, le priva de los beneficios a los que tiene derecho y le obliga a cumplir un requisito legalmente inexistente. Ante lo cual lo pertinente era entender la norma en su verdadero alcance hermenéutico y revisar el cumplimento únicamente de los requisitos establecidos; y que la errónea interpretación de la norma sustantiva es determinante en la parte dispositiva y en la decisión de la sentencia, que concluye rechazar la demanda por no haber cumplido el requisito inexistente. Finalmente expresa que, si el Tribunal hubiese interpretado correctamente la norma sustantiva la decisión hubiese reconocido el derecho del recurrente a beneficiarse de la exoneración del impuesto a la contribución solidaria sobre el patrimonio y hubiese considerado el valor de USD 3.131.929,85, como pago indebido, por tanto, la decisión de la causa hubiese sido sustancialmente diferente.

4.2. Contestación al recurso de casación de la parte demandada.- Revisados los recaudos procesales, no se observa que el SRI haya dado contestación por escrito al recurso de casación admitido por el Conjuez.

5.- Problema Jurídico

Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, ha incurrido en el caso **quinto** del art. 268 del COGEP, esto es, en la **errónea interpretación** del numeral 8 del art. 35 del Código Tributario.

6.- Análisis del Tribunal de Casación

6.1. El recurso de casación se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del COGEP que dispone:

> ***"Art. 268.-*** *Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)* ***5.*** *Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

El caso **5** 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 yerro 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. Para que se configure el mismo se requiere la presencia de dos elementos: el primero que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido.

6.2. Alcance doctrinario del vicio denunciado.- El autor Luis Armando Tolosa Villabona, en su obra: Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 359 (…) sobre la **errónea interpretación** sostiene:

> *"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."*

6.3. Normas legales aplicables al caso.- Las normas que el recurrente estima infringidas son las siguientes:

Código Tributario

> "Art. 35.- ***Exenciones generales.-*** *Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales: (…) 8. Bajo la condición de reciprocidad internacional: b) Las empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados;(…)"*

6.4. Caso sub judice a resolver.- La empresa recurrente señala que en la sentencia se ha dado una interpretación restrictiva y literal al art. 35 del Código Tributario, norma que establece las exenciones en general, pues ha dotado de una condición al numeral 8 al referirse al enunciado "reciprocidad internacional" pues en su criterio debió ser interpretada sistemáticamente con otras normas (fiscalidad internacional) y no de forma aislada ocasionando una limitación que debe superarse, a través de una demostración probatoria, lo cual se aleja de la intención del legislador.

6.4.1. Teniendo en cuenta que el caso invocado parte de la aceptación de los hechos establecidos por los juzgadores como probados los cuales no pueden ser revalorizados por esta Sala, de la sentencia se tienen como tales: **1)** No es controvertido que la obligación que persigue el SRI es la contribución solidaria sobre bienes inmuebles y derechos representativos de capital existentes en el Ecuador de propiedad de sociedades residentes en paraísos fiscales u otras jurisdicciones del exterior. **2)** Son accionistas de PDVSA Ecuador, las sociedades extranjeras venezolanas PDV ANDINA S.A. con una participación del 99% y PDVSA AMÉRICA S.A. con una participación del 1%. **3)** La contribución solidaria corresponde a un tributo bajo la especie de impuesto pues no se observa ninguna vinculación con el accionar del Estado. **4)** De la prueba practicada por la actora no se justifica el cumplimiento del requisito de "bajo reciprocidad internacional". **5)** Se convirtió la acción de impugnación en la de pago indebido a consecuencia del pago de la obligación.

6.4.2. En la sentencia los jueces de instancia establecen que la Liquidación de pago tiene como objeto el cobro a PDVSA de USD$ 1.133.757,60 por concepto de contribución solidaria y destaca que en el acto administrativo se establece: *"Por otro lado la Contribución Solidaria sobre bienes Inmuebles y Derechos Representativos de Capital existentes en el Ecuador de propiedad de sociedades no residentes en paraísos fiscales u otras jurisdicciones del exterior forma parte de las contribuciones solidarias establecidas en la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las Zonas Afectadas por el Terremoto de 16 de Abril de 2016, razón por la que dicha contribución no corresponde a la clasificación de impuestos, por lo tanto lo indicado por el contribuyente que se encuentra exento de dicho impuesto de conformidad con literal a) y b) del artículo 35 del Código Tributario es considerado improcedente"* (lo resaltado fuera de texto). Es a partir de la afirmación del SRI de "no ser la contribución solidaria un impuesto" que los jueces entran a analizar la no sujeción por en marcarse en el presupuesto de la norma tributaria; pues la alegación de PDVSA, es encontrarse exonerados de conformidad con el art. 35 del Código Tributario.

6.4.3. Bajo esta delimitación del punto de análisis, en un primer momento, los jueces de instancia cuestionan y rechazan la afirmación efectuada en el acto impugnado respecto de la naturaleza de la contribución solidaria, y establecen su naturaleza de impuesto más allá de la denominación que le ha

dado el legislador, tema zanjado por la Corte Constitucional cuando emite la sentencia 43-16-IN y señala que debe ser catalogada como impuesto; antecedentes con los cuales entran a verificar la concurrencia de las circunstancias previstas en el numeral 8 del art. 35 del Código Tributario, pues al tratarse de la exclusión o dispensa legal de la obligación tributaria, se debe proceder conforme al principio de reserva legal y en su opinión al caso que nos ocupa *"la forma de establecer la exención, y por otro lado, la analogía es un procedimiento admisible para colmar los vacíos de la ley, pero en virtud de ella no pueden crearse exenciones."*

6.4.4. Ahora bien, entendida la procedencia de las exenciones (art. 31, 32, 33 y 34 CT), desde la visión de los beneficios otorgados por el legislador que responden a razones de orden público, económico y social, ya en el caso en concreto, a la luz de la norma invocada por la contribuyente para acogerse al beneficio tributario, en sentencia advierten *"que el legislador ha establecido distintos beneficios tributarios, en la especie de exenciones, donde bajo la condición de reciprocidad internacional, se dispensa del pago de impuestos a los bienes que posean en el país los estados extranjeros; así como, de impuestos a las empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados.-"*

6.4.5. Por lo que, bajo este presupuesto de hecho, en sentencia pasan a verificar si PDVSA cumple con los requisitos para su concesión contenidos en el art. 35 del Código Tributario, esto es: **(1)** corresponder exclusivamente al pago de impuestos; **(2)** Que el beneficio se aplica bajo la condición de reciprocidad internacional; y, (3) Que el pago corresponda a: **(3.1)** Estados extranjeros, por los bienes que posean en el país; o, **(3.2)** Empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados.

6.4.6. Ahora bien, es el establecimiento del segundo presupuesto *"condición de reciprocidad internacional"*, el que el casacionista ha cuestionado su interpretación (ejercicio hermenéutico), y respecto del que esta Sala va a verificar si la interpretación literal dada en la sentencia ocasiona que su alcance sea restringido afectando principios de derecho internacional y en concreto de fiscalidad internacional (doble imposición tributaria), para lo cual es necesario transcribir el contenido de los puntos 35 al 38 del fallo y en el que se ha manifestado:

"35. *Para contextualizar este requisito (léase: reciprocidad internacional) es preciso indicar que, si bien los beneficios tributarios –como son las exenciones en términos generales pueden ser lesivos al principio de igualdad de los sujetos tributarios (que no está en discusión en la presente causa), o a la recaudación fiscal pues, su consecuencia es el no pago del tributo, encuentran su sustento en que "(…) hay que tomar en cuenta, al menos conceptualmente, que, por razones de política fiscal, el Estado está en la posibilidad de dictar normas de exención tributaria, a fin de favorecer, por razones del bienestar del Estado en general, a ciertos contribuyentes, excepcionándoles de la carga tributaria"* **(Egas Reyes, Pablo. "La interpretación en materia tributaria". Foro: revista de derecho. 3 (II Semestre, 2004): p.135);** *así en este caso, la exoneración está llamada a cumplirse, en tanto y en cuanto, se verifiquen todos los presupuestos normativos de la misma, en este parte del fallo: si se verifica la "condición de reciprocidad internacional".-* ***36.*** *En cuanto a la interpretación de la norma expresa que contiene el beneficio tributario "la norma de exención, al ser una disposición fiscal ordinaria, tiene y debe ser comprendida como cualquier otro precepto impositivo, sin ningún tipo de privilegio" (Op. Cit. Egas Reyes, Pablo, p.137), pues en la legislación ecuatoriana " las normas exención son también normas tributarias ordinarias, y por lo tanto no requieren métodos especiales de interpretación, sino que, por el contrario, se deben utilizar los mismos procedimientos de hermenéutica tomados en cuenta para comprender cualquier otro tipo de norma impositiva" (Op. Cit. p.138); es decir, conforme el artículo 13 del Código Tributario, las palabras empleadas en la ley tributaria, en la especie " condición de reciprocidad internacional" se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente.-* ***37.*** *En este orden de cosas, conforme el diccionario de la Real Academia Española, se define "reciprocidad" como "Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra"* ***(https://dle.rae.es/reciprocidad?m=form)*** *y según el Diccionario Jurídico Elemental como "Igualdad en el trato. Correspondencia en las relaciones. Acción y reacción mutuas y acordes en sentido de coincidencia o de discrepancia; de armonía o de conflicto. En Derecho Internacional, a falta de norma coactiva, sujeción al mismo trato que reciban el Estado o los nacionales suyos por parte de otro a que se haga referencia. Índole y nexo de la obligación recíproca" (****Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., undécima edición, 1993****).-* ***38.*** *Así las cosas, conforme las definiciones citadas con relación al requisito que se analiza, se entiende que, al ser la Contribución Solidaria un impuesto que se exige en Ecuador, y siendo que, las compañías accionistas de PDVSA son nacionales*

la República de Venezuela (§ 16), bajo reciprocidad internacional, el Estado ecuatoriano debe estar sujeto al mismo trato, correspondencia mutua o igualdad en el trato en la República de Venezuela.- (El subrayado corresponde a esta Sala de Casación).

6.4.7. De esta parte de la sentencia, se tiene que efectivamente los jueces han efectuado una interpretación literal del condicionamiento "reciprocidad internacional", pues atendiendo los métodos de interpretación permitidos en el derecho, las normas tributarias se interpretan teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significancia económica, dos condiciones que deben ser concurrentes (art. 13 CT). Ahora bien, esa misma norma también expresa que, las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente. En ese contexto, es claro que la ley tributaria no ha definido como debe ser efectiva esa condición de "reciprocidad internacional", por lo que, es necesario la utilización de métodos de interpretación a fin de dar respuesta al caso concreto, puesto que con base en la hermenéutica jurídica y atendiendo a los conceptos tributarios su sentido jurídico estará en armonía con el régimen tributario ecuatoriano.

6.4.8. Ahora bien, de la sentencia se advierte que, los juzgadores consideran suficiente el sentido literal de la palabra contenida en esa norma, la cual cabe destacar ha sido entendida sistemáticamente con otras normas reguladoras de las exenciones tributarias existentes en la ley para su aplicabilidad, pues al ser un elemento constitutivo del tributo la reserva de ley, alcanza al otorgamiento de exenciones, incluso nivel constitucional conforme lo prevé el art. 301 de la Constitución de la República del Ecuador que, por jerarquía, prevalece sobre cualquier otra norma doméstica o internacional. Es importante señalar que, la empresa PDVSA, no ha especificado dentro de su recurso extraordinario de casación qué norma o convenio internacional ha sido vulnerado con la sentencia dictada por el Tribunal de instancia; si bien los defensores técnicos de la recurrente que comparecieron a la audiencia de sustentación oral del recurso, han referido como infringidos, varios instrumentos internacionales que habrían sido suscritos por el Ecuador y Venezuela para vincularlos a los fundamentos del vicio alegado, ello difiere y no se compadece a la línea argumentativa desarrollada en su escrito casacional, actuación irregular que constituye una verdadera reforma casacional, lo cual no está prevista en la ley pues de forma sorpresiva, han proferido nuevos elementos normativos y motivos de la forma en que se produjo el vicio, lo cual se aleja del principio de buena fe y lealtad procesal (art. 26 COFJ), verdad procesal (art. 27 COFJ) angustia el derecho a la defensa de la contraparte y es contrario al carácter taxativo (sistema cerrado), dispositivo y extraordinario propio del recurso de casación, lo cual corro bora lo infundado del recurso.

6.4.9. En atención a lo manifestado, a criterio de esta Sala de Casación, no se observa que la literalidad de la norma aplicada en la sentencia impugnada, tenga como consecuencia un vicio de interpretación jurídica, pues la demostración de la "reciprocidad" está dada en el sentido de que deban las compañías ecuatorianas (existentes o no) tener un trato igual con otro Estado, pues la norma contemplada en el art. 35 del Código Tributario (exención) no es un derecho que deba ser de acatamiento irrestricto por las autoridades tributarias ecuatorianas, sino un beneficio tributario al que se puede acceder siempre que se demuestre el cumplimiento de los requisitos exigidos, de conformidad a lo señalado en el art. 169 en concordancia con el 162 del COGEP. En ese sentido, habiéndose declarado en sentencia que la actora no goza de la exoneración invocada, es procedente el pago de la obligación tributaria "contribución solidaria" y por tanto, no procede su devolución como consecuencia por la conversión de la acción de impugnación a pago indebido.

Consideraciones por las que se rechaza el vicio de errónea interpretación propuesto por la compañía actora al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

7.- Decisión

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

7.2. NO CASAR la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha el 30 de marzo del 2022 en el proceso No. 17510-2021-00269.

7.3. Sin costas.

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

7.5. 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 (e)** DR. DIEGO PATRICIO GORDILLO CEVALLOS **JUEZ NACIONAL (e)**

Resumen de fácil comprensión

No se casa la sentencia toda vez que la interpretación literal efectuada por el Tribunal juzgador no restringe el alcance de la norma tributaria conforme el principio de reserva de ley, sino que la entiende en su verdadero alcance.

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

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

I

Juicio Nro. 04571-2022-00125
Fecha: martes 30 de enero del 2024, las 10h56
Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

TEMA

Abuso sexual: Error en la subsunción del verbo rector del art. 170 COIP al absolver al procesado pese a la existencia de hechos típicos.

SÍNTESIS

Existe error de derecho cuando el tribunal de instancia no subsume correctamente los hechos probados en el verbo rector del delito de abuso sexual previsto en el artículo 170 del COIP, lo que habilita a la Corte Nacional a casar la sentencia absolutoria y dictar sentencia condenatoria. En recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General del Estado contra la sentencia de apelación que absolvió al procesado del delito de abuso sexual, la Sala Penal de la Corte Nacional examinó si los Jueces de instancia realizaron una correcta subsunción de los hechos probados en el tipo penal previsto en el artículo 170 del COIP. La Corte determinó que el tribunal de apelación incurrió en error de derecho al concluir que la conducta no se adecuaba al tipo penal, pues los hechos acreditados sí configuraban el verbo rector del delito de abuso sexual. En consecuencia, al verificarse la incorrecta aplicación de la norma penal, la Sala casó la sentencia impugnada y dictó sentencia condenatoria.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS: El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que se conformado por la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, por el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional, y por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Juez Nacional (E), dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 04571-2022-00125:

1. Antecedentes Procesales

1.1 El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, mediante sentencia de fecha 19 de julio de 2023, las 09h24, declara la culpabilidad de XX, por considerarlo autor directo del delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 inciso final del Código Orgánico Integral Penal (COIP), por lo que se le impone la pena privativa de libertad de siete años y la multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general, y además se lo condena al pago de dos mil dólares por concepto de reparación integral.

1.2 De esta decisión, el procesado, inconforme con lo resuelto por el *a quo* (juzgador de primera instancia), interpone recurso de apelación que es concedido ante la Sala Multicompetente de la Corte Provincial Justicia de Carchi, que mediante sentencia de fecha 19 de julio de 2023, las 09h24, acepta el mencionado medio de impugnación, revoca el fallo subido en grado, y en su lugar, ratifica el estado constitucional de inocencia de XX.

1.3 Inconforme con lo resuelto por el *ad quem* (juzgador de segunda instancia), el doctor Hugo Marcelo Velasco, Fiscal del Carchi, interpone recurso de casación que es concedido ante la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, sede en la que se llevó a cabo el sorteo de ley, acorde al artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), determinándose así el Tribunal que ha avocado conocimiento y sustanciado la presente causa, mismo que ha desarrollado la audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso de casación con fecha 24 de enero de 2024, las 14h45, escenario donde se tomó la decisión que se reduce a escrito.

2. Competencia

2.1 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 COFJ.

2.2 En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente acorde al artículo 141 del COFJ; el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional; y, la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Juez Nacional (E).

2.3 Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

3. Validez Procesal

3.1 Por la fecha en que inició el proceso, 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, acorde al trámite previsto en el artículo 657 *ejusdem*.

3.2 El medio de impugnación propuesto 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.

3.3 No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa.

3.4 En consecuencia, el proceso es válido y así se lo declara.

4. Fundamentación del Recurso de Casación

4.1 La Fiscalía General del Estado, por intermedio de su delegado Cristian Cañar Olmedo, en la audiencia oral, reservada y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, expone lo siguiente:

a. Que impugna la sentencia dictada en segunda instancia por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, de fecha 19 de julio de 2023, las 09h24.

b. Que se ha contravenido de forma expresa el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, por las siguientes razones:

i. En el considerando 5.6.6 del fallo se establece como hecho probado que el procesado bajó el pantalón a la víctima, y que también se bajó su pantalón, acto que a entender de la Sala no es uno de naturaleza sexual, conclusión a la que se arriba por considerar que la Fiscalía no realizó más preguntas para clarificar los hechos a la víctima en su testimonio anticipado.

ii. En el considerando 5.2.1 analizan acorde a la doctrina lo que se entiende por abuso sexual, determinando a la indemnidad sexual como el bien jurídico protegido; y, en el considerando 5.6.1, para analizar los actos de naturaleza sexual, hacen referencia a los principios de La Haya, señalando que el desnudar parcialmente a otra persona sin su voluntad amerita un acto de naturaleza sexual.

iii. En tal virtud, el considerar como hecho probado a la acción de desnudar de forma parcial a la víctima, debía ser considerado como suficiente para subsumir la conducta en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, tanto más que en el considerando 5.5.2 se tiene como hecho probado que la víctima, a la fecha de comisión de la infracción, tenía la edad de cinco años, nueve meses y veinte y cinco días, por lo que corresponde sancionar con la pena de diez años de privación de la libertad.

iv. Se evidencia que el yerro es trascendente porque se ha absuelto a una persona culpable, generando la impunidad y la ineficacia estatal a la protección de las niñas y niños como un grupo de atención prioritaria.

c. Solicita se corrija el error de derecho, se case la sentencia y se imponga la pena de diez años de privación de la libertad y la multa correspondiente, y que se condene al cumplimiento de la reparación integral en beneficio de la víctima acorde a lo que prevé la Constitución y la ley.

4.2 La víctima, por intermedio de su defensa técnica, ejercida por el doctor Germán Jordán Naranjo, defensor público, solicitó que se acepte el recurso de casación y que se tomen en cuenta los mecanismos de la reparación integral determinados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 78 del COIP.

4.3 El procesado XX, por intermedio de su defensor técnico, doctor Lenin Pazos Arellano, en contestación a la fundamentación esgrimida por la Fiscalía, expresa que:

a. Se violenta la manera correcta de argumentar en el recurso de casación, pues sobre una misma norma jurídica se afirma que se ha incurrido en más de una causal de error de derecho, pues se señala que se ha contravenido de forma expresa el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, y a su vez, que esta norma no ha sido aplicada, cuestión que no es procedente en esta sede.

b. Respecto a la contravención expresa del artículo 170 del COIP, el recurrente interpreta el hecho conforme a derecho de manera errónea, ya que el artículo 170 del COIP prevé que debe demostrarse un acto de naturaleza sexual, mismo que no ha podido desprenderse del testimonio anticipado rendido por la supuesta víctima, ya que haberle bajado el pantalón no constituye un acto de naturaleza sexual, pues en este se amerita la intimidación a través de cualquier medio, y no se está forzando a la víctima.

c. Ahora, en cuanto a la no aplicación, se viola la naturaleza jurídica de la casación, y en el caso puntual tenemos que el artículo 170 del COIP no tuvo que ser aplicado, porque el acto descrito por la presunta víctima no se corresponde al tipo.

d. Solicita se rechace el recurso de casación.

4.4 La Fiscalía General del Estado, por intermedio de su delegado, en su réplica hizo énfasis en que se encuentra como hecho probado que existió un acto de naturaleza sexual en contra de una menor de seis años de edad, conforme consta respectivamente en los puntos "5.6.6" y "5.5.2".

5. Problemas Jurídicos

5.1 En virtud de los argumentos vertidos por la Fiscalía General del Estado, a través de su delegado, en la respectiva audiencia de fundamentación del recurso de casación, el infrascrito Tribunal ha podido inferir el siguiente problema jurídico:

> **i. ¿Se contraviene de forma expresa el texto del artículo 170 incisos primero y tercero del COIP?**

6. Análisis del Tribunal de Casación

6.1 ***Generalidades:*** Previo a dar respuesta al mencionado problema jurídico, es preciso que entendamos la naturaleza jurídica del recurso de casación y su régimen jurídico procesal aplicable en nuestro sistema penal, siendo imperativo, para el efecto, partir por el incontrovertible que el recurso de casación no garantiza el derecho a recurrir en su integralidad, pues tan sólo lo reconoce en su *dimensión formal*, al ser un medio de impugnación previsto en el sistema procesal recursivo del ordenamiento jurídico, pero no en su *dimensión material*, ya que no es un recurso que permita el examen integral de hechos y prueba del fallo que se impugna, sino estrictamente del derecho aplicado e interpretado por los juzgadores, por lo que garantiza el derecho de acceso a la justicia, de seguridad jurídica, y del principio de legalidad.

De la naturaleza jurídica y régimen jurídico procesal del recurso de casación

6.1.1 Acorde a la teoría general de los recursos procesales penales, partiendo de la clasificación clásica de recursos ordinarios y extraordinarios, es preciso señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz del artículo 656 del COIP, el recurso de casación no es un recurso *ordinario* pues no prevé una fundamentación libre con base a la mera mención de agravios, sino que es un recurso *extraordinario*, pues obliga a que la fundamentación del mismo sea técnica, esto es, con base exclusiva a las causas de casación taxativamente contenidas en la mencionada norma jurídica, y que a su vez que sea *limitada*, pues está vedada la nueva revisión de hechos y la nueva valoración probatoria.

6.1.2 Esta garantía procesal está prevista de cara a revisar y a corregir la aplicación e interpretación de la norma jurídica, es decir, exclusivamente para analizar los errores de derecho que ostente una sentencia, lo cual va a tono con el criterio del reconocido jurista colombiano Fabio Calderón Botero, quien dice que:

> […] es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido […] [1]

6.1.3 Este recurso, acorde al régimen procesal aplicable en nuestra legislación, ostenta las *funciones nomofiláctica y unificadora* a tomar en cuenta, y además, descarta la función dikeológica. A continuación, se analiza cada una de estas.

6.1.4 *Función unificadora:* Acorde al sistema procesal recursivo, los juzgadores de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, somos los competentes para conocer, sustanciar y resolver los recursos de casación interpuestos por los sujetos procesales en contra de las sentencias que legalmente son susceptibles de ser incoadas a través de este medio de impugnación.

6.1.5 Consecuentemente, quienes emiten las respectivas sentencias de casación en materia penal, somos los juzgadores de la Sala Penal del máximo órgano de administración de justicia a nivel nacional, mismo que, a la luz del artículo 184.2 del COFJ, ostenta la función de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentados en los fallos de triple reiteración, o dicho en otras palabras, de establecer la jurisprudencia que será tomada en cuenta por los juzgadores inferiores al momento de resolver.

[1] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal. (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1985), p.2.

6.1.6 Así, estas sentencias al ser emitidas por el máximo órgano de administración de justicia, pueden llegar a reiterar por tres ocasiones una opinión sobre un mismo punto de derecho, y a partir de esto, a la luz del trámite previsto en el artículo 185 del COFJ, la Sala Penal se verá obligada a remitir este fallo al pleno de la Corte Nacional de Justicia, para que en el plazo de sesenta días ratifique o no el criterio, a fin de emitir jurisprudencia obligatoria.
6.1.7 Por lo expuesto, tenemos que esta función tiene que ver con la unificación de la jurisprudencia, esto es, la creación de un sistema de precedentes jurisprudenciales compuesto por fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho, lo cual se logra a partir de la labor intelectiva de los juzgadores para decidir sobre tal y reiterarlo, lo que dota de coherencia y certeza a la función de interpretación y aplicación de la ley de los juzgadores inferiores que se someterán a los efectos obligatorios del fallo de triple reiteración.
6.1.8 *Función Nomofiláctica:* Implica que los juzgadores que resolvemos este medio de impugnación extraordinario, estamos obligados a revisar la legalidad de la decisión, o en otras palabras, examinar que el fallo objetado no adolezca de errores de derecho -de aplicación o interpretación-, enmendando además los mismos, a fin de que la sentencia que surta efectos jurídicos no adolezca de vicios *in iudicando* (errores de derecho), para que exista un respeto al imperio de la ley.
6.1.9 Además, vale señalarse que la función nomofiláctica cabe a petición de parte, cuando uno de los sujetos procesales que interpone el recurso de casación señala la existencia de un supuesto error de derecho que el Tribunal reconoce y resuelve enmendar, y también cabe de oficio, pues, a la luz del artículo 657.6 del COIP, independientemente de que la fundamentación del recurrente sea equivocada, si los juzgadores encuentran un error en cuanto a la aplicación y/o interpretación de la norma jurídica, deberán declararlo y enmendarlo.
6.1.10 *Función dikeológica:* Esta es aquella que pretende que se alcance la justicia más allá de la violación directa de la norma, por lo que permite que los juzgadores, para este fin, entren al análisis de la violación indirecta de la norma.
6.1.11 Para entender tal diferencia entre violación directa e indirecta de la norma, vale entender que la violación directa tiene que ver con todos aquellos vicios referentes a la aplicación y/ o interpretación de la norma jurídica, mientras que la violación indirecta implica detectar aquellos vicios producidos en virtud de la vulneración de los principios de valoración probatoria, para que bajo el tamiz de enmendar errores de derecho, los juzgadores de casación terminen revisando hechos y valorando prueba.
6.1.12 En nuestro sistema procesal recursivo, el recurso de casación prevé sólo la violación directa de la norma jurídica, pues acorde al carácter de extraordinario y limitado de este medio de impugnación, el inciso segundo del artículo 656 del COIP, estatuye que en sede de casación no podrá solicitarse una nueva revisión de los hechos ni una nueva valoración probatoria, pues esas son funciones que le competente exclusivamente a los juzgadores de instancia.
6.1.13 En consecuencia, nuestra casación penal, si bien ostenta las *funciones unificadora* y *nomofiláctica*, no ostenta la *función dikeológica*, pues no se permite que los juzgadores determinen la existencia de una violación indirecta de la norma penal, ergo (por ende), que revisen el escenario fáctico considerado como probado y analicen si existió una adecuada valoración probatoria.
6.1.14 Corolario de lo expuesto, vale señalar que la casación penal es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio limitado, técnico y de derecho, sobre sentencias que no han pasado por autoridad de cosa juzgada, con el propósito de garantizar los derechos de acceso a la justicia, debido proceso y a la defensa, con base a al derecho de seguridad jurídico y al principio de legalidad, a través de la reparación de agravios inferidos por los errores en el razonamiento judicial, para que, a partir de la jurisprudencia, se genere certidumbre, claridad, estabilidad, uniformidad y coherencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes en el ordenamiento jurídico, para brindar certeza al individuo sometido al poder punitivo del estado sobre las reglas del juego que le serán aplicadas para ratificar o modificar su situación jurídica.
6.1.15 En mérito de la naturaleza extraordinaria, técnica y limitada de este medio de impugnación, el mismo debe fundamentarse a partir de alguna de las causales contenidas en el inciso primero del artículo 656 del COIP, en las cuales, en observancia al *principio de taxatividad*, se deberá subsumir la vulneración de determinada norma jurídica, para así configurar la existencia de un error de derecho.
6.1.16 Estas dimensiones de error de derecho son la contravención expresa del texto de la ley, que implica un error de omisión, pues no se ha aplicado la norma jurídica al caso en concreto cuando se lo debía hacer; la *indebida aplicación del texto de la ley*, que implica un error de pertinencia, pues se ha aplicado una norma jurídica que no debía emplearse en la causa, y se ha dejado de aplicar

aquella disposición que ameritaba emplearse; y, la *errónea interpretación del texto de la ley*, que implica un error de hermenéutica, pues si bien se aplica la norma cuyo empleo corresponde, se le otorga un alcance equívoco distinto al que ostenta desde su génesis legislativa, sea restringido o amplificado.

6.1.17 Al evidenciarse que las referidas dimensiones de vicio *in iudicando* ostentan una naturaleza jurídica propia que las torna en antagónicas entre sí, la transgresión de una norma jurídica no puede verificarse en causales simultáneas, pues esto supondría una vulneración al *principio de no contradicción*, y frente a esto, la mención de una alegación que no constituye cargo casacional.

6.1.18 Además, las normas jurídicas 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. De ahí que un cargo de casación deba ser planteada en respeto del *principio de autonomía*, tanto en su formulación, invocando una sola causal de casación respecto de una norma determinada, como en su fundamentación, sustentando de forma individualizada los asertos vertidos.

6.1.19 Un cargo de casación, a más de ser consecuente con los *principios de taxatividad, no contradicción y autonomía* (en la formulación y en la fundamentación), debe tomar en cuenta el principio de trascendencia, pues debe contar con una argumentación suficiente que permita conocer que el interés del recurrente no se sustenta en las prohibiciones legales. Será suficiente la argumentación cuando en esta se indica al menos cuál es el razonamiento judicial concreto contenido en la sentencia de apelación que incurre en la violación que se alega -señalando la parte o partes del fallo incoado donde se materializa-, las razones jurídicas por las que se considera errado, la propuesta del criterio que se considera acertado y la influencia del yerro en la decisión de la causa.

6.1.20 El recurso de casación no es 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. La labor de corrección en el recurso de casación no tiene que ver con las pruebas ni los hechos, sino estrictamente, con el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

6.1.21 En este sentido, 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 esto implica una transgresión directa a la prohibición contenida en el último inciso del artículo 656 del COIP, cuya consecuencia jurídica es inadmitir este tipo de pedidos, lo que deviene en la improcedencia del recurso.

6.1.22 Establecida la naturaleza jurídica del recurso de casación, corresponde analizar el régimen procesal aplicable a su trámite, contenido en el artículo 657 el COIP, norma que estatuye lo siguiente:

> […] Art. 657.- Trámite.- El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas:
> 1. Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia. La o el juzgador remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia, en el plazo máximo de tres días hábiles, una vez ejecutoriada la providencia que la conceda.
> 2. El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones, no hay recurso alguno.
> 3. El recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la convocatoria. El recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma.
> 4. El recurso interpuesto por la o el fiscal, lo fundamentará en audiencia la o el Fiscal General del Estado o su delegada o delegado.
> 5. Si se estima procedente el recurso, se pronunciará sentencia enmendando la violación a la ley. De estimar improcedente, se declarará así en sentencia.
> 6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.
> 7. La sentencia se notifica dentro de los tres días de finalizada la audiencia.
> 8. El proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia. […]

6.1.23 En tal virtud, constatamos el trámite de sustanciación del recurso de casación, que deberá ser

interpuesto dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de sentencia, y que una vez radicada la competencia en determinado Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, deberá ser fundamentado en la respectiva audiencia oral, pública o reservada, y de contradicción, en presencia de los demás sujetos procesales y de los juzgadores.

6.1.24 Una vez concluida la audiencia, el Tribunal deberá resolver la procedencia o no del medio de impugnación casacional, pronunciándose además sobre los efectos jurídicos de su declaratoria. Así, de declarar la procedencia del recurso, se casará el fallo subido en grado y se enmendará el error de derecho que este contenga, y, de declararse improcedente este, se lo rechazará y se ratificará el fallo incoado, quedando incólume lo allí resuelto.

6.1.25 Además, los juzgadores de casación podrán ejercer su facultad oficiosa de casar la sentencia recurrida por considerar allí la existencia de errores de derecho, a pesar de que la fundamentación del casacionista sea equivoca, para salvaguardar el cumplimiento del objeto de la casación, que es la unificación de la jurisprudencia a través de la corrección de fallos que ostenten errores de derecho, para que aquellas sentencias que ingresen en el mundo de la validez -esto es, que surtan efectos jurídicos- sean respetuosas del derecho.

6.2 *Caso en concreto:* Una vez que hemos establecido la naturaleza jurídica y régimen jurídico procesal aplicable del recurso de casación, corresponde que entremos al análisis del recurso de casación incoado por la Fiscalía General del Estado y fundamentado por su delegado, dando contestación al problema jurídico formulado en esta causa.

6.2.1 En primer término, tenemos que se cumple con la obligación de individualizar una sentencia susceptible de ser incoada vía casación, pues a través de este medio de reproche se ataca aquella dictada en segunda instancia por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, con fecha 19 de julio de 2023, las 09h24, misma que ha revocado el fallo emitido en primera instancia, aceptando el recurso de apelación del procesado, dando cuenta que se ha respetado el derecho a recurrir de la persona procesada en la presente causa.

Problema jurídico: *¿ Se contraviene de forma expresa el texto del artículo 170 incisos primero y tercero del COIP?*

i. Planteamiento del cargo casacional. Naturaleza jurídica y carga argumentativa de la causal invocada.

6.2.2 El censor refiere que se ha violado el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, que tipifica y sanciona el delito de abuso sexual cometido en contra de una persona menor de seis años de edad, en los siguientes términos:

> […] Art. 170.- Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
>
> […] Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años. […]

6.2.3 Además, subsume esta supuesta transgresión en la dimensión de vicio in iudicando de contravención expresa del texto de la ley, constante de forma taxativa como una causal de casación en el inciso primero del artículo 656 del COIP, con lo cual individualiza un cargo casacional plenamente identificable.

6.2.4 A efectos de entender la *naturaleza jurídica* de la causal de casación, partamos por lo señalado en el punto "**6.1.16**" de este fallo, entendiendo a la contravención expresa del texto de la ley como un error de omisión de la misma, ergo, la no aplicación de una norma jurídica que debía emplearse en el caso en concreto.

6.2.5 Ahora, a fin de entender el vicio de *no aplicación de una norma jurídica que debía emplearse en el caso en concreto,* vale servirnos por los productos de la doctrina, para lo cual nos referimos al criterio del jurista Luis Cueva Carrión, quien dice que este yerro se produce cuando se quebranta el precepto legal al no aplicarlo o al hacerlo en parte o de manera parcial, implicando que no surtan efectos jurídicos.[2]

6.2.6 En tal virtud, tenemos que el referido vicio entrama dos dimensiones a través de las cuales se configura:

i. La no aplicación *total*: Implica que en el caso en concreto se ha hecho caso omiso de

[2] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal. (Quito: 1995), p. 185.

la aplicación de una norma jurídica que debía emplearse, y en consecuencia la misma no surte efectos jurídicos.

ii. La aplicación *parcial*: Implica que en el caso en concreto se ha aplicado la norma, pero sin que implique un *error de pertinencia* (indebida aplicación del texto de la ley) o de *hermenéutica* (errónea interpretación del texto de la ley), no se subsumen los hechos probados en la misma, deviniendo su aplicación en parcial, pues no surte efectos jurídicos.

6.2.7 Entendida la *naturaleza jurídica* de la contravención expresa del texto de la ley, resta entender la *carga argumentativa* que ostenta quien la invoca a través de la mención de un cargo casacional. Así, el recurrente, una vez identificado el cargo casacional, deberá señalar la parte del fallo reprochado donde se evidencia este supuesto error de derecho, y bajo ese contexto precisar las razones por las cuales afirma que los juzgadores no han aplicado una norma jurídica de forma total o la han aplicado de forma parcial, implicando que no ha surtido efectos jurídicos cuando debía hacerlo, explicando además las razones por las que ese ejercicio intelectivo es trascendente en la decisión de la causa.

6.2.8 En la respectiva audiencia de fundamentación del recurso de casación, el delegado de la Fiscalía General del Estado, expuso las razones a través de las cuales dota de sustento a su cargo casacional alegado -contravención expresa del artículo 170 incisos primero y tercero del COIP-, siendo -en síntesis- las siguientes:

i. En el considerando "**5.2.1**" del fallo, el Tribunal de alzada entra al análisis del tipo penal de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 del COIP, donde desarrollan cuál es el bien jurídico protegido y analizan en qué consisten los actos de naturaleza sexual considerados como punibles a través de esta infracción.

ii. En el considerando "**5.6.6**" se determina a partir del testimonio anticipado de la víctima, como hecho probado, que el procesado bajó los pantalones a la víctima y luego se los bajó él, no obstante, incurren en el error de derecho por cuanto consideran que esto no constituye un acto de naturaleza sexual, afirmándose además que esto produce insuficiencia probatoria, por lo que reprochan que la Fiscalía no haya realizado más preguntas a la niña.

iii. En el considerando "**5.5.2**" se determina como hecho probado que a la fecha de comisión de los hechos, la víctima tenía la edad de cinco años, nueve meses, veinte y cinco días, por lo que era menor de seis años de edad.

iv. En consecuencia, debió resolverse que el procesado incurrió en el delito de abuso sexual en contra de una menor de seis años de edad, tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, pues el que permanezca incólume la decisión que ratifica su inocencia genera impunidad y la ineficacia estatal de protección a los niños, niñas y adolescentes.

6.2.9 En tal virtud, tenemos que el recurrente respeta la naturaleza jurídica y carga argumentativa de la causal de contravención expresa invocada, pues se basa en la dimensión de aplicación parcial de una norma jurídica, pues refiere que si bien se empleó el artículo 170 del COIP, esto fue para determinar cuál es el bien jurídico protegido de la infracción y qué se considera como actos de naturaleza sexual, sin embargo, no se subsumieron los hechos probados en esta norma jurídica, impidiendo que surta efectos jurídicos, cuando era lo que correspondía efectuarse.

ii. Contraste de las alegaciones del recurrente con las reflexiones vertidas en la sentencia reprochada. Hechos considerados como probados en segunda instancia.

6.2.10 Tomando en consideración las alegaciones expuestas por el recurrente, corresponde analizarlas en función de lo resuelto por los juzgadores de segunda instancia en la sentencia que es materia de reproche. Para el efecto, analizaremos detalladamente los considerandos de la parte motiva del fallo.

6.2.11 Conforme consta en el considerando **"QUINTO: MOTIVACIÓN"**, los juzgadores, a partir del considerando "**5.2**" comienzan a desarrollar el tipo penal de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 del COIP, haciendo referencia a criterios doctrinarios, conforme lo que consta en el considerando "**5.2.1**".

6.2.12 En los considerandos "**5.2.2**" y "**5.2.3**" se analiza el bien jurídico protegido en esta infracción cuando las víctimas son niñas, niños y adolescentes, determinado que es el de indemnidad sexual, por lo que además, en los considerandos "**5.2.4**", "**5.2.5**" y "**5.2.6**", se analiza el marco de protección de derechos para los niños, niñas y adolescentes como grupos de atención prioritaria.

6.2.13 En el considerando "**5.4.1**" se resuelve el primer pedido formulado por el procesado XX en sustento de su recurso de apelación, respecto a una supuesta nulidad procesal por supuesta indefensión en la práctica del testimonio anticipado de

la víctima, rechazando esta alegación conforme se detalla en los párrafos que integran el considerando "**5.4.5**".

6.2.14 A partir del considerando "**5.5.1**" se da respuesta al segundo pedido formulado por el acusado en soporte del recurso de apelación, respecto a una indebida valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal de primera instancia en la emisión de su sentencia de condena. Se comienza analizando la importancia de la declaración de la víctima en los delitos sexuales como prueba plena, considerando que estas infracciones ocurren en la clandestinidad y suelen carecer de demás testigos presenciales de los hechos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

6.2.15 En el considerando "**5.5.2**" determinan como hecho probado que a la fecha de comisión de los hechos, 26 de abril de 2022, tenía la edad de cinco años, nueve meses y veinte y cinco días, y que el procesado tenía la edad de veinte años.

6.2.16 A partir del considerando "**5.6**", determinan que los actos de naturaleza sexual propios de la infracción se extraen a partir del testimonio que rinde la víctima, y al respecto de cuáles son estos, en función de los *"Principios de la Haya sobre la violencia sexual y de precedentes jurisprudenciales (sin precisar exactamente a cuáles se refieren)" se hace referencia a una lista no taxativa, donde se refiere que un acto de naturaleza sexual consiste en "obligar a alguien a desnudarse total o parcialmente […]"*. Al término de este considerando, los juzgadores, al apreciar el testimonio anticipado de la víctima, determinan que la misma declaró *"Mi mami lo mando al XX a que saque, dijo que vaya a dejar el parlante, que vaya a sacar la basura, después yo fui a dejar el juguete y yo iba a coger un juguetico, después el me puso en la cama me bajó el pantalón después él también, después mi mami lo llamó y fuimos corriendo, después yo le avisé a mi mami […]"*.

6.2.17 En el considerando "**5.6.2**" entran al análisis del testimonio rendido por el Dr. Daniel Tornay Rendón, quien realizó la pericia médico ginecológica sobre la niña, concluyendo que no se ha determinado ninguna lesión. En este mismo considerando, se analiza el testimonio rendido por la Dra. Sheyla Enríquez Jiménez, quien efectuó la pericia de valoración psicológica, concluyendo que la víctima, por su edad no pudo dimensionar lo que sucedió el día de los hechos, y que además tiene capacidad de resiliencia. Con posterioridad a esto, se transcribe que la menor, en su entrevista con la mencionada perito, refirió lo siguiente:

> […] Al entrar le bajó el pantalón en la cama de ella, luego le bajó el interior, a ella la puso patas arriba, le indicó por donde le toca el pipi. Que la pico con las uñas por donde sale el pipi, luego le picó con las uñas el rabito. Estos actos los realizó por varias ocasiones, también en el almacén de XX […]

6.2.18 En el considerando "**5.6.3**" se hace énfasis en la importancia de la declaración de la víctima en los delitos sexuales, concluyendo que cuando esta no señala un hecho relacionado con una infracción penal, todo el demás acervo probatorio resulta irrelevante para analizar la tipicidad de la infracción penal.

6.2.19 En el considerando "**5.6.4**" se entra al análisis de los testimonios rendidos por la XX, quien realizó la pericia de entorno social de la víctima, por el agente de policía XX, quien realizó la inspección ocular de los hechos, y por el agente de policía XX, quien aprehendió al procesado, determinando el Tribunal que no son pruebas relevantes para el esclarecimiento de la infracción. Adicional a esto, en este considerando se entra al análisis de la autoincriminación, por presuntamente haber aceptado el acusado la responsabilidad, concluyendo además que el testimonio rendido por éste es un medio propio de su defensa, conforme lo previsto en el artículo 507.1 del COIP.

6.2.20 En el considerando "**5.6.5**" se analiza el testimonio rendido por quien manifiesta que el 26 de abril de 2022, su hija acompañó al procesado XX para traer un juguete, dejar un parlante y que éste saque la basura, y tras transcurrir cinco minutos los llamó para que regresen, momento en el cual su hija le contó que el acusado le había bajado el pantalón, la había puesto las piernas para arriba, y que él se bajó el pantalón, además que esto no era la primera vez que ocurría. El Tribunal considera que si bien se narran circunstancias adicionales de los hechos, estas aseveraciones tuvieron que ser expuestos por la víctima en su testimonio anticipado, y que no dejan de ser referenciales por cuanto la madre de la niña no presenció la infracción.

6.2.21 En el considerando "**5.6.6**", a partir del análisis del testimonio anticipado de la menor, hacen mención a que la misma tan sólo ha señalado *"me puso en la cama me bajó el pantalón después él también",* lo cual, a su entender, no constituye un acto de naturaleza sexual que amerite la existencia del delito de abuso sexual y de la responsabilidad del procesado, por lo que reprochan la labor de la Fiscalía en cuanto al interrogatorio efectuado a la niña en su testimonio anticipado, señalando que debió realizar preguntas adicionales para

clarificar el hecho. Acto seguido, en el considerando "**5.6.7**", a partir de las referidas reflexiones, afirman que el testimonio anticipado resulta insuficiente. En consecuencia, tenemos que si bien el Tribunal considera como un hecho probado que el procesado, el día de los hechos, puso en la cama a la víctima, le bajó su pantalón y luego éste se bajó su pantalón, no ameritan que el mismo se subsuma en el presupuesto de hecho del tipo penal de abuso sexual.

6.2.22 En el considerando "**5.7**" se cuestiona el razonamiento vertido por los juzgadores de primera instancia en su sentencia de condena, y concluyen que el mismo *[…] no resulta lógico y tampoco coherente […].*

6.2.23 A lo largo del considerando "**5.8**" estatuyen la diferencia doctrinaria entre tipicidad como categoría dogmática y tipo penal.

6.2.24 En el considerando "**5.8.2**" replican el razonamiento expuesto en los considerandos "**5.6.6**" y "**5.6.7**", introduciendo el criterio de la Corte Nacional al respecto del valor que debe darse al testimonio de la víctima en los delitos sexuales, hacen énfasis en que para justificar la tipificad de la infracción de abuso sexual, se amerita del testimonio de la víctima, quien respecto al hecho tan sólo manifiesta *[…] él me puso en la cama me bajó el pantalón después el también […]*, así como en el reproche a Fiscalía por no haber realizado preguntas adicionales a la niña a efectos de dilucidar el hecho, en el cual son aún más insistentes conforme se detalla en el considerando "**5.8.4**", donde se concluye que la Fiscalía se conformó con lo narrado por la víctima, cuestión que no es suficiente para justificar la infracción acusada.

6.2.25 Finalmente, al término del considerando "**5.8.7**" se dice que no se ha demostrado la existencia del tipo penal de abuso sexual, y en el considerando "**5.8.8**", se concluye que con la prueba actuada en juicio no existen elementos suficientes para comprobar el mentado ilícito, por lo que corresponde confirmar la inocencia de la persona procesada a la luz del artículo 5.3 del COIP.

6.2.26 En consecuencia de lo manifestado, tras contrastar las alegaciones de sustento del recurso de casación con el análisis efectuado por los juzgadores de segunda instancia, tenemos que, como efectivamente lo señala el delegado de la Fiscalía General del Estado en su fundamentación, ocurre lo siguiente:

i. El *ad quem*, a partir del considerando "5.2.1" de su fallo, y a lo largo de los considerandos "**5.2.2**" y "**5.2.3**", aplica el artículo 170 del COIP, y procede a analizar a la indemnidad sexual como el bien jurídico protegido del delito de abuso sexual cometido en contra de niños, niñas y adolescentes; y, en el considerando "**5.6**" consideran que obligar a alguien a desnudarse de forma parcial constituye un acto de naturaleza sexual.

ii. El *ad quem*, en su considerando "5.5.2", da como hecho probado que el día de los hechos, 22 de abril de 2022, la víctima tenía menos de seis años de edad -cinco años, nueve meses y veinte y cinco días-, y el procesado tenía veinte años de edad.

iii. El *ad quem*, en sus considerandos "**5.6.6**" y "**5.6.7**", a partir de lo dicho por la víctima en su testimonio anticipado, por la perito, XX, y por la madre de la menor, consideran como hecho probado que el día de los hechos, el procesado XX, puso en la cama a la víctima, le bajó su pantalón, y luego él se bajó su pantalón, no obstante, afirman que esto no constituye un acto de naturaleza sexual, pues afirman que el testimonio anticipado de la víctima resulta insuficiente, reprochando la labor del ente de acusación oficial, concluyendo en los considerandos "**5.8.7**" y "**5.8.8**" que no existe suficiente prueba para comprobar la infracción de abuso sexual, y por ende, la responsabilidad de la persona procesada.

6.2.27 En tal virtud, tenemos que el casacionista alega la contravención expresa del artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, no porque a su entender exista una *no aplicación total, sino una aplicación parcial*, pues refiere que a pesar de haber considerado como probados los actos de naturaleza sexual ejecutados en contra de una persona menor de seis años, no se subsume estos hechos en la mencionada norma jurídica que fue aplicada para efectos de determinar el bien jurídico protegido y en qué consisten los actos de naturaleza sexual.

iv. Juicios de valoración del injusto y de determinación del reproche de la conducta del procesado, a la luz de los hechos probados en la sentencia reprochada.

6.2.28 Conviene entonces determinar si el que el accionar de XX, consistente en poner en la cama a la víctima menor de seis años, desnudarla de forma parcial, y desnudarse a sí mismo de forma parcial, se subsume en el presupuesto de hecho del tipo penal de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, y consecuentemente vislumbrar si

es que se configura error de derecho alegado, por supuestamente acontecer una *aplicación parcial* de la norma jurídica.

6.2.29 Para tal finalidad, consideramos pertinente analizar la conducta del acusado a la luz de los *juicios de valoración del injusto* y de *determinación del reproche*. Se debe tomar en cuenta que estos juicios se ejercen sobre una conducta determinada, y deben efectuarse a la luz del ordenamiento jurídico penal, y si se lo amerita, sirviéndose de los productos del desarrollo dogmático -al ser la doctrina fuente secundaria del Derecho; siempre y cuando estos aportes guarden relación con nuestro sistema penal-, partiendo de la consciencia plena que en nuestro sistema las infracciones penales constituyen una conducta típica, antijurídica y culpable a la que le corresponde la imposición de una pena prevista en la ley penal, acorde a lo que prevé el artículo 18 del COIP.

6.2.30 Con respecto a la *conducta* debemos entenderla como un comportamiento humano o un proceso controlable por el sujeto que ocasiona efectos en el mundo exterior. La misma debe ser penalmente relevante conforme lo determina el artículo 22 del COIP, esto es, debe poner en peligro de afectación a un bien jurídico protegido, o en su defecto, debe lesionarlo de forma lesiva, descriptible y demostrable; además, esta norma jurídica ratifica que nuestro derecho penal es de acto y no de persona, pues no debe sancionarse a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o por sus características personales.

6.2.31 Por su parte, el artículo 23 del COIP prevé que la conducta puede tener como modalidades la acción y la omisión. Para efectos de diferenciar ambas modalidades en términos generales, es preciso que nos remitamos al criterio manifestado por el profesor Enrique Gimbernat Ordeig, quien refiere lo siguiente:

> […] El derecho penal tiene por objeto, siempre y únicamente […] acciones y omisiones. […] La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo -pertenece, pues, a la esfera del ser, y no a la del deber ser, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es decir, porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceros malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón). La omisión es una especie del género no hacer, especie que viene caracterizada porque, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la que consiste en un no hacer desvalorado. […][3]

6.2.32 Dicho esto, vale señalar que la acción implica el comportamiento activo de hacer o llevar a cabo una conducta, mientras que la omisión implica un comportamiento pasivo de no hacer o de no llevar a cabo una conducta cuando la misma debía realizarse obligatoriamente.

6.2.33 Por otra parte, conforme lo prevé el artículo 24 del COIP, no se considera como conductas con relevancia penal aquellos resultados dañosos o de peligro de lesión que resulten de causas -debidamente comprobadas- como la fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, a las que, para fines didácticos, debe entendérselas como causas de exclusión de la conducta.

6.2.34 Conforme consta de los hechos probados, el 22 de abril de 2022, en circunstancias en que la niña, se dirigió a su casa en compañía del procesado XX, este último la puso en la cama, le bajó el pantalón, y se bajó su pantalón, con lo que se evidencia la existencia de una conducta como movimiento humano que produce efectos en el mundo exterior, misma que es efectuada en calidad de acción, pues supone el "hacer algo", y que a su vez lesiona el bien jurídico protegido de indemnidad sexual de la víctima, pues produce resultados lesivos en cuanto a su afectación, descriptibles por ser claras las circunstancias de tiempo, lugar y modo, y demostrables por ser susceptibles de ser comprobados a través del acervo probatorio.

[3] Enrique Gimbernat Ordeig, Estudios sobre el delito de omisión. (Buenos Aires: Editorial B de f., 2013), p. 1-2.

6.2.35 Adicional a esto, resta decir que no se tiene como hecho probado la existencia de alguna causa que excluya la conducta.

6.2.36 Determinada la conducta penalmente relevante, corresponde efectuar sobre la misma el juicio de *valoración del injusto,* acorde a las categorías dogmáticas de *tipicidad y antijuridicidad.*

6.2.37 Con relación a la tipicidad, el artículo 25 del COIP estatuye que esta significa la adecuación de un hecho fáctico a la descripción legal que se hace de la conducta penalmente relevante.

6.2.38 Sirviéndonos del criterio del jurista Francisco Muñoz Conde, de las categorías dogmáticas, la que mayor relevancia jurídico penal adquiere es la tipicidad, por cuanto:

> […] La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del nullum crimen sine lege solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. […] [4]

6.2.39 En mérito de esto, la importancia de la existencia de la tipicidad radica en que esta determina si la conducta de una persona se encasilla en el presupuesto de hecho de la norma, y por ende amerita la imposición de una pena, por lo que se erige sobre la base del principio de legalidad garantizado en los artículos 76.3 de la Constitución de la República y 5.4 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que la infracción debe positivizarse en el catálogo de delitos del ordenamiento penal para ser considerada como tal.

6.2.40 Una vez que tenemos claro lo que significa la tipicidad, es preciso determinar que la misma ostenta ciertos elementos que la configuran, de orden objetivo y subjetivo. Los elementos objetivos son los sujetos activo y pasivo, el objeto jurídico, el objeto material y el verbo rector; mientras que el elemento subjetivo lo compone la intencionalidad con la que actúa el sujeto activo de la infracción, así, esta puede ser dolosa o culposa.

6.2.41 Para efectos de analizar la tipicidad del delito de abuso sexual tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, es preciso que entendamos los elementos de esta categoría. Así, con respecto a los *elementos objetivos de la tipicidad,* en primer término conviene que determinemos sus sujetos y objetos.

6.2.42 Con relación al sujeto activo, el jurista ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel, indica que *[…] Este es el titular de la conducta que lesiona o pone en peligro de lesionar un bien jurídico protegido por el legislador […]* [5], por lo que debemos entender que el sujeto activo del delito de abuso sexual, conforme lo previsto en el artículo 170 inciso primero del COIP, es cualquier persona que ejecuta la conducta prohibida en contra de un bien jurídico protegido.

6.2.43 En la presente causa, conforme consta de los hechos probados, el procesado XX, es el sujeto activo de la infracción, pues fue este quien llevó a cabo su conducta penalmente relevante en contra del bien jurídico protegido.

6.2.44 En cuanto al sujeto pasivo, el autor Javier Villa Stein, refiere que *[…] es el titular del derecho atacado, o del bien jurídico que tutela la ley y puede serlo la persona física, la persona jurídica, el Estado o incluso una pluralidad cualquiera de personas. […]* [6] por lo que, es preciso señalar que el sujeto pasivo de una infracción se determina en función del bien jurídico u objeto protegido, pues es el titular del mismo, quien ha sufrido en éste la lesión lesiva, demostrable y descriptible, o el peligro de ser dañado.

6.2.45 Previo a determinar quién es el sujeto pasivo de esta infracción, es menester que se identifique lo que significa el bien jurídico u objeto protegido, que en toda infracción equivale a aquel derecho-fundamental, ergo, que sea reconocido como tal en la norma jurídica suprema-que pretende cuidarse a través de la estructuración de una norma dispositiva. Al respecto, Santiago Mir Puig sostiene que *[…] los bienes jurídicos descansan a veces en una realidad material (así el bien vida) y otros en una realidad inmaterial (así el bien honor) […]* [7], por lo que el bien jurídico protegido es un reflejo de la realidad material e inmaterial que se vive, definiéndose en función de cada ilícito considerado como tal en el catálogo de normas dispositivas del ordenamiento jurídico penal.

[4] Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito. (Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 2004), p. 31.
[5] Alfonso Zambrano Pasquel, Derecho Penal Parte General Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito. (Guayaquil: Murillo Editores, 2017), p 411.
[6] Javier Villa Stein, Derecho Penal Parte General. (Lima: ARA Editores2014), p. 281.
[7] Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General. (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), p. 212.

6.2.46 En el presente caso, debemos tomar en consideración que acorde a la técnica legislativa, la prohibición del delito de abuso sexual se encuentra dentro de los "Delitos contra la integridad sexual y reproductiva", por lo que este derecho, reconocido como tal en el artículo 66.3.a) de la CRE, es el bien jurídico protegido, sin embargo, debemos tomar en consideración que acorde a los hechos probados, a la fecha de comisión de los hechos, 22 de abril de 2022, la víctima tenía menos de seis años de edad, por lo que el al ser parte del grupo de atención priorizada de los niños, niñas y adolescentes, su derecho es el de indemnidad sexual, mismo que protege la mentada norma prescriptiva.

6.2.47 Dicho esto, podemos colegir que la infracción de abuso sexual tipificada y sancionada en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, estatuye a la persona menor de seis años como un sujeto pasivo calificado, siendo en el presente caso la víctima, por constar como hecho probado que a la fecha de comisión de los hechos tenía menos de seis años de edad, puntualmente cinco años, nueve meses y veinte y cinco días.

6.2.48 Por su parte, con respecto al *objeto material,* el citado jurista Alfonso Zambrano Pasquel, dice lo siguiente:

> […] entendemos la persona, animal o cosa sobre la que recae físicamente la actividad del agente o en la expresión del profesor Retes, aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del bien jurídico. Puede ocurrir que en un momento determinado aparezcan confundidos la persona como objeto material del delito, y la persona como sujeto pasivo de la conducta delictiva […] [8]

6.2.49 Entonces, tenemos que el objeto material es aquella persona o cosa sobre la cual recae la infracción, pero sin que esto deba confundirse con el sujeto pasivo de la misma, pues es lo que marca la concretización de aquella lesión o posible lesión al bien jurídico protegido.

6.2.50 En el presente caso, el objeto material, conforme a los hechos probados, es el cuerpo de la víctima menor de seis años de edad, mismo sobre el cual recayó la conducta penalmente relevante llevada a cabo por el procesado XX.

6.2.51 Finalmente, corresponde analizar el último elemento objetivo de la tipicidad, siendo este el de *verbo rector,* que a criterio de Gerardo Barbosa Castillo y otros, es una:

> […] expresión gramatical que se hace a través de verbos, que pueden referirse de manera simple al objeto (matar a otro), o de otra manera compleja, cuando un verbo, por sí mismo, carece de sentido lógico suficiente para delimitar el comportamiento reprochable (inducir en error, acceder carnalmente, etc.) […] [9]

6.2.52 En tal virtud, vale decir que el verbo rector es aquella conducta que ejecuta el sujeto activo en contra de un bien jurídico protegido del sujeto pasivo, ocasionando su lesión o poniendo en peligro de daño al objeto jurídico.

6.2.53 El verbo rector en la infracción de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 del COIP, consiste en lo siguiente:

> **i.** Ejecutar actos de naturaleza sexual sobre una persona en contra de su voluntad.
>
> **ii.** Obligar a otra persona, en contra de su voluntad, a ejecutar actos de naturaleza sexual sobre sí misma o sobre una tercera persona.

6.2.54 Dicho esto, en este tipo penal se evidencia un *elemento valorativo,* consistente en la determinación de un acto de naturaleza sexual. Para establecer su existencia, se la debe analizar en función del verbo rector ejecutado por el sujeto activo en contra del sujeto pasivo, pues tan sólo en virtud de esto se podrá discernir un acto de naturaleza sexual de uno que no ostente esta naturaleza.

6.2.55 En la especie, consta como hecho probado que el procesado XX, el día de los hechos, cuando estaba en soledad con la víctima, la puso en la cama, le bajó el pantalón y luego se bajó su pantalón, lo cual constituye un desnudo parcial ejercido en contra de la víctima, cuestión que de hecho, a criterio del Tribunal de alzada, conforme se detalla en el considerando "**6.2.8.i.**" de este fallo, constituye un acto de naturaleza sexual, permitiendo inferir al suscrito que el sujeto activo del delito ha ejecutado actos de naturaleza sexual sobre el sujeto pasivo.

6.2.56 Una vez determinados los elementos objetivos de la tipicidad en la presente causa, corresponde que nos pronunciemos y consideremos si de los hechos probados se establece el *elemento subjetivo*

---

[8] Ob. Cit. Ibídem., p. 416.
[9] Gerardo Barbosa Castillo y otros, Lecciones de Derecho Penal: Parte General. (Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2006), p. 218.

de la tipicidad, mismo que se establece en función del tipo penal, determinando si es una conducta dolosa o culposa.

6.2.57 El delito de abuso sexual, conforme a su redacción legislativa, amerita del dolo del sujeto activo de realizar su conducta en contra del bien jurídico protegido del sujeto pasivo, y excluye que esta infracción se desarrolle de forma imprudente o culposa.

6.2.58 El dolo, conforme al artículo 26 del COIP, amerita que el accionar del sujeto activo sea cumpliendo dos elementos:

i. Elemento cognitivo: Actuar con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal (sujetos, objetos y verbo rector).

ii. Elemento volitivo: Actuar con la intención de ocasionar un daño al bien jurídico protegido.

6.2.59 En este mismo sentido, el jurista Gonzalo Quintero Olivares expone que en los injustos dolosos *[…] corresponde todo aquello que pertenece a la dirección de la voluntad del autor y a su conocimiento de los elementos objetivos del tipo. […]* [10]. En síntesis, tenemos que el accionar doloso responde a la libertad, pues a la misma la componen el actuar consciente de los elementos objetivos de la infracción, y el actuar voluntario de querer causar un resultado lesivo o que presente una posible lesión al bien jurídico protegido.

6.2.60 En el presente caso, consta como hecho probado que el procesado XX, el día de los hechos, cuando estaba en soledad con la víctima, la puso en la cama, la desnudó parcialmente y se bajó su pantalón, ergo, que su accionar fue a sabiendas de los elementos objetivos de la infracción (elemento cognitivo), y con intención de lesionar el bien jurídico protegido de la indemnidad sexual de la víctima de menos de seis años de edad (elemento volitivo), siendo evidente su ánimo libidinoso de llevar a cabo un principio de ejecución, tanto más que acorde al mandato del artículo 175.5 del COIP, se prevé como disposición común a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva (o indemnidad sexual, cuando se trata de menores de edad), que el consentimiento dado por una víctima menor de dieciocho años es irrelevante, cuestión conocida además por la persona procesada.

6.2.61 Una vez que se ha determinado que el accionar del procesado constituye una conducta penalmente relevante y típica (objetiva y subjetivamente), a efectos de realizar el juicio de valoración del injusto, corresponde determinar si además es *antijurídica,* o dicho en otras palabras, si es contraria a derecho.

6.2.62 Nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 29, prevé que la antijuridicidad implica que una conducta penalmente relevante -que sea típica- deberá poner en peligro o lesionar, sin causa de justificación alguna, un bien jurídico protegido por este Código.

6.2.63 Es preciso servirnos de los productos de la dogmática para determinar el concepto de la antijuridicidad, por lo que tomamos el criterio del jurista Francisco Muñoz Conde, quien dice:

> […] A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material. […] [11]

6.2.64 En consecuencia, acorde a lo que prevé nuestra legislación, y al desarrollo de la dogmática, la antijuridicidad tiene dos componentes:

i. La antijuridicidad formal: Que implica que la acción se opone al ordenamiento jurídico, o en otras palabras, que exista una conducta típica que viole la norma de conducta, a lo que se conoce como desvalor de acción.

ii. La antijuridicidad material: Que implica que la acción suponga un peligro de lesión o daño al bien jurídico protegido que la norma de conducta protege, a lo que se conoce como desvalor de resultado, donde además se deberá analizar que el injusto no cuente con causas de justificación, o en otras palabras, que la conducta típica no adolezca de las causas de exclusión de la antijuridicidad constantes en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal.

6.2.65 En el presente caso, a partir de los hechos considerados como probados, tenemos que la conducta dolosa del procesado consistente en poner

[10] Gonzalo Quintero Olivares, Parte General del Derecho Penal. (Madrid: Editorial Aranzadi, 2010), p. 351.
[11] Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General, 8va edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 300.

a la víctima en la cama, bajarle el pantalón y bajarse su pantalón, se opone de forma directa al ordenamiento jurídico, pues supone la violación de la norma de conducta que tipifica y sanciona el delito de abuso sexual, en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, y que lesiona el bien jurídico protegido de indemnidad sexual. Asimismo, de la revisión del fallo dictado en segunda instancia, no se considera como hecho probado que a favor del procesado se haya demostrado una causa de justificación o que torne al injusto en justo. Así, tenemos que la conducta típica del procesado es antijurídica en su dimensión formal y material.

6.2.66 Una vez establecido el juicio de valoración del injusto, tras considerar que la conducta probada del procesado es penalmente relevante, típica y antijurídica, corresponde efectuar el juicio de determinación del reproche a la luz de la categoría dogmática de la culpabilidad.

6.2.67 La culpabilidad, a partir del criterio desarrollado por el jurista Hans Welzel, es aquel reproche, que se atribuye a una persona que ha llevado a cabo una conducta típica y antijurídica, por no haber actuado correctamente a pesar de haber motivado su accionar conforme a la norma de conducta[12].

6.2.68 El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 34 establece que para que una persona sea responsable penalmente por haber cometido una conducta típica y antijurídica, deberá:

> **i. Ser imputable:** Es la capacidad de una persona de ser culpable de cometer un acto típico y antijurídico, es decir, de poder interiorizar la norma de conducta, para poder valorarla y determinar su accionar conforme a la misma.
>
> **ii. Actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta:** Lo cual implica actuar con desvalor de acción y de resultado, o en otras palabras, que en el accionar se evidencie la antijuridicidad formal y material, y el conocimiento de estos elementos, para determinar que a pesar de conocer la norma de conducta y el accionar contrario al bien jurídico protegido que se protege, realiza su conducta queriendo obtener el fin que se desea.

6.2.69 En el presente caso, de los hechos probados, constatamos que el procesado actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, esto es, a sabiendas que ejecutar actos de naturaleza sexual en contra de una persona menor de seis años amerita un injusto penal, dejando en evidencia que llevó su conducta criminosa con la finalidad de vulnerar el bien jurídico protegido de indemnidad sexual de la víctima. Así, tenemos que la conducta típica y antijurídica es además culpable, tanto más que no se ha probado que el acusado haya sido inimputable, sino que, por el contrario tenía la capacidad de incurrir en el mentado ilícito, por lo que no se ha evidenciado una causa de inculpación, ni tampoco de exculpación, por no existir excusas legales absolutorias que impidan la imposición punitiva por este accionar criminoso.

6.2.70 Por todos los considerandos expuestos, en respuesta al problema jurídico formulado al comienzo de este apartado, tenemos que la conducta de XX, consistente en poner en la cama a la víctima, bajarle su pantalón (desnudarla parcialmente) y bajarse su pantalón, es penalmente relevante, es típica, antijurídica y culpable, lo cual deja en evidencia el error de derecho incoado y fundamentado por el delegado de la Fiscalía General del Estado, de contravención expresa del artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, pues los juzgadores de segunda instancia han incurrido en la dimensión de *aplicación parcial de la norma,* ya que si bien emplean la mencionada disposición para explicar cuál es el bien jurídico protegido y en qué consisten los actos de naturaleza sexual, dan por probado que el procesado ejecutó actos de naturaleza sexual en contra de la víctima, que a la fecha de los hechos tenía menos de seis años de edad, pero no subsumen estos fácticos probados en la referida norma jurídica, cuando tenían la obligación de hacerlo.

v. Dosimetría penal e imposición de la pena.

6.2.71 Tomando en consideración la plena existencia del error de derecho alegado por el recurrente, colegimos que el accionar del procesado XX se subsume al presupuesto de hecho de la norma de conducta contenido en los incisos primero y tercero del artículo 170 del COIP, por lo que corresponde imponerle la pena como consecuencia jurídica propia de esta norma prescriptiva, efecto para el cual nos basaremos en lo que dice el artículo 54 del COIP, que prevé la obligación del juzgador de individualizar la pena para cada persona observando lo siguiente:

[12] Hans Welzel. Maestros del Derecho Penal. El Nuevo sistema del Derecho Penal. (Buenos Aires: Editorial Buenos Aires, 2004), p. 126-126.

i. Las circunstancias del hecho punible, sus agravantes y atenuantes.
ii. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima, así como la gravedad de la lesión a sus derechos.
iii. El grado de participación y demás circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

6.2.72 Dicho esto, corresponde que tomemos en cuenta que el tipo penal de abuso sexual que implica ejecutar actos de naturaleza sexual en contra de una persona menor de seis años, tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, prevé un quantum punitivo que va desde una base de diez años de privación de libertad, hasta un techo de trece años de privación de libertad, siendo esta la escala en la que debe circunscribirse el análisis de imputación punitiva, tanto más que se ha afectado la indemnidad sexual de una menor de edad. Asimismo, considerando que toda pena privativa de la libertad se acompaña de una pena pecuniaria, conforme lo prevé el postulado del artículo 70 del COIP, considerando la mentada escala punitiva, el numeral 10 prevé que la multa será de cuarenta a sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

6.2.73 De la revisión de los hechos probados, no se evidencia que se haya demostrado la existencia de circunstancias agravantes ni de atenuantes que faculten al análisis de los mecanismos de aplicación a la luz del artículo 44 del COIP.

6.2.74 Se tiene que el abuso sexual perpetrado en contra de la víctima, ha sido ejecutado y consumado únicamente por el procesado, por lo que a acorde al artículo 42.1.a) del COIP, se tiene que el mismo es autor directo, pues ha cometido la infracción de manera inmediata y directa. Asimismo, de la revisión de los hechos probados, no se ha demostrado alguna circunstancia que limite la responsabilidad penal del procesado, pues como se ha expuesto en líneas anteriores, no se ha determinado la existencia de una causa de inculpación -que implique que la conducta no es culpable- ni de causas de exculpación -que implique que la conducta culpable no es punible-.

6.2.75 En virtud de lo manifestado, llevando a cabo nuestro ejercicio de dosimetría penal, consideramos que el procesado XX es autor directo del delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, por lo que amerita que se le imponga la pena privativa de libertad de diez años y la multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que será pagada en los términos que prevé el artículo 69 del COIP.

Consideraciones finales

6.2.76 En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el delegado de la Fiscalía General del Estado solicitó que se case la sentencia, se declare la culpabilidad del procesado en calidad de autor directo del delito de abuso sexual cometido en contra de una menor de seis años, y se imponga la reparación integral en beneficio de la víctima a la luz de lo que prevén las disposiciones constitucionales y legales, cuestión que además, en el referido escenario, fue reclamada por la defensa técnica de la víctima.

6.2.77 El infrascrito Tribunal, del análisis de la sentencia de segunda instancia, constata que en la misma no se lleva a cabo ningún análisis respecto a la reparación integral a favor de la víctima, cuestión que implica que no existen insumos suficientes para pronunciarnos al respecto en esta sede, sin que por esto neguemos el daño sufrido por la víctima en la dimensión de su indemnidad sexual, razón por la cual se deja a salvo el derecho de la reparación integral, a efectos de que se la reclame por la vía correspondiente y acorde a los cánones constitucionales y legales.

7. Decisión

7.1 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, resuelve:

7.2 Declarar procedente el recurso de casación interpuesto por el doctor Cristian Cañar Proaño, delegado de la Fiscalía General del Estado, por lo que acorde al artículo 657.5 del COIP, se casa el fallo subido en grado, dictado por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, con fecha 19 de julio de 2023, las 09h24, y en su lugar se dicta sentencia condenatoria en contra de XX, por considerarlo autor directo, conforme estatuye el artículo 42.1.a) del COIP, del delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, por lo que se le impone la pena privativa de libertad de diez años, y la multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general acorde al artículo 70.10 del COIP. Además, se deja a salvo el derecho de reparación integral de la víctima.

7.3 Por medio de la secretaría de esta Sala, remítase inmediatamente la respectiva boleta de localización y captura a efectos de que el procesado XX, sea puesto a

órdenes del Tribunal de ejecución y cumpla la pena impuesta tan pronto se ejecutoríe este fallo.

7.4 A la luz del principio de responsabilidad, contenido en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en aplicación de nuestra facultad correctiva contenida en el artículo 131.3 ibídem, se dispone que por medio de la secretaría de esta Sala, se oficie a los juzgadores que integraron el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial Justicia de Carchi, que con fecha 19 de julio de 2023, las 09h24, emitió la sentencia que hoy se casa, con el objeto de que en diez días contados a partir de la notificación de esta decisión, presenten un informe motivado de descargo al respecto de su accionar en la presente causa.

Notifíquese y cúmplase.-

f) DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD **JUEZ NACIONAL PONENTE** DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA **JUEZ NACIONAL** ABG. MERCEDES CAICEDO ALDAZ **JUEZA NACIONAL (e)**

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia, se establece la naturaleza jurídica y régimen jurídico procesal aplicable del recurso de casación, determinando su establecimiento en el sistema procesal recursivo, y explicando que el mismo supone el cumplimiento del derecho a recurrir, y garantiza el derecho de acceso a la justicia y seguridad jurídica. Respecto al medio de impugnación interpuesto, se lo declara procedente, por evidenciarse el error de derecho alegado, toda vez que en la sentencia dictada se contraviene expresamente el artículo 170 incisos primero y tercero del COIP, pues los juzgadores no han subsumido los hechos probados al presupuesto de hecho de esta norma jurídica.

II

Juicio Nro. *17100-2018-00018*
Fecha: *09 de mayo 2024.*
Juez Ponente: *Dr. Felipe Córdova Ochoa*

TEMA

Motivación e inferencia indiciaria en el delito de lavado de activos.

SÍNTESIS

En el delito de lavado de activos, la prueba indiciaria exige que la sentencia exponga de forma clara el hecho base, el hecho consecuencia y el enlace lógico, pues su omisión configura vulneración a la garantía de motivación y da lugar a nulidad en casación. El recurso de casación fue interpuesto al amparo de la causal relativa a la vulneración de la garantía de motivación. La Sala reiteró que el delito de lavado de activos es autónomo y no requiere sentencia condenatoria previa sobre el delito fuente; no obstante, el origen ilícito de los activos debe acreditarse, pudiendo emplearse prueba indiciaria. Precisó que la inferencia probatoria exige la identificación clara del hecho base (indicio), el hecho consecuencia y el enlace lógico que los conecta, sustentado en reglas de la lógica o máximas de experiencia. Al constatar que la sentencia impugnada no desarrolló adecuadamente estos elementos ni justificó de manera suficiente la lesión al bien jurídico ni la adecuación a los verbos rectores del tipo penal, declaró la nulidad del fallo por insuficiencia de motivación y ordenó la devolución al tribunal de alzada para nueva audiencia de apelación.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- En audiencia de 10 de abril de 2024, el infrascrito Tribunal declaró la nulidad constitucional de la sentencia de segundo nivel, emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 25 de marzo del 2022,dentro de la causa penal signada con el número 17100-2018-00018; 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 el 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. 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 13 de julio de 2022, a las 14:44, 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, mediante sorteo, conformó el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, designando a los doctores Walter Macías Fernández, Marco Rodríguez Ruiz 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 Interviene en la presente causa el doctor Pablo Loaiza Ortega, Conjuez Nacional (t), por liciencia

que le fuere legalmente conferida al doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; asimismo, interviene en el doctor Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional (t), quien mediante sorteo reglamentario, ha asumido el despacho del doctor Walter Macías Fernández, ex juez Nacional, que ha cesado en sus funciones, en razón de haber cumplido el período para el que fue designado.

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; y, 656 y 657 del COIP.

1.6 La infracción imputada a los procesados se materializó en el territorio ecuatoriano, por tal razón, se encuentran sometidos 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 los procesados.

SEGUNDO: LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA *IN EXAMINE* Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1 En audiencia de 02 de julio de 2018, celebrada ante el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Fiscalía formuló cargos en contra de los señores Eddy Fernando Sánchez Cuenca, Jorge Luis Sánchez Erazo, y las señoras Adriana Judith Cuenca Morán, Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, por considerar que contaba con indicios suficientes para presumir la existencia del delito de lavado de activos, tipificado en el artículo 317 del COIP; así como la responsabilidad penal de las personas procesadas. Es decir, el proceso *sub judice* inició con vigencia del COIP[1]; por consiguiente, el medio de impugnación interpuesto por **los procesados** debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en este cuerpo normativo.

TERCERO: ANTECEDENTES.

3.1 Hechos que se pretenden imputar a las personas procesadas.

En audiencia de juzgamiento, llevada a cabo ante la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Pichincha, el órgano acusador del Estado, al momento de exponer su alegato de apertura, esgrimió la siguiente tesis fáctica:

> "...En el año 2012 se conformó una estructura organizada por parte de la señora Adriana Judith Cuenca Morán, dedicada a servicio de intermediación financiera, préstamos de dinero con intereses superiores a los mínimos legales, emisión de letras de cambio, constitución de hipotecas como garantía, para posteriormente realizar cobros de los préstamos y ejecución de hipotecas, remate de los bienes y adjudicación de los mismos. En el año 2010, como fruto de esta organización, se adjudicó a la señora Adriana Judith Cuenca Morán un inmueble de la señora Silvia Gordillo Almeida, ubicado en Tumbaco, lote número 1, procediendo en diciembre del 2013 a su donación a la Iglesia Cristiana El Edén […], ella había realizado transferencias de dinero por el valor de cien mil dólares, en ese mismo año; dicha organización fue penalmente procesada el 12 de junio del 2018; a partir del 31 de julio del 2009 al 14 de mayo del 2014, y posteriormente desde el 16 de mayo del 2014 hasta mayo del 2019 el señor Eddy Fernando Sánchez Cuenca ejerció funciones de elección popular como Concejal del Distrito Metropolitano de Quito, que al menos se tiene conocimiento que desde el año 2016 al año 2018 se conformó una estructura organizada por ciudadanos así como funcionarios dignatarios del Municipio de Quito, entre los que se encontraría en ese entonces el concejal Eddy Fernando Sánchez Cuenca, organización que mediante cobros indebidos se habría dedicado a la regularización de taxis en la capital de la República, esta última estructura organizada fue penalmente procesada el 19 de abril del 2018. En el año 2010, la señora Judith Margarita Morán Parreño, sin los respaldos y sustentos respectivos, más allá

[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.

de una declaración juramentada de su difundo esposo, reconoció firmas recién en el año 2013, deposita la cantidad de cien mil dólares a su hija Adriana Judith Cuenca Morán, que ella misma en el año 2016 pretendió justificar haber entregado dinero a su nieta Adriana Alejandra Sánchez Cuenca para la compra de un departamento. Jorge Luis Sánchez Erazo, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca y Cristina Polet Sánchez Cuenca, hijos del señor Eddy Sánchez Cuenca, no han acreditado que hayan tenido participación en las estructuras y presuntos delitos antes mencionados, dentro del periodo 2012 al 2017 procedieron a: En los años 2012, 2015 y 2016 respectivamente, a compra de departamentos; en el año 2015 a Eddy Fernando Sánchez Cuenca, padre de las tres personas procesadas aquí y Adriana Judith Cuenca Morán con reserva de usufructo de un lote de terreno signado con el número 56 en el sector de Pifo, en $ 20.000,00 dólares, siendo su valor real en el año 2018 de $ 150.887,38 dólares, así como también a la compra a sus padres Eddy Fernando Sánchez Cuenca y Adriana Judith Cuenca Morán con reserva de usufructo de un lote de terreno en el sector de Alangasí, donde se encuentra ubicada la casa, sector Los Planetas, en 60.000,00 dólares, siendo el valor real de la casa la suma de $ 485.867,51 dólares. En el año 2016 y 2017, respectivamente, procedieron a la compra de vehículos de alta gama; en el año 2016 proceden a la compra del 6,25% de derechos y acciones de 8 hectáreas de terreno en el sector de Pacto, en $ 4.500,00 dólares, siendo su valor real en el año 2018 de $ 13.176,47 dólares, así como el señor Jorge Luis Sánchez Erazo, adicionalmente, constituyó una compañía de comidas rápidas en esta ciudad de Quito, habiendo pretendido la justificación de estas transacciones con declaraciones juramentadas de dineros supuestamente ahorrados, provenientes de sus abuelos, en el año 2016; giro y suscripción de letras de cambios sin sustento comercial alguno en el año 2017; supuestas remesas enviadas del exterior desde el año 2009 al 2015; prestamos de dineros de amigos en el año 2015, y al ser cotejado sus ingresos en relación de dependencia, ingresos declarados en el SRI, así como ingresos en el sistema financiero, se evidencia que no cuentan con los respaldos respectivos, que si bien las transferencias de inmuebles antes mencionadas por parte de los señores Eddy Fernando Sánchez Cuenca y Adriana Judith Cuenca Morán a sus hijos, son de bienes adquiridos desde los años 2003-2005 y 2008, aquellos fueron a beneficiar de manera directa o indirecta a los réditos de los delitos mencionados anteriormente, así como para ocultar, disimular o impedir la determinación de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de los activos, con la finalidad de darles una apariencia de licitud; estas acciones financieras causaron alertas en el organismo de control como la UAFE, Unidad de Análisis Financiero y Económico, entidad que emitió un reporte de operaciones inusuales injustificadas: ROII en el año 2018; que el monto de estas acciones financieras inusuales injustificadas establecidas pericialmente asciende a la suma de $ 1'803.551,43 dólares, afectando de esta manera el orden conómico, por lo que esta Fiscalía probará en esta audiencia de juicio que los acusados Eddy Fernando Sánchez Cuenca, Adriana Judith Cuenca Morán, Jorge Luis Sánchez Erazo, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, Cristina Polet Sánchez Cuenca y Judith Margarita Morán Parreño, encuadran sus conductas en lo establecido en el artículo 317, numerales 1, 2, 3 y 5 del COIP, que describe y sanciona el delito de lavado de activos, en el grado de coautores…".

3.2 Antecedentes procesales.

3.2.1 En audiencia de 02 de julio de 2018, celebrada ante el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Fiscalía formuló cargos en contra de los señores Eddy Fernando Sánchez Cuenca, Jorge Luis Sánchez Erazo, y las señoras Adriana Judith Cuenca Morán, Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, por considerar que contaba con indicios suficientes para presumir la existencia del delito de lavado de activos, tipificado en el artículo 317 del COIP; así como la responsabilidad penal de las personas procesadas.

3.2.2 El 26 de septiembre de 2018, Fiscalía vinculó a la instrucción fiscal a la señora Judith Margarita Morán Parreño.

3.23 Concluida la etapa de instrucción fiscal, en audiencia de 10 de septiembre de 2019, el presidente de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de las y los procesados, por considerar que participaron en el grado de coautores, en el delito de lavado de activos, previsto en el artículo 317 del COIP.

3.2.4 Mediante sentencia de 19 de febrero del 2021, a las 13h13, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resolvió lo siguiente:

> "En el caso, de la prueba analizada se desprende que los procesados Eddy Fernando Sánchez Cuenca y Adriana Judith Cuenca Morán tuvieron el dominio fáctico del resultado típico, pues su voluntad de realización fue dirigida en forma concebida para alcanzar el fin propuesto que ocasionó la vulneración de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, en el caso el orden económico, mismo que fue conculcado con la transferencia de activos de origen ilícito, por lo cual se infiere, fuera de toda duda, que los mencionados procesados han adecuado su conducta en el grado de autores del delito de lavado de activos, tipificado y sancionado en el artículo 317, inciso primero, numerales 1, 2 y 5 del COIP, conforme lo previsto en el artículo 42, numeral 1, literal a) ibídem. En el caso, de los rocesados Jorge Luis Sánchez Erazo, Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca y Judith Margarita Morán Parreño, en el grado de la coautoría, coadyuvando a la ejecución del acto de modo principal, practicando deliberada e intencionalmente actos relativos a la infracción, como prestar su nombre para el traspaso de dominio e inyectando ineros al sistema financiero, lo cual circunscribe sus conductas a lo previsto en el artículo 317, inciso primero, numerales 1, 2 y 3 del COIP, en el caso de los tres primeros nombrados, mientras que la última, señora Judith Margarita Morán Parreño, a lo previsto en los numerales 1, 2 y 5 ibídem, conforme lo previsto en el artículo 42, numeral 3 del referido cuerpo legal (...) La Corte Nacional de Justicia en casos similares, esto es lavado de activos, ha sentado precedente jurisprudencial e que en estricta observancia del artículo 76, numeral 5 de la CRE, para el caso de conflicto de leyes y aplicabilidad de los principios de legalidad y favorabilidad previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 5 del COIP, atendiendo a la temporalidad de la ley, debe imponerse la pena más favorable (Sentencia No. 17282-2015-05549). En tal virtud, este Tribunal considera pertinente la imposición de la pena de seis años de privación de libertad, sin lugar a agravantes o atenuantes, por no encontrarse justificadas. Si bien Fiscalía ha invocado la del numeral 5 del artículo 47 del COIP, relacionada con la participación de dos o más personas en el cometimiento de la infracción, no es menos cierto que en el caso particular y conforme la teoría esgrimida, se trata de una organización debidamente estructurada, lo que de por sí conlleva la participación de varias personas, aspecto consustancial al tipo juzgado. Tampoco ha lugar la aplicación del agravante previsto en el numeral 19 de la norma en referencia, conforme solicita la acusación particular, la que por un lado debe seguir la línea que traza la acusación fiscal, como titular de la acción, además de que, más allá de la ilicitud en cuanto al origen de los activos, en el periodo en que el señor Eddy Sánchez Cuenca desempeñaba funciones de Concejal, la estructura misma fue integrada con sus propios familiares. En cuanto a la imposición de la pena accesoria de multa, prevista en el artículo 70 del COIP, que ha solicitado Fiscalía, no ha lugar la misma, habida cuenta que el legislador ha establecido una multa específica para este tipo penal, esto es la prevista en la parte final del artículo 317 ibídem...".

3.2.5 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, los procesados interpusieron recursos de apelación, sin embargo, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 25 de marzo del 2022, las 15h54, rechazó *"...los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes ADRIANA JUDITH CUENCA MORÁN, EDDY FERNANDO SÁNCHEZ CUENCA, ADRIANA ALEJANDRA SÁNCHEZ CUENCA, CRISTINA POLET SÁNCHEZ CUENCA Y JUDITH MARGARITA MORÁN PARREÑO, contra quienes se ratifica la sentencia de culpabilidad venida en grado, en calidad de autores y coautaras, toda vez que con sus argumentos no pudieron desvanecer la ratio de decidendi de la sentencia impugnada. En lo que respecta al recurso de apelación interpuesto por parte del procesado JORGE LUIS SÁNCHEZ ERAZO, por haber fundamentado adecuadamente su recurso con el que desvirtuó la ratio decidendi de la sentencia impugnada, y haber demostrado que no tuvo ninguna responsabilidad en el delito acusado, se le confirma su estado de inocencia...".*

3.2.6 En el ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, los encausados, Adriana Judith Cuenca Morán, Eddy Fernando Sánchez Cuenca, Adriana

Alejandra Sánchez Cuenca, Cristina Polet Sánchez Cuenca y Judith Margarita Morán Parreño, interpusieron recurso extraordinario de casación en contra del fallo de segundo nivel, por esa razón, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, concedió el mentado 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.

CUARTO: DEBATE SUSCITADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS POR LOS PROCESADOS.

4.1.-Fundamentación de los recursos de casación.

4.1.1 Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, Judith Margarita Morán Parreño, procesadas.- La Abogada Gianina Samantha Naranjo Rivadeneira, en representación de las señoras Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, Judith Margarita Morán Parreño, procesadas y recurrentes, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que impugna la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 25 de marzo de 2022.
- Que en primer lugar, realiza un pedido de nulidad procesal, pues, sostiene que el fallo de segundo nivel no cumplió los requisitos previstos en los numerales 2 y 5 del artículo 622 del COIP.
- Que la consecuencia para esta inobservancia, de acuerdo al literal b) del artículo 652.10 del COIP, es la nulidad de la sentencia.
- Que estos requisitos se incumplieron porque los jueces realizaron un análisis en masa, sin explicar cuáles fueron los actos ejecutados por cada uno de los procesados, no se explicó cuál fue el verbo rector ejecutado por cada uno de ellos, cuál fue el monto blanqueado, cómo se efectuó esa acción.
- Que, además, existe indebida aplicación del tipo penal de lavado de activos, tipificado en el artículo 317 del COIP, por existir un error de adecuación de los hechos a la estructura típica de este delito.
- Que el origen ilícito de los fondos es un elemento normativo del tipo penal, porque la mera tenencia, transferencia o adquisición, no configura el delito, se requiere que los bienes tengan un origen ilícito.
- Que, tanto la Convención de Viena, como la Convención de Palermo, y la Convención de Mérida, le dan sentido al término origen ilícito, determinando que los bienes deben derivar directa o indirectamente de la comisión de un acto típico, antijurídico, y no necesariamente culpable.
- Que, si origen ilícito es igual a producto de un ilícito, el delito fuente debe ser justificado, no necesariamente juzgado, pero sí determinado en circunstancias de modo tiempo y lugar.
- Que, si no se justifica el origen ilícito de los fondos, incluso con prueba indiciaria, no se puede hablar de delito de lavado de activos, por ausencia de uno de los elementos objetivos del tipo.
- Que, en el caso concreto, los delitos fuente aludidos por los jueces de instancia fueron: asociación ilícita, tráfico de influencias y concusión. Sin embargo, como hecho probado, consta que los procesados han obtenido auto de sobreseimiento respecto de estos delitos.
- Que, para el Tribunal de apelación, los autos de sobreseimiento resultan irrelevantes; sin embargo, la conclusión a la que debían arribar los jueces es la siguiente: no se configuraron los elementos típicos del delito de lavado de activos.
- Que el yerro específico en la sentencia está en la sección de la tipicidad.
- Que el yerro es trascendente porque, sobre la base de este error, se determinó que el hecho se ajusta a la tipicidad del delito de lavado de activos, y se aplicó la pena prevista en el artículo 15.3 literal a) de la Ley para Reprimir el Delito de Lavado de Activos, pues, pese a la falta de determinación de un monto de lavado de activos, para efectos de la multa, se consideró las diferencias en los movimientos financieros.
- Que reprocha el ejercicio de subsunción de los hechos al derecho, pues, no existe delito fuente, ya que este se desvaneció con prueba directa; que se debió aplicar el artículo 5.4 del COIP, en concordancia con el artículo 76.2 de la CRE.
- Que su segunda solicitud es que se ratifique la inocencia de los procesados, por cuanto, el Tribunal de Apelación incurrió en la indebida aplicación del delito de lavado de activos.

4.1.2 Eddy Fernando Sánchez Cuenca y Adriana Judith Cuenca Moran, procesado y procesada.- El Abogado Felipe Rodríguez Moreno, en representación del señor Eddy Fernando Sánchez Cuenca y la señora Adriana Judith Cuenca Moran, procesados y recurrentes, manifestó en lo principal lo siguiente.

- Que la sentencia recurrida es la emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 25 de marzo de 2022,
- Que el primer cargo casacional es la errónea interpretación del segundo inciso del artículo 317 del COIP.
- Que existe errónea interpretación de la ley cuando el juez aplica la norma jurídica pertinente, pero, al momento de resolver, le da un sentido diferente al expresado por su tenor literal.
- Que la parte mal interpretada no tiene que ver con un elemento constitutivo del tipo penal, más bien, tiene relación con un aspecto procesal, que refiere lo siguiente: *"esto no exime a la fiscalía de su obligación de investigar el orígen ilícito de los activos objeto de este delito"*.
- Que se trata de una autonomía procesal, mas no de una autonomía sustantiva.
- Que, al presentar el caso, Fiscalía manifestó que desde el año 2016 al año 2018, varios funcionarios del Municipio, entre ellos, el señor Eddy Sánchez, habrían estado involucrados en una organización, que mediante cobros indebidos, se habría dedicado a la regularización de taxis en la capital de la República.
- Que el primer delito fuente es la presunta asociación ilícita, en concurso con tráfico de influencias, concusión, y enriquecimiento privado no justificado, la causa es la 17100-2018-00010; sin embargo, el señor Eddy Sánchez está sobreseído de todos estos delitos.
- Que el segundo delito es la usura, presuntamente cometida por la señora Adriana Judith Cuenca Morán, cuyo número de juicio es el 17294-2018-00902; sin embargo, en este proceso también se emitió un auto de sobreseimiento definitivo, el cual, se encuentra ejecutoriado y constituye un hecho no controvertido.
- Que se ha ratificado la inocencia de sus clientes en el delito fuente; que eso no está en debate por las partes.
- Que en el numeral 4.1 de la sentencia impugnada, se determina que los indicios sobre la ilicitud de los fondos, no necesariamente deben proceder de un caso en particular, como tampoco la procedencia del juicio de lavado de activos puede depender, como condición *sine qua non*, de un delito precedente.
- Que ese texto es una locura, porque se estaría diciendo que no importa cuál es el delito precedente.
- Que el error de interpretación está en la sección de tipicidad, en el párrafo 107 y 108, que concluye que se ha demostrado el delito precedente cometido por Adriana Cuenca, en razón de las capturas de pantalla de la página web de la Fiscalía General del Estado, es decir, no importa el sobreseimiento, porque, según las capturas de pantalla, la prenombrada ciudadana fue denunciada.
- Que, en el segmento singularizado se determinó que, en razón del carácter autónomo del delito de lavado de activos, no se podía alegar que en los juicios imputados a Eddy Sanchez y Adriana Cuenca, se ratificó su estado de inocencia, pues, ello es es irrelevante para el delito de lavado de activos.
- Que el Tribunal de apelación analizó la autonomía, para concluir que el sobreseimiento no importa.
- Que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, se debe determinar con precisión cuál es el origen delictivo de los fondos blanqueados, pero, la Sala de apelación manifiesta que aquello es irrelevante.
- Que la interpretación correcta de la autonomía, es que no se requiere prejudicialidad, como una conducta típica, antijurídica y culpable, sino de un delito precedente por una conducta típica, antijurídica y no necesariamente culpable.
- Que se requiere de prueba indiciaria para demostrar que el dinero proviene de un delito fuente, es decir, obligatoriamente debe existir un delito fuente, aunque no exista sentencia condenatoria por ese delito.
- Que, si se interpreta el inciso completo, vinculado la autonomía con la última oración del inciso segundo del artículo 317 del COIP, tenemos que, Fiscalía no está exenta de investigar el origen ilícito de los fondos, entonces, si se debe establecer la existencia del delito precedente, y, en este caso, es un hecho probado la inexistencia del delito precedente.
- Que la forma más contundente de probar la inexistencia del delito previo es el sobreseimiento o la sentencia previa.
- Que Fiscalía debe probar el delito previo con prueba indiciaria, pero, la inexistencia de los delitos previos fue acreditada con prueba directa.
- Que el yerro es trascendente, porque si se interpretaba bien la norma se hubiera absuelto.
- Que, si la autonomía es procesal y no sustantiva, los jueces estaban en la obligación de absolver, y en lugar de ello, condenaron.

- Solicita que se case la sentencia, por existir errónea interpretación del artículo 657, segundo inciso, del COIP.
- Que, como segundo cargo casacional, plantea la contravención expresa del principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 5.4 del COIP, en concordancia con el artículo 76.2 de la CRE.
- Que este cargo se verificó porque existe inversión de la carga de la prueba.
- Que el artículo 317 del COIP no prevé la inversión de la carga de la prueba, pues, es Fiscalía quien debe privar la ilicitud de los fondos supuestamente blanqueados.
- Que el Tribunal de alzada concluyó que los procesados cometieron el delito lavado de activos, porque no pudieron justificar el origen de sus bienes, mientras que, respecto a Jorge Luis Sánchez, los jueces determinaron que, como él sí pudo justificar, no cometió el delito, lo cual evidencia la inversión de la carga de la prueba.
- Que este yerro está en el análisis de tipicidad.
- Que el cargo es trascendente, pues, se confundió entre un enriquecimiento privado no justificado y un lavado de activos.
- Solicita que se case la sentencia por contravención expresa del principio presunción inocencia, y, por ende, que se revoque la sentencia subida en grado y se ratifique el estado constitucional de inocencia de Eddy Sánchez y de toda su familia.
- Que existe una causa de nulidad constitucional por apariencia, en razón de una incoherencia lógica, pues, conforme las teorías del caso, la señora Adriana Cuenca, habría cometido usura desde el año 2010 al año 2012, y Eddy Sánchez habría cometido asociación ilícita y otros delitos, del 2016 al 2018, es decir, si se habría generado dinero ilícito en esas fechas, se tendría que lavar luego. Sin embargo, Fiscalía ha establecido que los bienes Fontana, lote de Pifo y casa de los Planetas, fueron adquiridos por los cónyuges Eddy Sanchez y Adriana Cuenca el 2003, el 2005 y el 2008, y, según el Tribunal, el lavado de activos se verificó cuando esos bienes, adquiridos antes de los delitos precedentes, son transferidos a sus hijas, el 2015 y 2016.
- Que la única forma de cometer el lavado de activos es que Eddy Sánchez haya viajado en el tiempo.
- Que existe incongruencia frente a las partes, pues, planteó la inconsistencia en la línea del tiempo, respecto de la adquisición de los bienes, y no recibió una respuesta a esta alegación.
- Que tampoco le contestaron los argumentos referentes al valor lavado, al verbo rector ejecutado y al lugar donde se habrían colocado los fondos lavados.
- Que, en audiencia de apelación, argumentó que el Tribunal de juicio violó la ley, por haber valorado prueba que no podía valorar, esto es, los informes de la UAFE y del SRI, que sustituyeron al testimonio de los funcionarios, que se retractaron de sus informes, sin embargo, no se contestó este argumento.
- Que, en audiencia de apelación alegó que el incremento patrimonial está justificado, conforme se desprende del examen especial de Contraloría; por eso, solicitó que se indique por qué se valoraron unas pruebas y no otras, pero no tuvo respuesta.
- Que alegó expresamente que la adquisición de los bienes inmuebles de los que se discute su origen, no se realizó dentro del periodo de investigación, pero no existe respuesta sobre esta alegación.
- Que existe incoherencia decisional, pues, al valorar el testimonio de Jimena Rodríguez León, perito contable, y el informe de la UAFE, sostiene que el valor Eddy Sánchez Cuenca no pudo justificar, es de $110.115, sin embargo, se impone la multa de $ 4´000.000 de dólares.
- Solicita que se declare la nulidad de la sentencia de apelación.

4.2 Contradicción.

4.2.1 Fiscalía General del Estado.- Con la finalidad de contradecir los argumentos esgrimidos por los recurrentes, el delegado de la Fiscal General del Estado, en lo principal, manifestó lo siguiente:

- Que el recurso de casación es taxativo, y se refiere solamente a los errores *in iure*, por ende, el pedido de nulidad procesal sobrepasa el ámbito de este medio extraordinario de impugnación.
- Que, para que se determine una nulidad procesal, debería cumplirse los principios de taxatividad, trascendencia y no convalidación.
- Que, al plantear el cargo de indebida aplicación del artículo 317 del COIP, se ha manifestado que no se ha justificado el elemento valorativo del tipo, referente al origen ilícito de los bienes; sin embargo, la defensa técnica no ha partido de los hechos probados.
- Que la defensa técnica pretende que se alteren los hechos fijados por el Tribunal de segunda instancia, pues, a pesar de haberse declarado probada la existencia de fondos de origen ilícito, se pretende que se desconozca este hecho.
- Que el Tribunal ha determinado que el lavado de activos es un delito autónomo.

- Que esta pretensión ya se realizó en segunda instancia, siendo debidamente resuelta, por lo que, al insistirse con este reproche, se violó el principio de no debate de instancia.
- Que la errónea aplicación se verifica cuando se deforma el alcance que el legislador ha otorgado a una norma, pero, este cargo supone que dicha norma fue correctamente aplicada.
- Que, si la parte recurrente plantea la errónea interpretación de la norma, está de acuerdo con la aplicación del tipo penal, más aún, si no cuestiona el primer inciso del artículo 317 del COIP.
- Que este alegato es contradictorio, pues, por un lado se dice que hay una errónea interpretación del tipo, por otro lado se dice que se está de acuerdo con la aplicación del tipo, y por otro lado se pide que haya exclusión de la responsabilidad.
- Que se tendría que valorar la prueba directa, que a decir del recurrente, evidencia la inexistencia de fondos de origen ilícito, sin embargo, en sede de casación está prohibido valorar prueba.
- Que, si el casacionista consideraba que uno de los elementos del delito de lavado de activos no se ajustaba a la estructura del tipo penal, debía plantear un cargo casacional de indebida aplicación.
- Que en el presente caso se ha justificado la probabilidad de la existencia de fondos de origen ilícito.
- Que este cargo evidencia la mera inconformidad del recurrente, con los hechos acreditados dentro de la causa, por tanto, este cargo debe ser declarado improcedente.
- Que la contravención expresa es un error de omisión, en virtud del cual, el juzgador no ha aplicado la norma que tiene relación con los hechos dados por probados; y, en el presente caso, los hechos dados por probados determinan que se debía declarar la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados.
- Que todas las operaciones ejecutadas por los procesados, tuvieron por finalidad ocultar el origen ilícito de los fondos, estos son los hechos probados.
- Que este cargo contraviene el tecnicismo propio de la casación, por ende, resulta improcedente.
- Que los cargos de nulidad no han sido debidamente acreditados.
- Que el recurrente no ha justificado la existencia de incoherencia lógica.
- Que este delito se ha prolongado, en razón de las diversas operaciones que han realizado los procesados, y que han sido fijados en la sentencia impugnada.
- Que, la alegación referente a la presunta inconsistencia de la línea del tiempo incurre en la prohibición de revisar los hechos.
- Que los cargos de incongruencia frente a las partes carecen de asidero, pues, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que los cargos que deben ser solventados son aquellos relevantes para resolver los problemas jurídicos.
- Que el problema jurídico que se debía resolver en sede de apelación, justamente, es la determinación de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado.
- Que el Tribunal de apelación, en el considerando décimo, resolvió el problema jurídico, por ende, no existe incongruencia frente a las partes, en razón de que la pretensión del recurrente era la exclusión de su responsabilidad.
- Que el recurrente ha planteado el vicio motivacional de incoherencia decisional, sin embargo, no ha observado la naturaleza de la sentencia de segunda instancia, que resuelve en mérito de los argumentos planteados por los apelantes; sin embargo, el recurrente ha inobservado esta naturaleza, pues, el ejercicio de imposición de la multa no fue un aspecto descuido en sede de casación.
- Que no existe fundamento para declarar la nulidad constitucional o procesal, ni para aceptar un cargo de mérito casacional, por lo que, solicita que se declare la improcedencia del recurso de casación planteado por el procesado.

4.2.2 Unidad de Análisis Financiero (UAFE).- El doctor Juan Enrique Palacios, abogado autorizado por el director de la Unidad de Análisis Financiero, en lo principal señaló.

- Que se acoge a todas las expresiones realizadas por la Fiscalía General del Estado.
- Que la Corte Constitucional ha manifestado que en sede de casación está prohibido valorar la prueba.
- Que el artículo 656, expresamente, prohíbe la valoración de prueba y revisión de hechos en sede de casación.
- Que los recurrentes desnaturalizaron este medio extraordinario de impugnación.
- Que la autonomía permite justificar el origen ilícito de los fondos, aunque sea con prueba indiciaria.
- Que la ley no obliga a probar con una sentencia condenatoria previa.
- Que si se considera al delito de lavado de activos dependiente de un delito previo, provocaría que sea una infracción carente de sanción.
- Que la norma jurídica ha sido correctamente aplicada.

- Solicita que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados.

4.3 Réplica.

4.3.1 Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, Judith Margarita Morán Parreño: La Abogada Giania Samantha Naranjo Rivadeneira, en representación de las señoras Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca, Judith Margarita Morán Parreño, al ejercer el derecho a la réplica, indicó en lo principal lo siguiente:

- Que si se puede declarar la nulidad procesal en sede de casación.
- Que la sentencia de segunda instancia no determinó cuál es el verbo rector, y el monto del lavado de activos.
- Que el hecho probado es que existen sobreseimientos, sin embargo, este hecho fue dado por irrelevante, por tanto, la indebida aplicación de la ley si se sustentó en los hechos probados.
- Que Fiscalía admitió que efectivamente existen sobreseimientos por los delitos previos.
- Solicita que se case la sentencia.

4.3.2 Eddy Fernando Sánchez Cuenca y Adriana Judith Cuenca Moran, procesado y procesada: El abogado Felipe Rodríguez Moreno, en representación del señor Eddy Fernando Sánchez Cuenca y las señora Adriana Judith Cuenca Moran, en ejercicio de su derecho a la réplica, indicó en lo principal lo siguiente:

- Que Fiscalía cometió un enredo, pues, cada vez que le decía que su argumento no tenía razón, le estaba dando la razón a la doctora Naranjo.
- Que se ha referido a una norma de carácter procesal, no a los elementos constitutivos del tipo penal.
- Que Fiscalía no ha dicho cuál sería la interpretación correcta de la norma jurídica.
- Que es importante determinar el delito precedente, porque eso le permite al procesado ejercer el derecho a la defensa.
- Que Fiscalía hizo lo correcto, pues, determinó los delitos precedentes, y ellos ejercieron su derecho a la defensa, desvirtuando esos delitos precedentes.
- Que se requiere que la Corte Nacional garantice la seguridad jurídica.
- Que existe incoherencia lógica por la línea del tiempo, además, incongruencia frente a las partes.
- Que los argumentos que no fueron contestados por el Tribunal de apelación fueron relevantes.
- Que si plantearon en apelación referente a la multa en sede de apelación.
- Solicita que se rechacen los argumentos de Fiscalía, y se acepte el recurso de casación, o en su defecto, que se declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

4.4 Intervención de Jorge Luis Sánchez Erazo, procesado no recurrente.

El doctor Pablo Encala Hidalgo, en representación del señor Jorge Luis Sánchez Erazo, procesado no recurrente, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que el delito de lavado de activos es una forma de encubrir el origen ilícito de ciertos fondos.
- Que no se puede prescindir del delito precedente.
- Que existe indebida aplicación del tipo penal, porque los hechos no se subsumen a los elementos típicos del delito de lavado de activos.
- Que el pedido de nulidad si le afecta a los derechos de su patrocinado, pues, ya existe una sentencia con razón de ejecutoria, y si se declara la nulidad de la sentencia le causaría un gravamen.
- Que si existe nulidad, ésta sería desde el inicio del proceso, por violación de la regla de conexidad prevista en el artículo 406 del COIP.
- Solicita que ratifiquen el estado de inocencia de los procesados.

QUINTO: CONSIDERACIONES EN TORNO AL RECURSO DE CASACIÓN.

5.1 El recurso de casación es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad, por regla general, se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segundo nivel. El control de legalidad efectuado en sede de casación se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables la correcta aplicación del derecho sustantivo en la resolución del asunto litigioso (artículos 76.1 y 172 de la Constitución de la República[2]), 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

[2] 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 (...).

fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales (artículo 656 del COIP, segundo inciso[3]); estas facultades le corresponden privativamente a los Jueces de instancia (artículo 10 del COFJ[4]); 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..."* [5].

5.2 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..."* [6]. Adicionalmente, debemos señalar que, para que un recurso de casación prospere, el yerro in judicando debe ser trascendente, es decir, debe tener tal incidencia, que, de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido sustancialmente distinta.

5.3 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 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 sustantivo, y que el yerro se ajuste a los parámetros legales y jurisprudenciales.

5.4 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 especificidad[7] y taxatividad[8]).
- El yerro *in iudicando* planteado en sede de casación debe sustentarse a la luz de los principios de autonomía[9], trascendencia[10] y no debate de instancia[11].

5.5 Partiendo de estos presupuestos, al infrascrito Tribunal le corresponde realizar un análisis de los

---

[3] 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.

[4] 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.

[5] ROXIN, Claus; (2000). *Derecho Procesal Penal*, Editores El Puerto: Buenos Aires-Argentina. P. 466.

[6] PABÓN GÓMEZ, Germán; (2022). *De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio*, Ibañez: Bogotá-Colombia. P. 43- 44.

[7] Esto es, la necesidad de que el recurrente identifique la norma jurídica transgredida.

[8] 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.

[9] Es necesario que cada cargo de casación posea una argumentación independiente.

[10] Se requiere que el yerro alegado haya tenido incidencia en la decisión de la causa.

[11] 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.

argumentos esgrimidos por los impugnantes, en la audiencia de 25 de marzo de 2024, con la finalidad de verificar si, a través de esos argumentos, se acreditó la incursión del Tribunal de apelación en un yerro de derecho, o, en su defecto, si existe un vicio in procedendo en la tramitación de la causa, que deba ser subsanado por este Tribunal.

SEXTO: PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LOS CASACIONISTAS.

6.1 En sede de casación, los problemas jurídicos surgen de los reproches efectuados por los recurrentes a la sentencia de segunda instancia, por ese motivo, previamente, identificamos cuáles fueron los planteamientos realizados por los casacionistas, en la audiencia de fundamentación de su recurso, de los cuales, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

i. ¿Se debe declarar la nulidad constitucional de la sentencia de segunda instancia, por violar la garantía de motivación?
ii. ¿Se debe declarar la nulidad procesal de la sentencia de segunda instancia, por no cumplir los requisitos previstos en los numerales 2 y 5 del artículo 622 del COIP?
iii. La sentencia impugnada, ¿incurrió en la indebida aplicación del tipo penal descrito en el artículo 317 del COIP?
iv. La sentencia impugnada, ¿incurrió en la errónea interpretación del segundo inciso del artículo 317 del COIP?
v. La sentencia impugnada, ¿incurrió en la contravención expresa al texto del artículo artículo 5.4 del COIP, en concordancia con el artículo 76.2 de la CRE.

SÉPTIMO: RESPUESTA RAZONADA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LOS CASACIONISTAS.

7.1 Previo a realizar el análisis de los problemas jurídicos que nacen de los planteamientos realizados por los recurrentes, el infrascrito Tribunal debe realizar la siguiente precisión:

7.2 Además de los reproches inherentes a la supuesta violación de la ley, y el presunto vicio *in procedendo* (referente a la estructura formal de la sentencia de segundo nivel), los casacionistas alegaron que la sentencia dictada por el Tribunal de apelación violó la garantía de motivación; si llegara a determinarse la procedencia de este reproche, este Tribunal debe declarar la nulidad constitucional del fallo de segundo nivel, con lo cual, el examen de los cargos inherentes a la violación de las normas de carácter legal, y la nulidad procesal de la mentada resolución, resultarían inoficiosos.

7.3 En tal virtud, se considera pertinente iniciar el estudio del problema jurídico que involucra la presunta violación a la garantía de motivación:

Primer Problema Jurídico.

¿Se debe declarar la nulidad constitucional de la sentencia de segunda instancia, por violar la garantía de motivación?

7.4 El señor Eddy Sánchez Cuenca y la señora Adriana Cuenca Morán, plantearon la violación a la garantía de motivación, y, con la finalidad de justificar este planteamiento, alegaron que el fallo de segundo nivel incurrió en los vicios de incoherencia lógica, incoherencia decisional, e incongruencia frente a las partes. Para abordar estos planteamientos, se considera preciso estudiar el alcance de la garantía constitucional invocada por los casacionistas:

7.5 Sobre la Motivación de los fallos judiciales.- La motivación constituye una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, y, al mismo tiempo, constituye una obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar sus decisiones, en lo fáctico y en lo jurídico, así lo establece el artículo 76.7.l) de la CRE, al determinar que, *"...no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".*

7.6 Esta garantía también ha sido desarrollada en el ámbito legal, así, por ejemplo, en materia penal, el legislador ha consagrado este principio en los artículos 5.18[12] y 621[13] del COIP.

7.7 El cumplimiento de esta garantía no supone la enunciación mecánica de preceptos jurídicos y

[12] Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otro establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...) 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

[13] Art. 621.- Sentencia.- Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos.
El tribunal ordenará se notifique con el contenido de la sentencia dentro del plazo de diez días posteriores a la finalización de la audiencia, de la que se pueden interponer los recursos expresamente previstos en este Código y la Constitución de la República.

elementos fácticos, se requiere que la decisión judicial se construya sobre la base de una argumentación mínimamente estructurada, que describa con claridad el acontecer fáctico que se infiere de los elementos de prueba, y explique la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a dicho acontecer, así lo exige el artículo 130.4[14] del Código Orgánico de la Función Judicial.

7.8 Con la finalidad de desarrollar el contenido de la garantía de motivación, la Corte Constitucional ha señalado que una *"argumentación jurídica cuenta con una estructura mínimamente completa cuando está compuesta por suficientes fundamentos fácticos (sobre los antecedentes de hecho y su prueba) y jurídicos (enuncia normas y principios jurídicos y explica la aplicación de estos a los antecedentes de hecho)".*

7.9 Pero, si la motivación ha de cumplir un estándar de suficiencia, debemos tener claros cuáles son los criterios que otorgan suficiencia a una sentencia en el ámbito penal; por tal razón, resulta preciso mencionar que, en materia penal, y en tratándose de sentencias de condena, la Corte Constitucional ha reflexionado que, por estar comprometida la libertad de las personas, y la restricción a derechos como la propiedad o los derechos políticos, el estándar de suficiencia motivacional debe ser más alto; es por ello que, en jurisprudencia vinculante, el mentado órgano de administración de justicia constitucional ha dicho que, para motivar una sentencia penal con suficiencia, los jueces deben: ***i)*** explicar cómo han desvirtuado los argumentos de defensa esgrimidos por la persona procesada; además, deben ***ii)*** explicar por qué los elementos de prueba aportados por las partes procesales, les permitieron superar el umbral de la duda razonable; finalmente, deben explicar si ***iii)*** el hecho probado se adecúa a las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito (es decir, deben acreditar que se trata de una acción típica, antijurídica y culpable). (Sentencia No. 2706-16-EP/21, de 29 de septiembre de 2021).

7.10 Refiriéndose a la transgresión a esta garantía, la Corte Constitucional del Ecuador, apartándose del denominado *test de motivación*, dictó la sentencia No. 1158-17-EP/21, el 20 de octubre de 2021, en la cual, explicó que la motivación puede violentarse por inexistencia, insuficiencia, o apariencia, y, para explicar cómo podrían configurarse cada una de estas deficiencias, elaboró las siguientes pautas:

> "...66. 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**
>
> 67. Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica (...).
>
> (2) **Insuficiencia**
>
> 69. 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**
>
> 71. 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, inexiste 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.**
>
> 72. En consecuencia, **un cargo de vulneración de la garantía de motivación puede indicar – aunque no necesariamente con esos términos** – que la argumentación jurídica es inexistente o insuficiente o aparente; en este último supuesto, el cargo apunta a la presencia de algún vicio motivacional en la argumentación (...)[15]".

7.11 Es importante destacar que, de conformidad con la sentencia referida en el acápite que antecede,

[14] 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 (...).

[15] Sentencia No. 1158-17-EP/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, el 20 de octubre de 2021, dentro del caso No. 1158-17-EP.

los fallos judiciales se presumen motivados; por esa razón, quien propone la existencia de una deficiencia motivacional debe demostrarla.

7.12 Realizada esta digresión, corresponde a este Tribunal identificar los argumentos esgrimidos por los recurrentes, con los cuales, se pretendió justificar la transgresión a la garantía de motivación; en tal sentido, se advierte que el señor Eddy Sánchez Cuenca y la Señora Adriana Cuenca Morán, por intermedio de su abogado patrocinador, en torno a la presunta violación de la garantía de motivación, en lo principal, realizaron los siguientes planteamientos:

- Incongruencia frente a las partes, en razón de que no se contestaron los argumentos planteados en apelación, esto es: i) La inconsistencia de la línea del tiempo, respecto de la adquisición de los bienes; ii) La falta de justificación del monto, del verbo rector del delito, y del lugar en donde se habrían colocado los fondos; iii) La valoración de elementos de prueba que no se podían valorar; iv) La falta de valoración de prueba de descargo.
- Incoherencia lógica, pues, existe una inconsistencia en la línea de tiempo, respecto a la fecha en el que se habría cometido el presunto delito de lavado de activos.
- Incoherencia decisional, pues, el valor de la multa no guarda armonía con el valor que presumiblemente no se habría justificado.

7.13 Con la finalidad de abordar el vicio de incongruencia frente a las partes, resulta pertinente identificar los argumentos esgrimidos por los casacionistas en sede de apelación, para tal efecto, acudimos a la sentencia de segunda instancia, específicamente, al considerando IV, donde se especifican los cargos de apelación de los ahora casacionistas:

> "Primero, voy a atacar lo fáctico, es decir, que el delito de lavado de activos no fue probado, quiere decir esto que la prueba no fue valorada correctamente y que se condena sobre una presunción, ni siquiera sobre prueba indiciaria. En cuanto a lo jurídico, voy a exponer que el origen ilícito fue desvirtuado con prueba directa, entonces jamás se pudo haber probado un lavado de activos. En lo probático, voy a demostrar que se violó la ley, es decir, que se valoró prueba que era invalorable conforme al COIP. (...) yo sé que se puede volver súper tedioso que uno hable tanto de cifras pero lo que pasa es que me sorprende que manejamos tanto cifras en el Tribunal y que el Tribunal nunca analizó las cifras simplemente sumó todas las inusualidades que existían y dijo ese es el perjuicio; cuando les demostramos todo lo que les estoy explicando pero evidentemente ese trabajo no se lo hizo. Y ahora vamos al tercer y último punto que quiero tratar, la máquina del tiempo le llamo yo, quiero que sepan que todos los bienes de la familia Sánchez, todos fueron adquiridos antes del año o del período de investigación y se dice que se lavó activos les voy a explicar cómo, lavaron activos supuestamente entre el año 1995 y 2009, luego viajaron en el tiempo al año 2017 cometieron el origen ilícito y volvieron en el tiempo a seguir lavando hacia atrás; esto es tan absurdo que para la Fiscalía y para la UAFE quiero ver cómo me responden a esto el lavado se habría dado antes del origen ilícito se habría dado antes del 2010 y de eso aparte que no nos defendimos es otra locura y les voy a demostrar que esto está probado en la audiencia. Conforme a la prueba, esto es, Pedro Miguel Astudillo Castro, esto es una de nuestras pruebas principales incluso para la multa que se ha impuesto, es el Perito que hizo el avalúo de los bienes inmuebles y lo que determinó que los bienes que además dice la sentencia que tienen que ser parte de INMOBILIAR fueron adquiridos específicamente la construcción de Avenida de los Planetas Alangasí en el año 2008 por Eddy Sánchez; el lote baldío en Pifo en el 2005 y el departamento FONTANA de la República del Salvador en el año 2003. Si supuestamente la usura y la asociación ilícita que ya están desvirtuadas fueron entre el año 2010 y el año 2017 ¿cómo es que lavaron con bienes inmuebles en el 2008, 2005, 2003? Presentamos nosotros como prueba documental las escrituras de compraventa y logramos justificar cuándo fueron compradas, les pregunto ¿se pudo haber lavado antes convertido antes y ensuciado años después? La respuesta es que no, esto es evidentemente un absurdo que no tiene ni pies ni cabeza (...), el Tribunal valoró los informes de la UAFE y del SRI sustituyendo a los testimonios; dijo que tenía errores de tipeo, que se retracta de las inusualidades. El doctor Santillán ingresa el informe, el ROII de la UAFE y el Tribunal para condenar valora el informe de la UAFE y no lo que dijo el testigo porque claro si valora el informe de la UAFE estamos todos fregados pero si el testigo se retractó en audiencia, ese informe ya no podía ser valorado; valora el informe del SRI cuando la testigo del SRI declaró sobre su informe, la pregunta del millón es: ¿si un testigo ya declara sobre su informe, se puede sustituirlo? Y la respuesta la da la ley, solo con esto ustedes ya tiene o para absolver o para declarar una nulidad

por violación de derechos (...). Siguiente pregunta que le hice al Tribunal y ahora les hago a ustedes si no están de acuerdo con lo que he dicho ¿Cuál valor se lavó? Específicamente qué cifra es ilícita, cómo se lavó, cuál es el verbo que se ejecutó, nada de esto consta en la sentencia. En la colocación como parte del proceso de lavado de activos, qué valor se colocó y dónde se colocó…"

7.14 Del análisis de los argumentos previamente identificados, que, a decir de la defensa técnica del señor Eddy Sánchez Cuenca y Judith Cuenca Morán, no han recibido respuesta por parte del Tribunal de apelación, se desprende que la tesis de defensa sustentada ante el Tribunal ad-quem, involucró la inexistencia del delito de lavado de activos, pues, dichos argumentos plantearon inconsistencias en el tiempo de ejecución de la infracción, en la falta de acreditación de los elementos del tipo, y en los yerros cometidos en el razonamiento probatorio del Tribunal de primera instancia; todo estos alegatos, insistimos, tienen relación con la inexistencia del delito de lavado de activos.

7.15 No obstante, en la sentencia impugnada se concluyó que los elementos de prueba justifican la existencia del delito de lavado de activos, es decir, se dio una respuesta genérica, que abarca los planteamientos esgrimidos por los recurrentes; sin embargo, este Tribunal advierte que la respuesta del Tribunal ad-quem no es suficiente, pues, se construyó sobre una serie de argumentos equívocos e incongruentes con el sistema jurídico penal ecuatoriano, los cuales, serán identificados en las líneas subsiguientes, y confrontados con los elementos que componen la estructura típica del delito de lavado de activos:

7.16 En este sentido, resulta oportuno iniciar este análisis delimitando el alcance del delito de lavado de activos, para tal efecto, acudimos al pensamiento del jurista Francisco J. D'Albora, quien define a este ilícito como el *"...proceso en virtud del cual los bienes de origen ilícito pretenden su integración en la economía formal con la apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita…"*. En idéntico sentido, Jorge Buompadre expone que *"...Por lavado de dinero debe entenderse aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita..."* [16]. Ruiz Vadillo y Diez Ripollés explican que el lavado de activos se manifiesta mediante la *"...regularización, conversión, naturalización, normalización, etc., de capitales de origen delictivo..."* [17]. En definitiva, el delito de lavado de activos supone la ejecución de una serie de maniobras, encaminadas hacia un fin específico: la integración a la economía formal del dinero, bienes o activos obtenidos mediante el cometimiento de un delito.

7.17 El origen y desarrollo de este tipo penal responde a los procesos de globalización, innovación tecnológica y expansión del comercio; pues, estos fenómenos han influenciado directamente en la cuestión criminal, al otorgar a las personas herramientas para el cometimiento de delitos, permitiéndoles perfeccionar sus métodos, a fin de procurar impunidad y facilitar el aprovechamiento de los réditos del ilícito.

718 El delito de lavado de activos no surgió a raíz de la iniciativa de los Estados, más bien, se originó como una respuesta de los Estados a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, ya que, en razón del impacto de estas conductas, al afectar las bases mismas de la sociedad, lesionando bienes jurídicos supraindividuales, ha sido la comunidad internacional la que ha conminado a los Estados a adecuar sus legislaciones, de tal manera que estas conductas no queden en la impunidad.

7.19 En este sentido, Zaragoza anota que "...la política criminal contra el blanqueo de dinero, (...), arranca a finales de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de un abundante número de textos jurídicos de carácter supranacional..." [18] .

7.20 En materia de lavado de activos, posee sustancial importancia la Convención de las Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena de 1988), pues, aunque este Tratado se refiere a los efectos del delito de tráfico internacional de drogas, en su artículo tercero, describe una serie de conductas,

[16] BUOMPADRE, Jorge; Derecho Penal Parte Especial, Tomo III; Mario A. Viera Editor; Argentina; 2003; p. 490.
[17] BUOMPADRE, Jorge; *op cit.* p. 489.
[18] ZARAGOZA, Javier; Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial; OEA; Washington, Estados Unidos; p. 300.

cuyos elementos integran la estructura del delito de lavado de activos, en su configuración actual[19].

7.21 Sin embargo, debido al desarrollo constante del fenómeno delictivo, los Estados se vieron en la necesidad de suscribir nuevos acuerdos, para evitar que el producto de las conductas ilícitas sea aprovechado por quienes han decidido romper el orden social; por lo que, sobre la base de la Convención de Viena de 1988, se aprobaron la Convención de Palermo de 2000 y la Convención de Mérida de 2003, con dos aspectos relevantes; en primer lugar, que el origen de los activos ilícitos no se debe limitar al tráfico de drogas; adicionalmente, se formula en las dos Convenciones una definición de activo, que abarca toda "ventaja económica", que devenga una actividad delictiva previa.

7.22 Con este breve antecedente, queda claro que, son las normas supranacionales las que han delimitado el alcance a este delito, por consiguiente, es posible advertir que la estructura típica de este delito, coincide entre las legislaciones de los distintos países.

7.23 Estructura Típica del Delito de Lavado de Activos en el Código Orgánico Integral Penal.- El artículo 18 del COIP, define a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable. Este concepto responde a una construcción dogmática, que a lo largo de los años ha sido elaborado por la doctrina jurídico penal, dentro de la denominada "teoría del delito", la cual, es estudiada en la parte general del derecho penal.

7.24 Conforme advertimos en lineas precedentes, por mandato de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, los fallos de condena en materia penal deben cumplir un estándar de suficiencia argumentativa mayor, en razón de los derechos que pueden verse afectados en esta materia, por esa razón, uno de los criterios que otorga suficiencia a un fallo de condena, tiene relación con la obligación de adecuar los hechos a las categorías que integran el concepto de delito por consiguiente, una vez determinada la existencia de una conducta humana consciente y voluntaria, el análisis de los jueces debe circunscribirse en la categoría dogmática de la **tipicidad**, que supone el ejercicio de subsunción de los hechos declarados ciertos, a la estructura típica de la norma jurídica aplicada en la resolución de la causa, en la especie, a los elementos objetivos y subjetivos del delito de lavado de activos.

7.25 La tipicidad de la conducta responde a la vigencia del principio de legalidad, piedra angular del sistema jurídico penal garantista. La tipicidad posee elementos de índole objetiva y subjetiva. Los elementos objetivos pueden ser necesarios o accidentales; dentro de los elementos objetivos necesarios del tipo se encuentra el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector y el objeto, tanto material como jurídico. Dentro de los elementos accidentales, se encuentran los elementos normativos, descriptivos y valorativos. Por su parte, integra la tipicidad subjetiva del delito, la culpa o el dolo.

Elementos del tipo objetivo:

7.26 El Sujeto activo.- Sujeto activo constituye aquel individuo de la especie humana que voluntaria y conscientemente ha decidido quebrantar el orden social, poniendo en marcha un curso de causalidad lesivo a un bien jurídico ajeno, y adecuando su conducta a un determinado tipo penal; el sujeto activo puede ser simple o calificado. En el delito de lavado de activos, el sujeto activo es simple, pues, la legislación no impone ninguna condición o característica para que una persona pueda cometer este delito.

7.27 Sujeto pasivo.- En el delito de lavado de activos, el sujeto pasivo está representado por el individuo o individuos, sobre el cual, recaen los efectos de la conducta punible, que, en el caso del delito en estudio, constituye la sociedad en su conjunto.

7.28 Objeto jurídico o bien jurídico.- El bien jurídico que protege el delito de lavado de activos posee una naturaleza *sui generis,* y es muy difícil concretarlo en un solo concepto, así lo advierte Edgardo Donna, quien anota lo siguiente:

> "...no hay acuerdo para determinar cuál es el bien jurídico en los tipos penales que regulan el blanqueo de capitales. Por un lado, para un grupo de autores entre los que sobresale Díez Ripollés, el objeto de protección es el orden socioeconómico. Otro grupo de autores afirma que es el interés del Estado en la prevención del tráfico de

[19] "...i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos...".

drogas o cualesquiera otros ilícitos que tengan al blanqueo como causa. Por último, se afirma que es la administración de justicia el bien jurídico protegido..." [20].

7.29 Sobre este elemento del tipo objetivo, consideramos menester realizar las siguientes consideraciones: en primer lugar, es necesario insistir en que este ilícito posee un carácter pluriofensivo, pues, afecta valores supraindividuales, que rigen la actividad del Estado, es decir, de aquella entidad que tiene la obligación de respetar y hacer respetar los derechos de las personas, garantizando su convivencia armónica, por lo que, la tipificación de estas conductas pretenden ejercer una labor de prevención general, evitando que el usufructo de los réditos del delito, pueda convertirse en un incentivo para el cometimiento de conductas delictivas. Adicionalmente, se pretende proteger el régimen socioeconómico del Estado, evitando que, por la ejecución de estas maniobras, puedan verse afectados ciertos valores que garantizan estabilidad social y económica del Estado, como la competencia leal, el adecuado tráfico monetario, la evasión de impuestos, etc.; en consecuencia, la ejecución de estas conductas se concreta en la lesión de varios bienes jurídicos, que corresponden a toda la sociedad.

7.30 Ahora bien, del análisis de la sentencia de segundo nivel se desprende que, si bien es cierto, en el considerando décimo, se mencionaron cuáles son los bienes jurídicos que protege el delito de lavado de activos, en ningún segmento de este fallo se estudió la efectiva lesión al bien jurídico. No debemos olvidar que la mención genérica de doctrina, de citas jurisprudenciales, o de conceptos abstractos, que no aterricen al caso concreto, no otorga suficiencia a la argumentación de un fallo, se requería que, una vez identificado el bien o bienes jurídicos, se explique cómo han sido lesionados mediante una conducta concreta; este ejercicio incluso permite al juez realizar un estudio de antijuridicidad material, pues, de conformidad con el artículo 39 del COIP, no solamente debe verificarse la antijuridicidad formal de la conducta, sobre todo, la antijuridicidad material, es decir, la efectiva lesión al bien jurídico protegido.

7.31 En la sentencia impugnada, insistimos, no es posible determinar si existe antijuridicidad material, pues, no se ha estudiado la lesión al bien jurídico.

7.32 Objeto material.- Esto es, el resultado, que se configura con la lesión de los bienes jurídicos que resguarda el delito de lavado de activos. Conforme anticipamos, en la sentencia impugnada este elemento no se encuentra suficientemente motivado, pues, el Tribunal de apelación se limitó a identificar el bien jurídico, sin explicar o dar razones, respecto a su real y efectiva transgresión.

7.33 Verbos rectores.- El verbo rector o núcleo de la conducta, está configurado por la representación fáctica, que describe el comportamiento lesivo perpetrado por el sujeto activo. En el caso *in examine,* la legislación describe un sinnúmero de acciones de tipo comisiva, portal razón, resultaba imperioso que el Tribunal de apelación, una vez identificados los hechos que se infieren de los elementos de prueba, los adecúe a uno o varios de los verbos rectores descritos en el tipo penal.

7.34 En este orden de ideas, vale mencionar que los verbos rectores previstos en el delito de lavado de activos están vinculados con una conjunción copulativa, por ende, no era necesario que se justifique la confluencia de cada uno de los verbos rectores, bastaba que uno de ellos se acredite, para que se pueda continuar con el examen de tipicidad de la conducta. A continuación, hacemos referencia a los verbos rectores del tipo penal.

1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito.

2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito.

3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo.

4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo.

5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos.

6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.

7. (Agregado por el num. 1 del Art. 9 de la Ley s/n R.O. 525-5S, 27-VIII-2021).-Declare valores de mercancías superiores a los reales, con el objetivo

[20] Donna, Edgardo; Derecho Penal Parte Especial, Tomo III; Rubinzal-Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2001; p. 606.

de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos".

7.35 En la sentencia de segundo nivel, luego de realizar un análisis de los elementos de prueba actuados por las partes procesales, los integrantes del Tribunal de apelación llegaron a la siguiente conclusión:

> "Este peritaje, no solo determina lo que han señalado los anteriores testigos, sino que demuestra todos los movimientos financieros, y de muebles e inmuebles y demás, realizados por parte de los procesados Judith Margarita Morán Parreño, Adriana Judith Cuenca Morán, Cristina Polet Sánchez Cuenca, Adriana Alejandra Sánchez Cuenca y Eddy Fernando Sánchez Cuenca, conforme el testimonio en análisis determina que entre sí eran los **principales beneficiarios de las transferencias,** es así que los ingresos del sistema financiero nacional no corresponden a sus ingresos en relación de dependencia que no ha sido justificada; de igual forma se hizo el análisis de origen y destino con lo que se desprende que la conducta de los mismos se adecua al delito a ellos atribuido, a excepción de Jorge Luis Sánchez Erazo, quien con su trabajo bajo relación de dependencia y actividades comerciales justificó que sus ingresos fueron obtenidos lícitamente".

7.36 De la cita que antecede, se desprende que el Tribunal de segunda instancia, contrario a lo que ha referido la defensa técnica de los procesados, sí ha identificado como verbos rectores los siguientes: "transferir" y "ser beneficiario". No obstante, el análisis de la tipicidad de la conducta no termina con el estudio del verbo rector, pues, las conductas descritas en el tipo penal se complementan con elementos de carácter normativo, valorativo y descriptivo, por ende, deben estudiarse todos estos presupuestos que rodean a la conducta, para que pueda acreditarse con suficiencia.

7.37 Elementos normativos.- Elemento normativo es el presupuesto objetivo que requiere de otra ciencia, conocimiento o cuerpo legal para ser definido; en el caso del delito de lavado de activos, el conjunto de verbos rectores se encuentran condicionados a la verificación de un elemento normativo de significativa relevancia, pues, la conducta no es típica, si no se ha ejecutado respecto de activos de origen ilícito.

7.38 Pero ¿Qué debemos entender por "activo de origen ilícito"? Con la finalidad de delimitar el alcance del término "activos", tanto la Convención de Mérida, como la Convención de Palermo, establecen lo siguiente: *"…activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos…";* cuando los activos tienen como origen el cometimiento de un acto delictivo, se verifica el elemento normativo descrito en el artículo 317 del COIP; por ese motivo, solamente se puede hablar de de lavado de activos, cuando los verbos rectores (adquirir, administrar, entregar, beneficiarse, etc.) recaen sobre un beneficio o rédito que provenga de la comisión de un acto típico, antijurídico y culpable.

7.39 En conclusión, por activo de origen ilícito, debemos entender todo rédito susceptible de valoración económica, que provenga de un delito.

7.40 En sede de apelación, la defensa técnica de los casacionistas planteó la falta de adecuación de los hechos al tipo penal "lavado de activos", aseverando que no se acreditó el elemento normativo "origen ilícito de los fondos", pues, a decir de los recurrentes, por cuanto se habrían emitido autos de sobreseimiento a su favor, en el juzgamiento de los delitos que se presume constituyen el orígen de los fondos blanqueados, se habría desvanecido este elemento normativo.

7.41 Conforme anticipamos *supra*, la respuesta esgrimida por el Tribunal de segunda instancia, en torno a este planteamiento, deviene en insuficiente, pues, si bien aborda genéricamente la existencia del delito, el análisis realizado por los integrantes del Tribunal ad-quem, para establecer la existencia de fondos ilícitos, incurrió en el vicio de incongruencia frente al derecho. En las líneas subsiguientes, sustentamos esta aseveración:.

7.42 El artículo 317 del COIP, en el segundo inciso del numeral séptimo, determina lo siguiente: *"Estos delitos son considerados como* ***autónomos*** *de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.".*

7.43 El carácter autónomo del delito de lavado de activos está vinculado con el elemento normativo "activos de origen ilícito", pues, en razón de este presupuesto, se permite a los jueces conocer y juzgar el delito de lavado de activos, sin necesidad de una sentencia previa, que declare la ilicitud de la conducta, que se presume ha generado los activos supuestamente blanqueados. En otros términos, el delito de lavado de activos no posee un requisito de prejudicialidad, pues, no es un elemento del tipo, la declaratoria ejecutoriada de la ilicitud de los fondos.

7.44 Sin embargo, debemos precisar que autonomía no es sinónimo de falta de prueba, todo lo contrario, el tipo penal "lavado de "activos" establece enfáticamente que la autonomía del lavado de activos, *"no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito"*. Pero, ¿cómo debe acreditarse la ilicitud de los fondos? Esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, ha dicho que el origen ilícito de los fondos, es decir, el vínculo de los valores presuntamente blanqueados, y las infracciones previas a dicha conducta, no requieren ser justificadas mediante una sentencia condenatoria pasada por autoridad de cosa juzgada, **es suficiente la prueba indiciaria** para acreditar dicha calidad en los activos" [21].

7.45 Pero, si bien existe la posibilidad de acreditar el origen ilícito de los fondos con indicios, no se puede prescindir de un razonamiento probatorio que explique la existencia de este elemento del tipo penal, pues, este razonamiento otorga suficiencia a la motivación del fallo en cuestión. No debemos olvidar que, la Corte Constitucional, en sentencia No. 2706-16-EP/21, de 29 de septiembre de 2021, ha manifestado que en fallos de condena penal el estándar de suficiencia es mucho más alto que en otras materias, en razón de los derechos que podrían verse restringidos ante una eventual condena penal, por esa razón, se ha establecido como criterios de suficiencia la explicación de los siguientes presupuestos *i) Como se han desvirtuado los argumentos de defensa del procesado, ii) Cómo se ha superado el umbral de la duda razonable, y iii) Cómo se adecuaron los hechos a cada una de las categorías dogmáticas de la teoría del Delito.* Si la condena en base a prueba directa ha de cumplir estas exigencias, la condena con base a indicios, más aún, pues, por cuanto el indicio no se refiere directamente la existencia del hecho relevante, el juez debe explicar cómo llegó al convencimiento de la existencia de ese hecho.

7.46 En este orden de ideas, resulta importante señalar que los hechos penalmente relevantes no siempre se infieren de elementos probatorios directos, en algunas ocasiones, se debe acudir a otros elementos, que indirectamente pueden contribuir a la construcción del relato fáctico del caso concreto, permitiendo que se infieran circunstancias desconocidas por el juzgador, como ocurre en el delito de lavado de activos, en lo referente a la determinación de la existencia de los fondos de origen ilícito. En este caso, puede confluir tanto la prueba directa como la indirecta; por ejemplo, puede acreditarse de manera directa la existencia de una transferencia, mediante la correspondiente certificación, pero, que el dinero transferido provenga de un delito, puede inferirse de un un hecho indirecto, es decir, de un hecho conocido que no acredita de manera directa el origen ilícito de los fondos, pero permite inferir esta circunstancia de manera indirecta, como la existencia de una investigación previa por un delito de enriquecimiento ilícito. En la prueba indiciaria, se parte de un hecho conocido (hecho inicial-indicio) y se llega al establecimiento de un hecho desconocido (hecho final-delito); por esa razón, en la especie, se debían identificar los indicios, es decir, los elementos que describen el hecho conocido, que permitió llegar de manera indirecta, mediante una relación de causalidad (inferencia lógica), al establecimiento de la existencia de los fondos ilícitos[22].

7.47 Vale mencionar que, cuando el juzgador acude a este tipo de inferencia, se requiere que explicite su razonamiento en la resolución judicial, pues, no es suficiente el uso de expresiones genéricas como "el delito de lavado de activos es autónomo", o "basta la prueba indiciaria", para brindar suficiencia a la motivación del fallo; el procesado tiene el derecho a conocer cuál fue el razonamiento empleado por el juzgador, para llegar a establecer la existencia del delito.

7.48 Pero, ¿Cuál debe ser la estructura de una inferencia probatoria en base a prueba indiciaria? Para solventar este cuestionamiento, en primer lugar, se debe destacar el contenido del artículo 454.5 del COIP, que determina lo siguiente: *"las pruebas deberán referirse, directa o* ***indirectamente*** *a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada"*, es decir, el COIP admite la práctica de prueba indirecta para acreditar un hecho, por ese motivo, resulta imperioso establecer que, tratándose de inferencia probatoria sobre la base de indicios, lo mínimo que debe observarse en la sentencia, y que debe estar

[21] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia. Sentencia emitida dentro de la causa penal No. 09333-2018- 00282, el 29 de julio del 2021, las 16h31.

[22] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida dentro del expediente No. 00728-2008-PHC/TC, el 13 de octubre de 2008.

claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base, hecho conocido o indiciario (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, es decir, lo que se trata de probar (delito) y el enlace o razonamiento deductivo; este último, puede sustentarse en las máximas de la experiencia, en el conocimiento científico, o en las reglas de la lógica. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Perú ha señalado lo siguiente:

> "Decimotercero. En cuanto a la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, se encuentra consagrada en el inciso 3, artículo 158, del CPP, el cual precisa de tres exigencias legales: a) que el indicio sea probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; y c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como no se presenten contraindicios consistentes"[23].

7.49 En idéntico sentido, esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, ha hecho énfasis en la estructura del razonamiento indiciario, sosteniendo lo siguiente:

> "Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria.
>
> (...) Dado que la convicción que proporcionan estas pruebas encuentra su fundamento en la experiencia común, que muestra cómo a ciertos hechos les siguen normalmente otros, **suele exigirse, por lo general, un enlace preciso y directo entre el hecho conocido y el desconocido.** Y ciertamente, en la medida en que esta exigencia pretenda asegurar el uso de máximas de experiencia correctas, proscribiendo aquéllas que resulten arbitrarias por carecer de referente empírico, no hay nada que objetar: al contrario, la validez de la prueba indirecta o indiciaria depende muy fundamentalmente de la corrección de las máximas de experiencia usadas"[24].

7.50 Sin embargo, en la resolución impugnada, los Jueces de segunda instancia no realizaron ejercicio intelectivo alguno, que haya justificado la existencia de activos de origen ilícito, más bien, deformaron el alcance del carácter autónomo del delito de lavado de activos, para omitir esta obligación argumentativa, conforme se advierte en las siguiente cita:

> "Para que se configure el delito de lavado de activos, tal como lo señala el Art. 317 del COIP, se debe tener en cuenta que, este en un delito autónomo, por ende, **no es necesario que se demuestre que haya existido un delito previo, por el cual los sujetos procesales acusados hayan sido sentenciados (...)**
>
> "Sobre el particular, la Sala ha hecho algunas precisiones que no ameritan mayor discusión: (i) el delito de lavado de activos es autónomo respecto de las actividades delictivas que dieron origen, mediato o inmediato, a los bienes sobre los que recae la conducta; y (ii) por tanto, no se requiere que exista una sentencia condenatoria por un delito en particular, del que se hay derivado dichos "bienes o ganancias" Tampoco es obligatorio, se aclara, la demostración de un delito cometido en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues la norma establece expresamente que el tema de prueba, en este aspecto en particular, se reduce a establecer que los bienes sobre los que recae la conducta (uno de los verbos rectores dispuestos para el delito de lavado de activos), tengan origen mediato o inmediato en las actividades de extorsión, tráfico de estupefacientes, etcétera" (...).
>
> Según se indicó, el juzgamiento por el delito de lavado de activos no está supeditado a la existencia de una condena previa por las conductas punibles que dan origen directo o indirecto a los dineros o bienes sobre los que recaen los verbos rectores relacionados en el artículo 323 del Código Penal, ni a la demostración de que las mismas (las conductas punibles "subyacentes") ocurrieron en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar. Igualmente, no se requiere que la persona a la que se le atribuye el lavado de activos haya participado en el delito que dio origen a los dineros o ganancias allí referidas.
>
> (...) Con esta base, se puede señalar que existe una estructura que se dedicó a infringir la norma jurídica, donde todos sus integrantes son familiares, que tienen un eje en común, el señor Eddy Fernando Sánchez Cuenca, a cuyo alrededor se encuentran su cónyuge, sus hijas Cristina Polet

[23] Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Transitoria. Sentencia de casación dictada dentro del proceso N.° 675-2016, de 11 abril de 2019.

[24] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia. Sentencia emitida dentro de la causa penal No. 17721- 2023-00019G, el 12 de diciembre del 2023, las 12h06.

y Adriana Alejandra Sánchez Cuenca y su madre, esto se evidencia de la información entregada por parte de la Unidad de Análisis Financiero del Ecuador (UAFE), mediante el ROII e IMFA, en donde se reportaron alertas, las cuales, como señalaron los testigos, se suscita cuando se genera información en el sistema financiero nacional, que en el caso específico fue durante el tiempo comprendido entre los años 2010 al 2018, cuando el señor Eddy Fernando Sánchez Cuenca, ocupó el cargo de Concejal en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Pero este no es un hecho aislado, en vista que, existen los testimonios realizados por parte de los agentes policiales, Edison Javier Cunalata Mejía y José Luis Salas Cuadrado, quienes, han expresado que el señor Eddy Fernando Sánchez Cuenca, era investigado, no solo por este hecho, sino también por otros delitos, entre los que se encuentran los delitos de asociación ilícita, tráfico de influencias y concusión. Pero también agregaron que no solo el mencionado procesado era investigado, sino también su cónyuge, la señora Adriana Judith Cuenca Morán, a quien se le encontró que era investigada por un delito de usura, lo cual fue ratificado por las capturas de pantalla d la página WEB de la Fiscalía General del Estado. Es relevante señalar si bien la defensa de las personas procesadas Eddy Fernando Sánchez Cuenca y Adriana Judith Cuenca Morán, argumentaron que han sido absueltos, el tipo penal por el cual se está juzgado y es objeto del presente análisis es autónomo de aquellos.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que el delito de lavado de activos al ser autónomo e independiente, para su imputación no requiere una decisión judicial en firme que condicione la procedencia ilícita de los recursos, porque el delito de lavado de activos es una conducta punible autónoma y no subordinada, por esto, los recurrentes no pueden alegar que en los juicios imputados a Eddy Fernando Sánchez Cuenca y a Adriana Cuenca Morán no se les llegó a sentenciar, hecho que es irrelevante en el presente delito".

7.51 En virtud de los antecedentes expuestos, es posible determinar que los integrantes del Tribunal de apelación, al momento de abordar el elemento normativo en estudio, omitieron su obligación de efectuar una argumentación mínima, simplemente, expresaron de manera ambigua que los procesados se habrían dedicado a infringir la ley, pero no fijaron cuál sería el origen de los fondos, y si ese origen es ilícito. No puede usarse el carácter autónomo del delito de lavado de activos, para omitir la obligación de motivar un fallo.

7.52 Igualmente, se advierte que existe una falta de motivación suficiente en la imposición de la multa, pues, como ha referido la defensa técnica de los casacionistas, si bien se fija una suma de dinero en dicha calidad, no se han explicado las razones para determinar tal multa.

7.53 En conclusión, y dando respuesta al problema jurídico previamente identificado, se determina que el fallo impugnado, esto es, el emitido por la Sala de apelación, violó la garantía de motivación, por incurrir en la insuficiencia de motivación, y por haber realizado una argumentación incongruente con el derecho; en tal virtud, y, por cuanto la norma *ius fundamental* sanciona esta inobservancia con la nulidad del fallo, resulta estéril continuar con el análisis del resto de cargos casacionales.

7.53 (sic) Finalmente, vale mencionar que el señor Jorge Luis Sánchez Erazo, por intermedio de su defensa técnica, pese a no haber comparecido en calidad de recurrente, planteó la nulidad del proceso desde el inicio, por haberse inobservado la norma de conexidad prevista en el artículo 406 del COIP. Sin perjuicio de que el prenombrado ciudadano no es recurrente, se insiste: el delito de lavado de activos es autónomo; esta autonomía se manifiesta en el ámbito sustantivo, pero sobre todo, en el procesal, pues, permite su juzgamiento sin necesidad de prejudicialidad, por ende, vale mencionar que la regla de autonomía del lavado de activos constituye una excepción a la conexidad.

OCTAVO: RESOLUCIÓN.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, resuelve lo siguiente:

- De conformidad con el artículo 76.7.l) de la CRE, se declara la nulidad constitucional de la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 25 de marzo del 2022, las 15h54, por haber violentado la garantía de motivación.
- Se dispone la inmediata devolución del expediente al Tribunal de origen, para que, previo sorteo de ley, se realice una nueva audiencia de apelación, en el plazo máximo de treinta (30) días. **NOTÍFÍQUESE.**

f) DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA, **JUEZ NACIONAL PONENTE;** DR. JAVIER DE LA CADENA CORREA, **JUEZ NACIONAL (e);** DR. PABLO LOAIZA ORTEGA, **JUEZ NACIONAL (e).**

Resumen de fácil comprensión

El delito de lavado de activos es autónomo, pues, su juzgamiento no está condicionado a la existencia de una sentencia de condena previa, que haya determinado la ilicitud de las actividades de donde provienen los fondos presuntamente blanqueados. Sin embargo, el origen ilícito de los activos debe ser acreditado, pues, este elemento integra la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos, aunque, vale mencionar que, para acreditar este elemento típico, basta la prueba indiciaria; pero, no se debe entender que, por permitirse acreditar un hecho con indicios, se debe suprimir la obligación de motivar el fallo, todo lo contrario, la inferencia indiciaria debe estar explicitada en la respectiva sentencia. En la presente resolución, se estudia la motivación del fallo impugnado, con la finalidad de establecer si el razonamiento probatorio es el adecuado.

III

Juicio Nro. *15281-2022-00303*
Fecha: *13 de agosto del 2024*
Juez Ponente: *Dr. Marco Rodríguez Ruiz*

TEMA

Error de tipo invencible y garantía de motivación: Improcedencia del recurso de casación cuando se pretende revalorar la prueba.

SÍNTESIS

No se configura error de tipo invencible cuando la alegación del recurrente pretende reexaminar la valoración probatoria, ni existe vulneración de la garantía de motivación cuando el tribunal responde los agravios planteados en apelación. En recurso de casación interpuesto por el procesado, la Sala analizó la alegada vulneración de la garantía de motivación por supuesta incongruencia frente a las partes, así como la presunta errónea interpretación del artículo 28.1 del COIP relativa al error de tipo invencible respecto al objeto material de la infracción. La Corte venficó que el tribunal de apelación examinó y respondió los agravios planteados, cumpliendo los estándares constitucionales de motivación, y determinó que, a partir de la prueba practicada, no se acreditó desconocimiento del objeto material del delito que permita configurar un error de tipo invencible. En consecuencia, concluyó que el recurso pretendía una nueva valoración probatoria, lo cual resulta improcedente en sede de casación, por lo que rechazó el recurso interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

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, Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional y Marco Albán Zambonino, Conjuez Nacional (e), dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 15281-2022-00303:

I. ANTECEDENTES:

1. El 5 de octubre de 2022, las 11:45, el Tribunal de Garantías Penales de Napo, provincia de Napo, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Edwin David Chamorro Viracocha, 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 (en adelante COIP). En tal virtud, le impuso la pena privativa de libertad de seis años, ocho meses, y, multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.10 ibídem.

2. Inconforme con la decisión del *a quo*, el encartado interpuso recurso de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Napo.

3. El 24 de noviembre de 2022, las 12:01, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, rechazó el recurso y confirmó la sentencia subida en grado.

4. Respecto del fallo del *ad quem*, el procesado Edwin David Chamorro Viracocha planteó recurso extraordinario de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.

5. Finalmente, la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, tuvo lugar el día 12 de julio de 2024, a partir de las 09:45.

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; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional y Marco Albán Zambonino, Conjuez Nacional (e), este último actúa en reemplazo del doctor Javier de la Cadena Correa, Juez Nacional (e), conforme acta de sorteo, de 5 de julio de 2024, las 16:05.

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. La abogada Lisa Abcarius, en representación del procesado recurrente Edwin David Chamorro Viracocha, manifestó que:

> Dentro del recurso de casación que nos encontramos conociendo, vamos a presentar nuestra alegación respecto de las causales de casación que consideramos existen de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Napo, dentro del presente proceso de 24 de noviembre del 2022, dentro de la cual, se niega el recurso de apelación interpuesto por, en este caso la parte recurrente del hoy recurso de casación, en su momento recurso de apelación y entonces en consecuencia se ratificó la sentencia dictada por el tribunal de garantías penales. Al respecto, realizamos la primera alegación que si bien conocemos que no es un vicio casacional como tal, si es facultad de su autoridad conocer respecto a alegaciones sobre falta de motivación de la sentencia, pues su autoridad tiene la facultad de revisar si efectivamente dicha sentencia fue o no fue debidamente motivada. Y, para poder hacer este análisis la CC nos ha brindado herramientas a través de las cuales, podemos entender si es que, efectivamente, existió o no debida motivación, y, en este caso, precisamente, en la sentencia 1157 de la CC, donde se habla de los parámetros de motivación, existen los vicios sobre los cuales se podría dar lugar a una falta de motivación. En este caso, nosotros alegamos expresamente dentro del vicio de apariencia la incongruencia frente a las partes, por qué lo estamos mencionando, porque me permito citar textualmente, hay incongruencia cuando la fundamentación fáctica o fundamentación jurídica no se ha contestado algún argumento relevante a las partes procesales, con esto cerramos la cita textual y me permito mencionarles lo siguiente, dentro de la alegación de corte provincial que se realizó por parte de la defensa técnica del recurrente, se alegaron dos pretensiones que eran independientes. En primer lugar, se decía que el señor Edwin Chamorro Viracocha, hoy recurrente, debía ratificarse su estado de inocencia por cuánto no se podía verificar la existencia de dolo dentro del proceso, y por lo tanto, dentro de la práctica probatoria, esa fue la primera alegación respecto de la cual en corte provincial manifestamos la inconformidad frente a la sentencia del tribunal garantías penales, respecto a que efectivamente, a consideración de la defensa técnica no existía prueba suficiente para determinar la existencia de dolo. Y, posteriormente, como una alegación subsidiaria, se alegó la existencia de error de tipo, es decir que, el procesado desconocía uno de los elementos objetivos del tipo, en este caso, era precisamente, que lo que estaba transportando, no me quiero referir a los hechos porque sé que no es materia de este recurso. Sin embargo, para conocimiento de su autoridad que lo que estaba transportando no era una sustancia ilegal, él desconocía que eso estaba de alguna manera camuflado en el vehículo del cual, él había sido únicamente contratado para transportar de un punto al otro, vehículo que ni siquiera es de su propiedad, por lo tanto, se realizaron estas dos alegaciones de manera separada. La corte provincial en su sentencia lo que hace es únicamente tratar la segunda alegación respecto al error de tipo, y, si bien hace una pequeña mención respecto a la alegación de que no se ha probado el dolo, une las dos pretensiones en una sola y hace un solo análisis, el cual, se puede evidenciar desde la transcripción del resumen de las alegaciones de las partes, y, dentro de su análisis, evidentemente, parte desde este error al momento de resumir las alegaciones de las partes, y, por lo tanto, únicamente contesta respecto a la alegación

de error de tipo y no se pronuncia respecto a la falta de evidencia respecto a la inexistencia de dolo, que eso también era una parte fundamental, porque, evidentemente, en este tipo de delitos como es el art. 220 numeral 1 literal d) del COIP, si es que no se logra demostrar el dolo, efectivamente, no puede haber responsabilidad, pese a que esta defensa técnica jamás ha negado la existencia de materialidad. Por lo tanto, invocamos esta causal de falta de motivación, dado que dentro de la motivación de la sentencia, no se ha contestado todas las argumentaciones y pretensiones que son absolutamente relevantes para satisfacer la pretensión, en este caso, de la parte denunciada y procesada penalmente, eso en cuanto a la primera alegación de motivación que de ser aceptada por su autoridad, la consecuencia jurídica es la declaración de nulidad del acto, el cual, ha sido indebidamente motivado, en este caso la sentencia del 24 de noviembre del 2022. Por otro lado, para hablar del fondo de nuestro recurso de casación debemos alegar ante su autoridad la existencia de errónea interpretación de la norma, en este caso, siendo específicos del art. 28.1 del COIP, que nos establece cuándo existe error de tipo y el artículo es bastante claro y nos habla de que no existe infracción penal cuando por error o ignorancia invencibles debidamente comprobado, se desconocen uno o varios elementos del tipo objetivo penal, en este caso, el elemento objetivo que se ha alegado durante todo el proceso penal, es el desconocimiento respecto a qué es el objeto material que estaba llevando esa persona, en este caso el señor Chamarro Viracocha en el vehículo que estaba transportando que, como mencioné hace un momento no voy a referirme a los elementos probatorios, pero sí voy a referirme a cómo el tribunal ha interpretado esta norma y cómo consideramos que existe un error en su interpretación. Básicamente, dentro de las consideraciones jurídicas esbozadas en la sentencia a la cual nos referimos, específicamente, en el considerando sexto denominado consideraciones jurídicas, inicia un análisis normativo que lo empieza a realizar el juzgador de corte provincial y posteriormente hace un análisis respecto a los elementos del tipo específicamente del art. 220.1 del COIP, y, nos da un contexto de qué significa una sustancia psicotrópica, ciertos términos que quizás aclaran de cierta manera qué es lo que comprende, digamos en este caso el artículo, pero específicamente en el 7.2, ya nos habla sobre lo que es materia de esta alegación de error de tipo, que es sobre el objeto material de la infracción y obviamente nos menciona que dado que ha quedado justificado la materialidad, únicamente se va a referir a la responsabilidad del procesado y nos hace una interpretación de la norma al final después de hacer un pequeño resumen de los elementos probatorios encontrados a su criterio sobre el error de tipo en el numeral 7.4, y, únicamente, nos dice que aquí hay una mezcla porque habla del dolo del art. 26, que nos habla de que actúa con dolo la persona que tiene designio de causar daño, pero al mismo tiempo menciona, en cuanto al error de tipo, la sola ausencia de conocimiento total o parcial de los elementos objetivos darían paso a la aplicación de error de tipo. Es decir, por un lado, nos dice que este error de tipo debía ser demostrado a través de los elementos probatorios, y, por otro lado, nos dice que, efectivamente, de los elementos objetivos la sola ausencia de ellos se puede verificar, que por lo tanto, no podría haber responsabilidad y en este caso, dado que sí ha habido elementos probatorios que ayudan a desvanecer o ayudan a probar, en este caso, que el señor no conocía lo que estaba transportando, sobre esa base el juzgador no se pronuncia y finalmente nos menciona que cualquier desconocimiento de error. La pretensión sería que se acepte nuestro vicio de casación y en consecuencia se case la sentencia de segunda instancia.

4.2. Contradicción:

4.2.1. Fiscalía General del Estado (FGE):

10. El abogado Wilson Espín Rosales, en representación de la FGE, indicó que:

Principalmente, se han alegado dos argumentos, primero la falta de motivación, por un vicio de apariencia por incongruencia frente a las partes, dado que si alega la defensa técnica que ha argumentado en apelación que no existe dolo y que hay un error de tipo, y que la sala única y exclusivamente, ha dado respuesta a la inexistencia del error de tipo mas no a la inexistencia del dolo. Sobre esta primera alegación es necesario

manifestar que, conforme la jurisprudencia reiterada indicativa de esta Alta Corte ha manifestado que si bien la falta de motivación no es propiamente un cargo casacional, sí debe observar los estándares establecidos principalmente por la CC, a través de su sentencia 1158 y sobre todo el parágrafo 100, que establece que quien propone una falta de motivación debe establecer con claridad y precisión las razones por las cuales considera que una sentencia no se encuentra motivada. Cuando se alega un vicio de apariencia por incongruencia frente a las partes, el censor debe demostrar que una de sus alegaciones relevantes para la decisión de la causa no ha sido dada contestación por parte del tribunal *ad quem*. En el presente caso, conforme consta en el considerando quinto, numeral 5.1, lo que alegó la defensa técnica básicamente es que la conducta no es dolosa por cuanto se desconocía la sustancia que se estaba transportando y por tanto existiría un error de tipo. Hay una inexactitud por parte de la defensa técnica al manifestar que son dos cuestiones, el dolo y el error de tipo, son dos cuestiones completamente independientes dado que cuando se alega precisamente el error de tipo, lo que existe es una exclusión del dolo, en definitiva hay una exclusión o una solicitud de exclusión de la tipicidad por desconocimiento de los elementos objetivos del tipo que tanto lo prevé el art. 26 que consagra el dolo, como el art. 28.1 sobre el error de tipo. Haciendo esta precisión, en lo conceptual más que nada es necesario remitirnos a lo que manifiesta la sentencia de segunda instancia, principalmente, en el considerando séptimo y a partir del numeral 7.3, en donde se analiza en primer lugar la responsabilidad del procesado, principalmente, en el literal h), en donde dice que el procesado tenía pleno conocimiento que en el vehículo se transportaba la sustancia estupefaciente, en el literal i), donde se establece que el procesado tenía dominio del hecho, control de la sustancia y bajo su dependencia estaba el vehículo al momento que fue aprehendido con la sustancia estupefaciente, y sobre todo, en el numeral 7.4, en donde se establece que el tribunal de segunda instancia, y da como hecho probado que tiene el convencimiento que en el presente caso no existe un error de tipo por ausencia de dolo conforme al art. 26. El procesado Edwin Chamorro conocía sobre la existencia de la sustancia ilícita que llevaba camuflada en el piso del conductor en el vehículo LBS0832, incluso dice que había un olor característico de las sustancias estupefacientes que permitía identificar que se encontraba transportando el alcaloide. En el 7.4.1, llega a la conclusión el tribunal ad quem que se ha aprobado tanto la materialidad como la responsabilidad; y, en el 7.4.2 nuevamente llega a concluir que no se ha demostrado un error de tipo, es decir, existe un amplio análisis por parte del tribunal de segunda instancia sobre la existencia del dolo y sobre la no existencia del error de tipo, es decir, sobre el conocimiento que tenía el procesado sobre los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, se ha dado una respuesta motivada al cuestionamiento de segunda instancia, y por lo tanto, no existiría una falta de motivación como erróneamente aduce la defensa técnica. En segundo lugar, presenta un cargo de mérito sobre la errónea interpretación del art. 28.1, nuevamente se refiere al artículo que consagra el error de tipo, dice que hay contradicciones en el análisis del tribunal de sala, y sobre todo, dice que hay elementos que probaron que desconocía la sustancia. Sobre este cargo de mérito es necesario establecer que la errónea interpretación es cuando se está de acuerdo con la aplicación de la norma, sin embargo, se disiente sobre la interpretación que se dio o el alcance que se dio a una norma jurídica, más allá de lo que el legislador quiso o previó como alcance de la norma jurídica, sin embargo, la defensa técnica no ha confrontado el razonamiento del juzgador a fin de determinar cuál fue la interpretación errada y cuál era la interpretación que debía darse, simplemente ha hecho alusiones genéricas, muestra una inconformidad con la valoración probatoria e incluso habría una pretensión revalorativa, porque dice que había prueba que ayudaba a probar que el procesado desconocía de la sustancia. Evidentemente, de esta manera, contradice lo que dispone el art. 656 inciso final y pretende incluso modificar los hechos ya dados por probados, que ya nos hemos referido para contestar sobre la primera

alegación, siendo innecesario volver a citarlos. En definitiva, el tribunal de segunda instancia ha dado por probado la materialidad, la responsabilidad y ha descartado sobre todo el error de tipo, ha hecho una correcta intelección sobre el art. 28.1, y por tanto, la defensa técnica tampoco ha demostrado la trascendencia sobre el presunto error de derecho en la decisión de la causa. Finalmente, la pretensión es una pretensión contradictoria con el argumento, solicita casación de la sentencia y sin embargo alegó una falta de motivación, que tiene un efecto jurídico de nulidad constitucional, sin embargo, no ha sido mencionado. Por todo lo expuesto, al no haberse cumplido con el principio de debida fundamentación, ni demostrarse un vicio motivacional en la sentencia, la FGE solicita que este recurso sea rechazado y la sentencia venida en grado confirmada en todos sus partes.

4.3. Réplica:

11. La defensa técnica del procesado recurrente señaló que:

> Únicamente mencionar que respecto a lo que nos ha dicho el señor fiscal, efectivamente, él no se encontró presente dentro de la audiencia de apelación y precisamente, iniciamos esta intervención mencionando que dentro del resumen que realiza el juzgador no recoge todas las alegaciones que fueron realizadas de manera verbal en la audiencia, y por lo tanto, consideramos que ese texto de la sentencia no es preciso, únicamente, esa aclaración a su autoridad.

V. PROBLEMA JURÍDICO:

12. Verificar si en la sentencia de segunda instancia, por un lado, se ha vulnerado la garantía de motivación, contemplada en el artículo 76.7.l de la CRE, bajo la tipología de deficiencia motivacional de apariencia, por incongruencia frente a las partes, y, por otro lado, si existe errónea interpretación del artículo 28.1 del COIP, relativo al error de tipo.

VI. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

6.1. Sobre el recurso de casación:

13. La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 656 del COIP; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

14. 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.

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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:

19. El impugnante Edwin David Chamorro Viracocha, a través de su defensa técnica, al fundamentar el recurso, trazó dos hipótesis casacionales, a saber:

> i) Vulneración del artículo 76.7.l de la CRE[3], bajo la tipología de deficiencia motivacional de apariencia, por incongruencia frente a las partes, debido a que el ad quem no habría cavilado en torno a su pretensión de falta de verificación del dolo, por prueba insuficiente; y,
>
> ii) Errónea interpretación del artículo 28.1 del COIP, relativo al error de tipo, puesto que, el procesado habría desconocido uno de los elementos objetivos del tipo penal, esto es, la sustancia que transportaba, en un vehículo que no le pertenecía.

20. Así trazadas ambas censuras, en orden de despejar a la primera de ellas, que sugiere vulneración a la garantía de la motivación, se tiene que, en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, la CCE, en sentencia de 20 de octubre de 2021, cuando aborda dicha garantía, en su párrafo 100, ha dicho lo siguiente:

> 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 (…) 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** (…).[4] (Las negrillas pertenecen a este Tribunal de cierre)

21. A partir del texto jurisprudencial que precede, se evidencia que la CCE exige 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."

22. En la especie, el recurrente remarcó que la sentencia de segundo nivel, contendría una motivación aparente, por incongruencia frente a las partes, lo cual, en primer término, nos remite a los párrafos 85 y siguientes del fallo de la CCE en ciernes, que dicen lo que a continuación se detalla:

> (3.3) Incongruencia
>
> 85. Una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por ser incongruente con el debate judicial y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues las respuestas incongruentes a los problemas jurídicos del caso no sirven para fundamentar una decisión.
>
> 86. 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) (...)
>
> 87. La incongruencia frente a las partes no 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

[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."

[3] 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."

[4] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021.

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 (véase, párr. 64 supra). 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.

88. Toda argumentación jurídica debe ser coherente frente a las partes porque el artículo 76.7.l de la Constitución en concordancia con el art. 76.7.c ibíd. 74 establece que una motivación no es suficiente si en ella no se muestra que las partes procesales han sido oídas. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que la motivación es una "argumentación racional [… que] debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes". Aunque la Corte aclara que "[e]l deber de motivación no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino una respuesta a los argumentos principales y esenciales al objeto de la controversia" (énfasis añadido). Y, a nivel legislativo, los artículos 5.18 del COIP y 4.9 de la LOGJCC obligan al juzgador a pronunciarse sobre los argumentos "relevantes" expuestos por los sujetos procesales dentro del juicio. De ahí que esta Corte haya reiterado que la motivación de las decisiones judiciales debe guardar "congruencia" 78 con las "alegaciones de las partes" 79, particularmente, con sus "argumentos relevantes" 80; de manera que "[l]a omisión de responder a los argumentos relevantes de las partes es un asunto que afecta a la suficiencia de la motivación" 81. En consecuencia:

Para que un auto o sentencia se considere motivado debe contener congruencia argumentativa que implica que el juez conteste motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes. Así, se debe verificar que el auto o sentencia en cuestión 'guard[e] la debida relación entre los alegatos vertidos por las partes, los antecedentes de hecho extraídos de las alegaciones de las partes y las normas jurídicas aplicadas al caso concreto, sobre las que también se fundamentó su pertinencia para el caso concreto' [énfasis añadido]. [L]a relevancia de un argumento de parte depende de cuán significativo es para la resolución de un problema jurídico necesaria para la decisión del caso [énfasis añadido].

89. 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.

90. 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.

23. Justamente, el pasaje jurisprudencial citado avizora que la deficiencia de apariencia, por el vicio de incoherencia frente a las partes, refiere que el deber de la motivación no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, pero sí una contestación a los argumentos principales y esenciales al objeto de la controversia.

24. En esta inteligencia, el impugnante sostiene que, en sede de apelación habría planteado dos pretensiones, la primera, falta de verificación del elemento subjetivo dolo, por prueba insuficiente, y, la segunda, error de tipo, dado que, habría desconocido uno de los elementos objetivos del tipo penal, sin embargo, el ad quem no habría dado respuesta a la primera de estas alegaciones.

25. Así las cosas, de la revisión exhaustiva del fallo de apelación, esta Corporación observa que, en su numeral 5.1., el *ad quem* describe los dos puntos relevantes alegados por el encartado Edwin David Chamorro Viracocha, que se contraen a lo siguiente:

i. Que su conducta no es dolosa, porque no se habría probado que la sustancia encontrada en el vehículo que manejaba le pertenezca, y, únicamente habría sido contratado para trasladarla a la ciudad de Puyo; y,

ii. Que su conducta se adecua al error de tipo invencible, pues desconocía lo que estaba transportando, esto es que, pensó que era lícito, por lo que es imposible que exista dolo en su conducta.

26. Frente a aquellas premisas, el juzgador de alzada edificó los juicios de tipicidad y culpabilidad en los numerales 7.3 y 7.4, estableciendo el nexo causal conforme lo prevé el artículo 455 del COIP, a partir de lo cual, en el literal h), fijó como hechos probados lo siguiente:

(…) Edwin David Chamorro Viracocha fue detenido en delito flagrante transportando sustancias sujetas a fiscalización dese Loreto con destino a la ciudad del Puyo en la cantidad de 10.217,52 gramos de cocaína base camuflados en un doble fondo debajo de los asientos del vehículo de placas LBZ-0832 de propiedad de

su cuñado Cecilio Defaz, teniendo el dominio del hecho, el control de la sustancia, y bajo su dependencia el vehículo hasta el momento en que fue aprehendido por los agentes de antinarcóticos en el sector Pungarayacu, cantón Archidona, provincia de Napo. (sic)

27. Ahora bien, en el numeral 7.4 "Sobre el error de tipo", se vislumbra que el juzgador de apelación despejó las dos aristas planteadas como núcleo central del recurso de apelación, esto es, por un lado, determinado como hechos probados que el procesado Edwin David Chamorro Viracocha actuó con concurrencia de los elementos de conocimiento y voluntad, que implican una actuación dolosa; y, por otro lado, discurrió ampliamente sobre el error de tipo, contemplado en el artículo 28.1 del COIP, que prevé que "no existe infracción penal, cuando por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal". Por consiguiente, estableció la falta de acreditación del error de tipo, y, en este sentido, que la actuación del procesado estuvo signada con el elemento subjetivo dolo, a partir de todo lo cual, construyó el juicio de tipicidad, toda vez que, el error de tipo excluye el dolo, siendo este uno de los elementos constitutivos de la categoría dogmática de la tipicidad, más no de la culpabilidad, como adujo erróneamente la defensa técnica del censor, al fundamentar el recurso de casación.

28. Como corolario lógico de lo expuesto, esta Corporación verifica que el ad quem analizó y contestó los dos tópicos que fueron traídos a colación en sede de apelación por el encausado recurrente, y, por tanto, la sentencia impugnada no adolece de ninguna tipología de deficiencia motivacional, ni de vicio motivacional alguno, por el contrario, cumple con los parámetros mínimos establecidos en el artículo 76.7.l de la CRE, esto es que enuncia las normas y principios que se funda y también explica la pertinencia de esa aplicación en torno a los antecedentes del hecho, que constituye la matriz de la mentada sentencia No. 1158-17-EP/21 de la CCE.

29. En consecuencia, se rechaza la primera pretensión formulada por la defensa técnica del impugnante Edwin David Chamorro Viracocha, encaminada a que se nulite el fallo de segunda instancia.

30. Continuando con el análisis del recurso, a manera de segundo reproche, el contradictor esgrimió la causal de errónea interpretación del artículo 28.1 del COIP [5], bajo la hipótesis relativa a que se habría configurado error de tipo, porque existiría desconocimiento de uno de los elementos objetivos del tipo penal, esto es, el objeto material, en este caso, la sustancia ilícita que transportaba en el vehículo, por lo que se habría justificado la materialidad, pero no la responsabilidad del encartado.

31. Al respecto, se tiene que la modalidad de errónea interpretación, o también conocida como error de interpretación, acaece cuando el juzgador de apelación 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. Así, para que prospere esta causal, el impugnante debe justificar que el juzgador ha confundido el sentido y alcance de la norma aplicada, lo cual, no pudo ser demostrado dentro del *sub iudice*, por los motivos que se detallan a continuación:

i. El objetante inobservó el principio de debida fundamentación, en la medida en que se limitó a describir el análisis efectuado por el ad quem en el considerando sexto y en los numerales 7.2. y 7.4 del fallo recurrido, sin cavilar en torno a cuál sería el sentido y alcance equívoco que este, le habría otorgado al artículo 28.1 del COIP, y, menos aún, explicar cuál debió ser la interpretación acertada de aquel precepto normativo, pues la tesis en la que pretendió sustentar el error de tipo se enfocó en afirmar, de forma general, supuesta contradicción en la decisión de condena, al existir "suficientes elementos probatorios", que determinarían desconocimiento de la sustancia que estaba transportando en el vehículo, sin que este mero enunciado comprenda el ejercicio de contrastar el contenido de la norma considerada como vulnerada, con el

[5] COIP: Art. 28.1.- Error de tipo.- (Agregado por el Art. 7 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019).- 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.

razonamiento del juzgador al momento de interpretar el derecho; y,

ii. A partir de lo referido *ut supra*, lo que este Tribunal de casación vislumbra es que tal alegación induciría a que se analice 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".

32. En tal virtud, el reparo casatorio formulado por el impugnante, devino en estéril e inocuo, pues los hechos dados como probados por el ad quem avizoran no solo que la subsunción efectuada corresponde al contenido fáctico, en relación con la prueba, sino además, una adecuada interpretación del precepto normativo que prevé el error de tipo, lo cual, se puede observar en el texto pertinente de la sentencia recurrida, que a continuación se transcribe:

> **7.4. Sobre el error de tipo.-** El Tribunal de apelación considerando las pruebas practicadas, testimoniales, documentales y periciales, las circunstancias en las que se produce el hecho, tiene el convencimiento que en el presente caso no existe un error de tipo, por ausencia de dolo; conforme al Art. 26 del COIP "Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño"; El dolo implica la concurrencia de dos elementos conocimiento y voluntad para realizar el hecho, elementos que este tribunal considera se encuentran debidamente probados, el procesado Edwin David Chamorro Viracocha, conocía sobre la existencia de la sustancia ilícita que llevaba camuflada en el piso del conductor, del vehículo de placas LBZ-0832, medio utilizado para transportar la sustancia, desde Loreto con destino a la ciudad de Puyo, el día 5 de abril del 2022, a las 03h00, fecha en la que fue aprehendido, además el policía Antamba Cañarejo Danny Mauricio, en su testimonio aseguró que en, al revisar el vehículo blanco de placas LBV0832 se percató que el piso del automotor estaba alto, se realizó una incisión en ese lugar y emanó un olor característico a sustancias estupefacientes, lo que pone en evidencia que era notorio a simple vista que algo inusual estaba transportando.

El Error de Tipo lo encontramos tipificado en nuestra legislación penal, en el Art. 28.1 de la Ley Reformatoria al Código Integral Penal, respecto del Error de Tipo establece: "No existe infracción penal cuando por error o ignorancia invencibles debidamente comprobado, se desconocen uno o varios elementos del tipo penal"[1]

El Dr. Falconí refiriéndose al error de Tipo, indica, "la sola ausencia del conocimiento total o parcial de los elementos objetivos darían paso a la aplicación del error de tipo, sin que su aplicación dependa del reconocimiento en la norma penal, sino de una consecuencia lógica como es el esquema conceptual contemplado en el coip. Sin embargo, la ausencia de esta figura en nuestra legislación permitió la errónea interpretación de los jueces, respecto a su aplicación, por lo que la inclusión de ésta constituye un avance en la dogmática y en la futura jurisprudencia penal ecuatoriana. Si el dolo contiene, tanto un elemento cognitivo (conocimiento), como uno volitivo (voluntad), resulta lógico preguntarse sobre cuál debe ser la respuesta del sistema penal, en el caso de la persona que actúa sin ese conocimiento. De igual forma, si el artículo 34 del coip exige como elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad del actuar, es menester analizar qué pasa cuando dicho conocimiento falta o es defectuoso.(…)"[2]

Francisco Muñoz Conde, en su Tratado de Derecho Penal Parte General, sobre el error de tipo dice: "(…) el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se le llama error de tipo (…)". En la presente causa se ha probado que el procesado estuvo trasportando en forma camuflada la sustancia, sujeta a fiscalización, deduciéndose que su conducta es dolosa.

7.4.1. La doctrina nos enseña que el Dolo, en este tipo de conductas antijurídicas, es de carácter genérico, siendo que el autor comete el acto de forma tal que prevé las consecuencias del mismo, sin determinación específica de la víctima, pero con plena conciencia del daño y sus consecuencias, es decir, conocimiento previo que se trata de sustancias estupefacientes ilícitas; y, obviamente, la voluntad y conciencia de elaborarla, distribuirla, comercializarla

o transportarla, suministrarla en aplicación del elemento clandestino o fraudulento.
En conclusión, en la presente causa, la materialidad de la infracción y responsabilidad del procesado se encuentra debidamente acreditada; de la prueba actuada se desprende la existencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de tráfico de estupefacientes tipificado y reprimido en el Art. 220 numeral 1 literal d) del COIP, tenencia y transporte de sustancia en la categoría de gran escala, delito por el cual ha sido procesado y declarado su culpabilidad; Edwin David Chamorro es una persona imputable, de 38 años de edad, mayor de edad, en uso de sus facultades mentales completas, con capacidad de comprender la ilicitud de su conducta.
7.4.2. El delito de tráfico de estupefacientes, es un delito de peligro.- El delito cometido por la recurrente de acuerdo a la doctrina es considerado como delito de peligro porque amenaza con lesionar bienes jurídicos colectivos sin causa justa, bienes que son protegidos por la constitución y normatividad vigente, como la salud pública. El Penalista Ernesto Albán Gómez refiriéndose a los delitos de peligro explica que "lo característico en estos delitos es, precisamente es la creación de una situación general de amenaza a determinados bienes jurídicos, así mismos generales: la salud pública, por ejemplo. Estos delitos por tanto no producen un daño concreto a ningún bien jurídico individual.."[1] Concordante con esta definición, El tratadista argentino Manuel Ossorio, sobre los delitos de peligro, puntualiza: "Se llama así a aquel para cuya configuración no se requiere la producción de un daño, siendo suficiente con que se haga correr un riesgo genérico o concreto al bien jurídico protegido por la norma…;."[2]. Existe suficiente jurisprudencia ecuatoriana que califica al delito de tráfico de drogas como un delito formal y de peligro, cuyo el bien jurídico protegido es la salud, individual o colectivamente considerada, por ello, el Estado a través de la normatividad vigente lo que busca es impedir que se produzca el daño sobre el bien jurídico protegido, evitar o impedir las conductas tendientes a la comercialización o entrega de droga de los traficantes hacia los consumidores, que potencialmente son los jóvenes y adolescentes, con consecuencias fatales para la familia y sociedad, por ello la legislación penal ecuatoriana a través del Código orgánico Integral Penal, tipifica y sanciona el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cuyo objetivo final es la entrega a los traficantes para el expendio a los consumidores.
No existe prueba alguna que demuestre que el procesado esté inmerso en causales de exclusión de la antijuridicidad, está debidamente probado que el caso juzgado constituye una conducta penal relevante que amenaza bienes jurídicos protegidos por el Estado; en la que el procesado en calidad de autor actuó con voluntad y pleno conocimiento de la antijuricidad de su conducta (…) (sic)

33. Precisamente, del extracto citado se colige que el juzgador de segundo nivel otorgó el alcance y sentido real que corresponde al texto del artículo 28.1 del COIP, que dice: "No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal", en la medida en que, a partir de la prueba practicada y los hechos fijados, no se demostró el desconocimiento del objeto material de la infracción, esto es, el relativo a que el procesado transportaba 10.217,52 gramos de cocaína, camuflada en el piso del conductor del vehículo que movilizaba, lo que, corrobora el dolo en su actuación, como el elemento subjetivo de la categoría de la tipicidad.
34. Sobre este mismo tópico, el profesor Santiago MIR PUIG dibuja que "(s)i el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto." [6]
35. En este mismo orden de ideas, resulta plausible también resaltar que en el análisis realizado por el juzgador de apelación, tampoco estuvo exento doctrina atinente al caso en ciernes, como base para contextualizar adecuadamente el sentido del texto del artículo 28.1 COIP, y, de esta

[6] Santiago Mir Puig, "Derecho Penal Parte General", Octava Edición, Editorial Reppertor, Barcelona (2006), p. 268

manera advertir falta de concurrencia del error de tipo invencible, todo lo que, devela que no hubo ningún tipo de yerro de interpretación en el fallo recurrido, y, en consecuencia, este segundo y último cargo, también debe ser desechado.

36. Finalmente, cabe también añadir que este Juzgador pluripersonal de esta Alta Corte tampoco ha encontrado error in iudicando alguno, en la decisión de segunda instancia, que amerite la aplicación de la casación oficiosa, prevista en el artículo 657.6 del COIP.

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**, por unanimidad, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Edwin David Chamorro Viracocha, por falto de fundamento jurídico.

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 RODRÍGUEZ RUIZ **JUEZ NACIONAL PONENTE** DR. IVÁN SAQUICELA RODAS **JUEZ NACIONAL** DR. MARCO ALBÁN ZAMBONINO **CONJUEZ NACIONAL (e)**

Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

La presente sentencia declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Edwin David Chamorro Viracocha, toda vez que, el suscrito Tribunal de cierre no verificó que en la sentencia del *ad quem* se haya configurado la causal de errónea interpretación del error de tipo invencible respecto al objeto material de la infracción, y, tampoco, la vulneración de la garantía de la motivación, bajo el vicio motivacional de apariencia por incoherencia frente a las partes.

IV

Juicio Nro. *11282-2020-03086*
Fecha: *viernes 23 de agosto del 2024, las 12h34.*
Juez Ponente: *Dr. Lauro Javier De La Cadena Correa*

TEMA

Uso de documento falso: Relevancia jurídica de la copia fotostática cuando simula un documento auténtico.

SÍNTESIS

En el delito de uso doloso de documento falso, la tipicidad no depende del medio utilizado para materializar la falsificación, sino de que el documento simulado tenga aptitud para inducir a error sobre su validez. En recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria por el delito de uso doloso de documento falso, la Sala Penal de la Corte Nacional analizó si la utilización de una copia fotostática simple de un contrato falso excluía la configuración del objeto material del tipo penal. La recurrente alegó indebida aplicación del artículo 328 del COIP al sostener que una copia simple no constituye instrumento privado. La Corte determinó que lo relevante para la configuración del delito no es el medio empleado para reproducir el documento, sino la simulación de un documento con apariencia de autenticidad y eficacia en el tráfico jurídico. En consecuencia, al verificarse que la conducta consistió en inducir a error sobre la autenticidad de un documento privado simulado, la Sala rechazó el cargo de indebida aplicación de la norma penal y declaró improcedente el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

1. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1 Mediante sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Loja, de miércoles 28 de julio de 2021, una vez evacuado el acervo probatorio aportado por las partes en la audiencia oral, pública y contradictoria de juicio, declara la culpabilidad de la procesada señora Aide del Rosario Jumbo Jumbo como autora y responsable del delito de uso doloso de documento falso, sancionado y previsto en el art. 328 inciso 2do y 3ro del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años, y el pago de la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo establece el art. 70 numeral 7 del COIP vigente a la fecha de la comisión de la infracción.

1.2 La procesada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2021, correspondiendo su conocimiento a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

1.3 Mediante sentencia de 29 de octubre de 2021 emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja resuelve negar el recurso de apelación interpuesto por la procesada.

1.4 Posteriormente, la procesada interpone recurso de casación contra la sentencia de 29 de octubre de 2021 emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

1.5 Mediante acta de sorteo de fecha 1 de diciembre de 2021, el conocimiento del recurso de casación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, integrado por los jueces nacionales los Doctores Walter Macías Fernández, Marco Rodriguez Ruiz e Iván Saquicela Rodas.

1.6 Con fecha 11 de abril y 31 de julio de 2024 se realizó la audiencia de fundamentación del recurso de casación en la que se declaró improcedente el recurso de casación interpuesto.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

2.2 Conforme el último inciso del artículo 182 de la CRE, en concordancia con el artículo 172 del COFJ, la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción nacional, siendo competente, de acuerdo con los artículos 184.1 de la CRE, 184 del COFJ y 656 del COIP, para conocer los recursos de casación; competencia que en materia

penal recae en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, conforme artículo 186 del COFJ.

2.3 De acuerdo con lo señalado y conforme acta de sorteo de 1 de diciembre de 2021, el conocimiento del recurso de casación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, integrado por los jueces nacionales los Doctores Walter Macías Fernández, Marco Rodriguez Ruiz e Iván Saquicela Rodas.

2.4 El Pleno del Consejo de la Judicatura en Resolución No. 007-2024 de 12 de enero de 2024 derogó las resoluciones No. 157-2023 y 197-2023, y en consecuencia dispuso que se realicen los actos administrativos correspondientes para que se modifiquen las acciones de personal de los jueces nacionales que cesan en funciones en el año 2024 conforme la Resolución 008-2021, de 28 de enero de 2021, entre ellos el doctor Walter Macías Fernández, Byron Guillén Zambrano y Luis Rivera Velasco.

2.5 Por haber cesado en funciones los abogados Walter Macías Fernández, Byron Guillén Zambrano y Luis Rivera Velasco, ex Jueces Nacionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 173.1 y 174 del COFJ; y, 1 de la Resolución No. 03-2021, de 10 de febrero de 2021, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el doctor José Suing Nagua, Presidente (e) de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficios No. 148-SG-CNJ-2024, 149-SG-CNJ-2024, y 484-SG-CNJ-MMV-2024 de 8 de febrero y 04 de abril de 2024 encargó los Despacho de los ex Jueces Nacionales a los doctores Mercedes Caicedo Aldaz, Javier de la Cadena Correa (Ponente) y Julio Cesar Inga Yanza, respectivamente.

2.6 En tal virtud, el Tribunal quedó conformado por los Jueces Nacionales Doctores Javier de la Cadena (Ponente), Marco Rodríguez Ruíz e Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales. En reemplazo del Doctor Marco Rodriguez Ruiz interviene en la causa el Doctor Julio Arrieta Escobar, Conjuez Nacional y en reemplazo del Doctor Iván Saquicela Rodas interviene en la causa el Doctor Pablo Loaiza Ortega, Conjuez Nacional.

3. TRÁMITE Y VALIDEZ PROCESAL:

3.1 En razón de la vigencia del principio de legalidad, piedra angular del sistema penal garantista, y las reglas referentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal[1], se determina que, por cuanto el caso *in examine* inició con la vigencia del COIP, el presente medio de impugnación debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en el referido cuerpo normativo, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, y vigente en su totalidad, desde el 10 de agosto de 2014.

3.2 El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 656 y 657 del COIP, en concordancia con lo señalado en el artículo 76 de la CRE. Por cuanto no existe alguna causa que vicie el procedimiento, ni vulneración al derecho al debido proceso y defensa, se declara la validez del proceso.

4. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:

4.1 El recurrente a través de su abogado defensor señaló:

> "(…) Intervengo en representación de la señora Aidé del Rosario Jumbo Jumbo, manifestando al Tribunal Nacional que se ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia de fecha viernes 29 de octubre del año 2021, a las 12h40 minutos, dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, dictada por los señores jueces provinciales doctores Marco Boris Aguirre Tores, Wilson Ramiro Condoy Hurtado, y el doctor Fernando Humberto Guerrero Córdoba, dentro del proceso penal 11282-2020-03086, por el presunto delito de uso doloso de documento privado falso, siendo los sujetos procesales la Fiscalía General del Estado representada por la doctora Bella Castillo, la presunta víctima, la Corporación de Ferias de Loja, y la procesada la señora Aidé del Rosario Jumbo Jumbo, la causal que hemos establecido en el recurso de casación es la indebida aplicación del tipo penal de uso doloso de documento privado falso, previsto en el artículo 328 inciso segundo y tercero del Código Orgánico Integral Penal, la parte específica de la sentencia donde se produce el error de derecho es en el considerando sexto, en el punto 6.4 denominado respuestas del Tribunal de la

[1] COIP.- Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación. - Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (…).

Sala a los argumentos del recurso de apelación de la procesada, la fundamentación es la siguiente señores Jueces Nacionales, el recurso de casación al ser un medio de impugnación vertical, extraordinario y limitado, tiene por objeto el control de la legalidad en las sentencias de instancia, concretamente por vicios in jure o de puro derecho, el error de derecho como es de su conocimiento señores Jueces Nacionales se produce en dos escenarios, en el escenario de la subsunción, o en la determinación de consecuencias jurídicas, la causal que se ha invocado es la indebida aplicación de la norma legal, error de derecho que ocurre en el escenario de la subsunción, esto es un error de selección o de pertinencia cuando se ha aplicado la norma jurídica que no regula los hechos determinados en la sentencia, y a su vez se ha dejado de aplicar la norma que correspondía aplicar, es decir para que exista una proposición jurídica completa se debe indicar la norma que debía ser aplicada en su lugar, concretamente consideramos señores jueces en la categoría de la tipicidad para que exista una subsunción y también se determine la tipicidad, debe existir una subsunción perfecta de los hechos en todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, concretamente impugnamos la sentencia de instancia por cuanto no se ha subsumido el hecho determinado en la sentencia en la categoría del objeto del delito, concretamente en el objeto material del delito, por cuanto se ha determinado en la sentencia de instancia que el día de 21 diciembre del 2018, a las 10h00 en el Centro de Control de Armas mi defendida presentó una copia fotostática de un contrato falso, cuando la norma establece que el delito de uso de documento privado falso se debe hacer el uso de ese documento, es decir del instrumento privado, el cual se encuentra determinado como elemento normativo en el artículo 216 del Código Orgánico General de Procesos, esto es el documento que haya sido realizado por personas particulares sin la intervención de funcionario público, o con estos en asuntos que no son de su empleo, concretamente consideramos que la copia fotostática simple de un contrato falso no cumple el presupuesto del tipo penal del objeto material, por cuanto la copia fotostáctica no constituye el instrumento privado en sí, ni tampoco tiene relevancia en actos de naturaleza jurídica, al no haberse subsumido el elemento del objeto material, existe una atipicidad y por ende la indebida aplicación del tipo penal de uso de documento privado falso, el Tribunal de instancia consideramos que debió aplicar el principio de estatus jurídico de inocencia previsto en el artículo 5 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, por cuánto consideramos que tiene trascendencia este yerro por cuanto se ha dictado una sentencia de condena a un caso que claramente constituye una conducta atípica, y en consecuencia no punible, causando un agravio a mí representada con una sentencia condenatoria, la pretensión señores Jueces Nacionales es que se corrija en sentencia el error in iure, se case la misma, ratificándose el estado de inocencia de mi patrocinada, y en todo en cuanto el suscrito defensor haya incurrido en alguna deficiencia en la fundamentación, solicita se aplica la casación de oficio.

RÉPLICA.- En forma suscinta, indicar que la copia fotostática no tiene una eficacia jurídica ni de garantía ni de constancia ni finalidad probatoria, ese documento no consideramos que se subsume al presupuesto típico del delito por el cual mi defendida fue sentenciada y condenada" [2].

El abogado representante de Fiscalía General del Estado:

"Comparezco en nombre de la Fiscalía General del Estado para realizar el ejercicio contradictorio a la alegación de casación que se ha vertido en la presente audiencia, siendo esta la única la indebida aplicación del artículo 328 incisos 2 y 3, y se debía aplicar el artículo 5.4, esto es la inocencia por cuánto no se ha cumplido con los elementos o el elemento normativo del objeto material del delito de falsificación de documento falso privado, por haber presentado únicamente una copia, al respecto señores Jueces cuando se alega una indebida aplicación de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina, jurisprudencia reiterada de esta alta Corte, se ha establecido que el recurrente debe partir de los hechos dados por probados, y en este caso se ha cuestionado el juicio de tipicidad y si se observa

[2] Acta de audiencia suscrita por el Dr. Carlos Rodriguez García, Secretario Relator de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

la sentencia de segunda instancia, se ha repetido exactamente el mismo punto debatido en la sentencia del Adquem, es decir justamente que no había el objeto material de la conducta, conforme consta en el numeral 5.1 de la sentencia recurrida, y en el considerando sexto consideraciones del Tribunal de la Sala a partir del numeral 6.4, se ha dado contestación específicamente en los puntos 11 y desde el punto 14 literales a, b, c, d, y el punto 16 sobre justamente esta alegación, cuál es el hecho dado por probado por parte del Tribunal y que ha sido utilizado para responder al cuestionamiento del recurrente de apelación, justamente la conclusión es que una copia fotostática que ha sido utilizada en el tráfico jurídico sí constituye un documento, y por tanto si es objeto material del delito de uso doloso de documento falso privado, para lo cual también se utiliza la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y también el artículo 13 del COIP, es decir la interpretación literal de los tipos penales, cuál es la conclusión en el numeral 16 de la sentencia, es que concluye que la acción que ha efectuado la procesada es absolutamente típica, pues cumple con todos los elementos que el tipo penal exige, por lo tanto volver a generar este debate violenta el principio de no debate de instancia, más aún cuando la doctrina y la jurisprudencia de esta alta Corte también ha sido unánime en establecer que el documento es toda declaración materializada procedente de una persona identificada como su autor, y que su contenido tenga eficacia en el tráfico jurídico, esos son los presupuestos, y también la doctrina de manera mayoritaria ha establecido tres principios en las funciones de un documento que son las de garantía, perpetuidad y probatoria, es decir no de originalidad, sino más bien en cuanto el documento puede o tiene la potencialidad de generar efectos en el tráfico jurídico, como así ha sido considerado ya un hecho dado por probado por parte del Tribunal Adquem, por todo lo expuesto, al no existir justamente relevancia en la decisión de la causa y ser un punto que ya se ha controvertido, la Fiscalía General del Estado solicita que este recurso sea rechazado, y la sentencia venida en grado confirmada en todos sus partes" [3].

El abogado defensor de la víctima:

"Yo me allano de forma total a lo expresado por el señor representante de la Fiscalía General del Estado, y comparto en su integridad todo lo argumentado, sin embargo solamente me permito mencionar un tema que es importante y que si bien de alguna forma va a dar un poco más de claridad a sus autoridades al momento de pronunciarse sobre para mí improcedente recurso de casación, entonces si bien es cierto de que conforme consta del expediente la señora Luz Aidé del Rosario Jumbo, la cual evidentemente conforme consta dentro del expediente se la denunció por el cometimiento del delito tipificado en el segundo y en el tercer inciso del 328 del COIP, esto obviamente como lo conocen la falsificación y uso de ese documento privado falso, la procesada es una comerciante que ha participado en varias ocasiones en los eventos, ferias organizados por la hora víctima, esto es la Corporación de Ferias de Loja, lo cual se encuentra confirmado del proceso y también de alguna forma también reconocido por parte de la la procesada, la procesada el 8 de noviembre del 2018 decidió presentar una postulación para la feria conocida como feria navideña del mismo ejercicio, en donde presentó su interés de comercializar juguetes y temas de bazar, en base precisamente a esa postulación que realizó la procesada, se decidió aplicando la normativa que tiene la Corporación de Ferias, suscribir un contrato, el cual es de alquiler de un stand para la feria de ese ejercicio que menciono, obviamente suscrito por el representante legal de la Corporación de Feria, y supuestamente suscrito también por la procesada, con lo cual lo que se hizo fue adjudicar ese stand en el área que corresponde y que se encuentra destinada precisamente por las condiciones físicas y técnicas de seguridad precisamente para comercializar productos que no fuesen pirotecnia, la procesada inmediatamente luego de obtener ese contrato pasó a instalarse en ese stand, y obviamente lo comenzó a hacer de forma normal, lo raro acá es que el 21 de diciembre de 2018, y a través de un oficio y una vez que la procesada se acercó con todos los requisitos a las instalaciones del Centro de Control de Armas de Loja a solicitar

[3] Ibídem.

un certificado de comercialización temporal de productos pirotécnicos, y ante la falta de constancia de su nombre dentro del estado que la Corporación de Ferias hace llegar de forma permanente a ese ente de control, el jefe de ese ente solicitó al Director Ejecutivo de la Corporación de Feria una certificación a fin de corroborar si esa información presentada por la mencionada ciudadana y que pertenecía y que era correspondiente lo que solicitaba, sin embargo se entregó por parte de la Corporación solamente el listado de las personas que sí tenían la posibilidad de efectuar venta de otros productos que no sean juguetes y bazar, y en este caso el documento presentado por parte de la procesada se agregaba la palabra pirotecnia conforme consta de una pericia que se realizó en su momento, con lo que la procesada pretendió inducir a error al Centro de Control de Armas, y beneficiarse indebidamente de un certificado de comercialización temporal de productos de pirotecnia, pues de la misma documentación que se presentó por parte de esa ente de Control de Armas, se encontraba una factura emitida por el señor Cristian Guillermo González Freire, titular del RUC 180303704100001, con nombre correcto de comercial Clopsa, en donde se verifica que con fecha 13 de diciembre de 2018 ya había adquirido varios juegos pirotécnicos, los cuales conforme también consta del proceso se verificó que efectuó la venta de los mismos dentro de esa mencionada feria, sin obviamente tener esa autorización para para realizarlo, con todo esto señores jueces, al utilizar ese contrato modificado pretendió engañar utilizando ese documento, pretendió engañar a la autoridad militar, y también queriendo beneficiarse de esa actuación, la cual se encuentra tipificada como falsificación y uso de documento privado falso, con lo que ante este recurso lo único que se pretende es de alguna forma desfigurar la realidad procesal, por lo que solicito señores jueces, y como lo dije en su momento allanándome a lo mencionado también por el señor representante la Fiscalía General, solicito se confirme la sentencia emitida en primera instancia por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, y luego por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial, no tengo nada más que mencionar" [4].

5. PROBLEMA JURÍDICO:

5.1 El recurrente interpone recurso de casación por supuesta indebida aplicación del tipo penal de uso doloso de documento privado falso, previsto en el artículo 328, inciso segundo y tercero del Código Orgánico Integral Penal. En tal razón el problema jurídico se configura en responder si en la sentencia emitida por la Sala de Corte Provincial de Loja se configura el error de derecho alegado por el recurrente.

6. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

a) FUNDAMENTOS DE DERECHO

6.1 El derecho al debido proceso comprende una serie de condiciones mínimas que deben ser irrestrictamente observadas y respetas dentro de un proceso judicial; y, que se encuentra consagrado en el artículo 76 numera 7 de la Constitución de la República del Ecuador; este derecho incluye, entre otras, las siguientes garantías:

"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: […] a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento […] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto […] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. **m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".** (Las negrillas no pertenecen al texto).

[4] Ibídem.

6.2 El derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que forma parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el artículo 8, numeral 2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en torno a las garantías judiciales 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 este mismo sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que "[…] Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley […]".

6.3 Sobre el contenido de esta garantía, la Corte Constitucional del Ecuador ha referido 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..." [5]. Sin embargo, se debe destacar que esta garantía no es absoluta, "...el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley. […] [6]

6.4 Es importante considerar además que la norma constitucional, manda que en todo proceso penal se debe observar garantías básicas, entre ellas que "[a]l resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre". (Art. 77.14 CRE y Art. 5.7 COIP).

6.5 En este sentido, la jurisprudencia constitucional, determinó que la garantía al *non reformatio in peius,* se constituye como "[…] una garantía del derecho al debido proceso, que permite el acceso a la justicia, limita el poder punitivo del Estado e impone a los tribunales superiores márgenes dentro de los cuales debe actuar el sistema penal y su competencia sancionatoria" [7], en definitiva, con este deber de proteger los derechos de las personas procesadas, esta garantía "busca imposibilitar que las autoridades judiciales empeoren la situación jurídica de quien ha sido condenado" [8].

6.6 En el ámbito penal, el artículo 652 numeral 1 del COIP, reconoce que la facultad de impugnar las decisiones judiciales es limitada, por tal razón, consagra el principio de legalidad en materia de recursos, señalando que "[…] las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código".

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

6.8 En cuanto a la naturaleza del recurso de casación en materia penal, la Corte Constitucional ha establecido que es un recurso nomofiláctico, en la medida en que está destinado a revisar y reparar las violaciones a las normas que se hayan cometido en sentencias, sea porque se haya contravenido expresamente el texto de las normas, o porque haya una indebida aplicación o errónea interpretación de las mismas. En otras palabras, el recurso de casación penal tiene como finalidad hacer que sentencias contrarias a las normas (*contra legem*) pasen a guardar consonancia con las mismas (*secudum legem*)[9].

6.9 Así, la Corte Constitucional ha indicado que el recurso de casación en materia penal es formal por las siguientes razones: **(i)** debe interponerse dentro un término tasado, so pena de ser rechazado por inoportuno; **(ii)** únicamente tienen legitimación para interponerlo los sujetos procesales enunciados por la legislación penal; **(iii)** no son admisibles

[5] Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014, Caso No. 2230-11-EP.
[6] Ibídem.
[7] Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 2681-19-EP/24, de 11 de enero de 2024, Caso 2681-19-EP.
[8] Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 2113-15-EP/21, de 28 de abril de 2021, Caso 2113-15-EP.
[9] Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 8-19- IN y acumulado 21, de 08 de diciembre de 2021.

los recursos de casación que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba; y en consecuencia, **(iv)** el objeto del recurso de casación penal es la sentencia en su calidad de acto jurisdiccional y no los méritos del caso[10].

6.10 En similar sentido, la jurisprudencia de esta Corte Nacional ha establecido que:

> [L]a casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnicojurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que la casación se considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.[11]

6.11 En síntesis, la casación es un medio de impugnación extraordinario, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo (función nomofiláctica), la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley, así como la unificación de la jurisprudencia; por ello este recurso no permite corregir los errores fácticos que pudieran existir en la sentencia de instancia, al contrario, los hechos fijados por el Tribunal de apelación se tienen como probados sin que exista posibilidad de alterarlos; entonces el Tribunal se limita a verificar si en la sentencia existen errores de derecho que impliquen vulneración de la ley.

6.12 El control de la función nomofiláctica corresponde al máximo órgano de administración de justicia ordinaria, en donde se enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no secundum ius. Para tal efecto, este recurso se puede interponer únicamente de acuerdo a las causales previstas de forma taxativa en el COIP.

b)ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

6.13 Con base a los antecedentes procesales, fundamentos normativos y jurisprudenciales, y teniendo en cuenta las alegaciones de los sujetos procesales, le corresponde al suscrito Tribunal resolver el recurso de casación interpuesto por la procesada, para lo cual se realiza el análisis que sigue a continuación.

6.14 El COIP en sus artículos 656 y 657 establece el recurso de casación, su objeto, procedencia y reglas de trámite. En cuanto a las causales del recurso de casación, es necesario señalar que la *contravención expresa*, o también conocida como error de omisión, constituye un error de Derecho por el cual el juzgador deja de aplicar una norma que correspondía emplear en el caso en concreto. Por otro lado, la *indebida aplicación*, llamada también error de pertinencia, implica que el juzgador equivoca al seleccionar la norma aplicada para resolver el caso, dejando de aplicar la correcta. Finalmente, la causal de *errónea interpretación* refiere un yerro del juzgador en el ejercicio intelectivo de la norma, pues al aplicarla limita, amplía o modifica su sentido, contraviniendo el espíritu y/o el sentido literal de la norma.

6.15 Por otra parte, el aspecto formal del recurso de casación tiene relación con las normas que los sujetos procesales deben cumplir para la interposición del recurso, debiendo en lo principal cumplir las reglas previstas en el artículo 657 del COIP, así como las reglas generales de la impugnación. En este sentido, el recurso debe ser fundamentado en audiencia, cumpliendo para ello la denominada técnica casacional, debiendo observar los principios de *taxatividad, autonomía y trascendencia*, los cuales han sido ampliamente desarrollados por esta Corte Nacional de Justicia.[12]

6.16 En relación con la fundamentación técnica, en primer lugar, el *principio de taxatividad* exige que el recurrente identifique a qué causal de casación se adecúa el yerro jurídico que acusa, conforme lo previsto en el artículo 656 del COIP, ya sea por contravención expresa de la ley, por indebida aplicación de la ley, y/o, por errónea interpretación.

6.17 En segundo lugar, al ser posible en este recurso alegar la existencia de varios errores jurídicos, se debe observar el *principio de autonomía*,

[10] Ibídem.

[11] Ecuador Corte Nacional de Justicia. Sentencia que pone fin al recurso de casación propuesto por Carlos Dávila Calderón, en Gaceta Judicial, Serie XVIII, número 14, año 2014, p.6077

[12] Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en *Juicio No. 18282-2020-00602*, de 17 de noviembre de 2022; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en Juicio No. 24202-2018-00447, de 10 de noviembre de 2022; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en Juicio No. 09285-2016-01749, de 07 de febrero de 2023; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en *Juicio No. 09287-2019-02261*, de 23 de mayo de 2023; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en *Juicio No. 15281-2018- 00274*, de 01 de agosto de 2023.

por el cual se tiene que realizar una fundamentación específica, individualizada e independiente para cada cargo casacional, cuidando que la fundamentación no sea contradictoria.

6.18 Por último, en virtud del *principio de trascendencia,* se requiere que el recurrente explique la importancia que en la parte dispositiva de la sentencia ha tenido el yerro jurídico acusado, es decir que explique cómo el error de derecho vulneró la ley significativamente, esto en razón de que no todo error de Derecho puede alterar la parte dispositiva de la sentencia o cambiar su sentido.

6.19 Conforme lo señalado, para que un cargo de casación se encuentre debidamente fundamentado y su análisis prospere, el recurrente debe: **(i)** identificar la norma que considera vulnerada, **(ii)** señalar la causal de casación a la que se adecúa el yerro que acusa, **(iii)** identificar la parte específica de la sentencia en la que se encuentra el yerro jurídico acusado, **(iv)** confrontar el razonamiento del juzgador con el razonamiento que considera adecuado; y, **(v)** explicar la trascendencia del yerro jurídico y la consecuencia jurídica del error, que configura la cuestión a ser corregida por el recurso.

6.20 Con base en los señalados parámetros normativos y de fundamentación, se debe además advertir que al ser este recurso un examen sobre la actividad judicial, se parte de que los hechos del caso concreto han sido determinados inicialmente por el Tribunal *A quo* y luego por el Tribunal Ad quem, por lo que estos no pueden ser modificados, revisados o nuevamente valorados, por expresa prohibición de la norma; entonces, el examen de la sentencia impugnada se realiza sobre los hechos fijados por el Tribunal *Ad quem.*

6.21 Establecidas las cuestiones normativas sobre el recurso de casación, así como las exigencias de su fundamentación técnica, corresponde el análisis de las alegaciones presentadas por la procesada Aide del Rosario Jumbo Jumbo.

6.22 La defensa técnica de la recurrente interpone el recurso de casación en contra de la sentencia de fecha viernes 29 de octubre del año 2021, a las 12h40, dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, dentro de este proceso penal iniciado por el presunto delito de uso de documento privado falso, siendo los sujetos procesales la Fiscalía General del Estado, la Corporación de Ferias de Loja, y la procesada Aidé del Rosario Jumbo Jumbo, la causal que ha establecido en el recurso de casación es la indebida aplicación del tipo penal de uso doloso de documento privado falso, previsto en el artículo 328, inciso segundo y tercero del Código Orgánico Integral Penal, se indica que la parte específica de la sentencia donde se produce el error de derecho está en el considerando sexto, en el punto 6.4, denominado respuestas del Tribunal de la Sala a los argumentos del recurso de apelación de la procesada.

6.23 En lo principal la recurrente manifiesta que:

> "La causa invocada es la indebida aplicación de la norma legal, por cuanto se ha determinado en la sentencia de instancia que, el día de 21 diciembre del 2018, a las 10h00, en el Centro de Control de Armas, mi defendida presentó una copia fotostática de un contrato falso, cuando la norma establece que en el delito de uso de documento privado falso se debe hacer el uso de ese documento; es decir del instrumento privado, el cual se encuentra determinado como elemento normativo en el artículo 216 del Código Orgánico General de Procesos, esto es el documento que haya sido realizado por personas particulares sin la intervención de funcionario público, o con estos en asuntos que no son de su empleo, concretamente consideramos que la copia fotostática simple de un contrato falso no cumple el presupuesto del tipo penal del objeto material, por cuanto la copia fotostática no constituye el instrumento privado en sí, ni tampoco tiene relevancia en actos de naturaleza jurídica. Al no haberse subsumido el elemento del objeto material existe una atipicidad y por ende la indebida aplicación del tipo penal de uso de documento privado falso. El Tribunal de instancia consideramos que debió aplicar el principio de estatus jurídico de inocencia, previsto en el artículo 5 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, por cuánto consideramos que tiene trascendencia este yerro por cuanto se ha dictado una sentencia de condena a un caso que claramente constituye una conducta atípica, y en consecuencia no punible, causando un agravio a su representada con una sentencia condenatoria (…)".

Con lo expuesto, la recurrente solicita se corrija en sentencia el error in iure, se case la misma, ratificándose el estado de inocencia de la procesada.

6.24 Por su parte Fiscalía General del Estado, en lo principal indicó:

> "(…) al respecto señores Jueces cuando se alega una indebida aplicación de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina, jurisprudencia reiterada de esta alta Corte, se ha establecido que el recurrente debe partir de los hechos

dados por probados, y en este caso se ha cuestionado el juicio de tipicidad y si se observa la sentencia de segunda instancia, se ha repetido exactamente el mismo punto debatido en la sentencia del Adquem, es decir justamente que no había el objeto material de la conducta, conforme consta en el numeral 5.1 de la sentencia recurrida, y en el considerando sexto consideraciones del Tribunal de la Sala a partir del numeral 6.4, se ha dado contestación específicamente en los puntos 11 y desde el punto 14 literales a, b, c, d, y el punto 16 sobre justamente esta alegación, cuál es el hecho dado por probado por parte del Tribunal y que ha sido utilizado para responder al cuestionamiento del recurrente de apelación, justamente la conclusión es que una copia fotostática que ha sido utilizada en el tráfico jurídico sí constituye un documento, y por tanto si es objeto material del delito de uso doloso de documento falso privado, para lo cual también se utiliza la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y también el artículo 13 del COIP, es decir la interpretación literal de los tipos penales, cuál es la conclusión en el numeral 16 de la sentencia, es que concluye que la acción que ha efectuado la procesada es absolutamente típica, pues cumple con todos los elementos que el tipo penal exige, por lo tanto volver a generar este debate violenta el principio de no debate de instancia, más aún cuando la doctrina y la jurisprudencia de esta alta Corte también ha sido unánime en establecer que el documento es toda declaración materializada procedente de una persona identificada como su autor, y que su contenido tenga eficacia en el tráfico jurídico, esos son los presupuestos, y también la doctrina de manera mayoritaria ha establecido tres principios en las funciones de un documento que son las de garantía, perpetuidad y probatoria, es decir no de originalidad, sino más bien en cuanto el documento puede o tiene la potencialidad de generar efectos en el tráfico jurídico, como así ha sido considerado ya un hecho dado por probado por parte del Tribunal Adquem, por todo lo expuesto, al no existir justamente relevancia en la decisión de la causa y ser un punto que ya se ha controvertido, la Fiscalía General del Estado solicita que este recurso sea rechazado, y la sentencia venida en grado confirmada en todos sus partes (…)".

Por su parte, el abogado defensor de la víctima, en lo principal se allanó a lo expuesto por Fiscalía.

6.25 Al respecto, el suscrito Tribunal realiza el siguiente análisis: La recurrente ha interpuesto el cargo casacional de indebida aplicación del tipo penal de uso doloso de documento privado falso, uso doloso previsto en el artículo 328 inciso segundo y tercero del Código Orgánico Integral Penal, señala que la parte específica de la sentencia donde se produce el error de derecho es en el considerando sexto, en el punto 6.4, denominado respuestas del Tribunal de la Sala a los argumentos del recurso de apelación de la procesada. Presenta un argumento que sustenta el cargo casacional, es decir, el recurrente cumple con la fundamentación del recurso de casación en lo que se refiere al principio de taxatividad, autonomía y trascendencia.

6.26 Ahora bien, para analizar el cargo de indebida aplicación del artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, debemos hacer referencia a su contenido al respecto el artículo en mención que establece:

> "Artículo 328 COIP.- Falsificación y uso de documento falso. La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
>
> **Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años.**
>
> **El uso de estos documentos falsos será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso".**

El tipo penal sanciona a la persona que falsifique, destruya, o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica. Además, el tipo penal sanciona el uso de documentos falsos.

6.27 Ahora bien, hay que diferenciar cuando hablamos de un documento público y un documento privado. Según el Artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos se indica: **"Documento público**. Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente", y conforme el artículo 216 del Código Orgánico General de Procesos, **el documento privado es:** "Es el

que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo".

6.28 Respecto a la falsedad documental podemos indicar que proviene del Derecho Romano a través del concepto de falsum y crimen Falsi, entendidas estas como declaraciones falsas, llegando a confundirse con el concepto de engaño, presentándose de múltiples formas, siendo las más comunes, la falsificación de moneda, de papeles representativos de valor, de timbres, sellos y estampillas, de marcas, de boletos de transporte en todas sus clases, de documentos públicos y privados.

6.29 De igual manera, cuando hablamos de falsedad documental debemos diferenciar falsedad material, falsedad ideológica y falsedad ideal.

Respecto a la falsedad material es aquella que se presenta cuando en "el documento" se altera la verdad, cuando está íntegramente formado y el falsario borra, suplanta, incorpora, establece firmas falsas, notándose que se utiliza la preposición de lugar "en" es decir, sobre el documento, éste ya está elaborado, está previamente escrito y el autor sobre la escritura borra la fecha, poniéndole otra, le borra el nombre y le coloca otro, le borra el texto y le cambia por otro, todo ello corresponde a la falsedad material[13].

Falsedad ideológica es aquella donde se suplanta la verdad en el momento de la formación del documento, el documento no está terminando, se está formando y el otorgante dice una cosa y el autor de la redacción hace aparecer otra. La falsedad ideológica se presenta cuando en un documento auténtico se consignan o insertan hechos o declaraciones falsas, el documento en esencia es genuino, su contenido es falso[14].

Falsedad ideal es aquella en la que se crea íntegramente un documento falso, mediante dos formas distintas: falsificando o forjando. Conforme el Doctor Jorge Zavala Baquerizo, al referirse a la falsedad ideal señala "es aquella por la cual el agente crea el instrumento mediante copia de un original preexistente, o forja íntegramente el instrumento, sin relación a modelo alguno, crea el documento tanto formal como intelectualmente, ya que no solo falsea el documento, sino que crea al otorgante del mismo" [15].

Según la doctrina, la falsedad ideal, es la tercera especie de la falsedad en general, en este tipo también hay confusiones, porque muchos autores no lo reconocen autonomía, ya que unos la incluyen en la falsedad ideológica, otros la consideran como falsedad mixta. Falsificación es el acto falsario por el cual una persona imita notablemente un documento original preexistente, por lo que es necesario aclarar los significados de imitar y fingir; cuya diferencia lo constituye el límite entre lo falsificado y lo forjado; el que falsifica: imita; el que forja: finge. Forjadura cuando el acto falsario consiste en fingir un documento, lo crea sin que exista modelo anterior, no existe el original, el individuo lo inventa, finge un instrumento[16].

6.30 Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español respecto al valor de las fotocopias en relación con el delito de falsedad documental ha indicado:

> "Las fotocopias de documentos son sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso de que la misma fuese autenticada.
>
> Aunque no quepa descartar en abstracto que la fotocopia pueda ser usada en algún caso para cometer delito de falsedad, lo cierto es que tratándose de documentos oficiales esta caracterización no se transmite a aquélla de forma mecánica. Y, por tanto, textos reproducidos carecen en principio y por sí solos de aptitud para acreditar la existencia de una manipulación en el original, que podría existir o no como tal (STS. 25.6.2004).
>
> Por ello una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, **por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado** (STS. 939/2009 de 18.9).
>
> La doctrina anteriormente expuesta es aplicable a los supuestos de falsedad material, es decir

[13] Blum, Jorge., *Prejudicialidad "Falsedad material en documento público"*, 2012, p. 64.
[14] Ibídem. p. 69.
[15] Zavala Baquerizo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, 2004.
[16] Blum, Jorge., *Prejudicialidad "Falsedad material en documento público"*, 2012, p. 73.

cuando la falsedad se lleva a efecto alterando el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (art. 390.1.1 CP).

En el caso de que la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (art, 390.1.2°), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Así cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular-en este caso documento mercantil u oficial-no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia- mero instrumento sino el propio documento que se pretende simular (STS. 1126/2011 de 2.11).

Igualmente en los casos en que partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase. No se trata de una fotocopia que se quiere hacer responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.

Como hemos dicho en SSTS. 183/2005 de 18.2, 1126/2011 de 2.11, la confección del documento falso, con vocación de pasar por auténtico, puede efectuarse mediante técnicas diversas, como puede ser, a título meramente enunciativo, no taxativo o cerrado, partiendo de soportes documentales auténticos, mediante confección por imprenta de soportes semejantes o mediante escaneado o digitalización. Medios que resultan indiferentes a los fines de apreciación de la falsedad, ninguna que el resultado induzca a error sobre autenticidad" [17].

6.31 Con lo expuesto, vemos la línea jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo Español, en el que se ha desarrollado cuestiones sobre la falsificación en fotocopias de documentos públicos y privados; así la jurisprudencia española es clara al diferenciar el tratamiento que se da a las fotocopias en documento público y un documento privado respecto a la falsedad documental, señalándose que la falsificación material de una fotocopia de un documento público no puede homologarse a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, y que sólo **podrá considerarse como una falsedad en un documento privado.**

6.32 El suscrito Tribunal concuerda con lo desarrollado por la jurisprudencia española puesto que, si bien no puede descartarse en abstracto que la fotocopia pueda ser usada en algún caso para cometer delito de falsedad, no se puede desconocer que una fotocopia simple no reúne la calidad de un documento público, por lo que no se podría homologar a la falsificación material de un documento público, pero si a la falsedad de un documento privado. **Mientras, que en el caso de documentos privados, nuestra normativa define como "el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de un funcionario público alguno", por lo que, la presentación de una fotocopia adulterada de un documento privado que pretende inducir a error sobre su autenticidad se homologa a la falsificación ideal de un documento privado.**

6.33 Dicho esto, el tipo penal establecido en el artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, sanciona a la persona que falsifique, destruya, o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica; además, sanciona el uso de estos documentos falsos.

6.34 En la sentencia emitida por la Corte Provincial de Loja se tiene como hechos probados que la procesada presentó un documento privado falso pretendiendo obtener de manera fraudulenta una autorización de las Fuerzas Armadas y beneficiarse de un puesto en la Feria de Loja. Respecto al documento privado falso consta que se trata de una copia fotostática de un contrato. En el apartado XIV, literal b) de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Loja se indica:

"(…) es evidente que la procesada hizo el uso de documento privado falso, cuando presentó ante las fuerzas armadas una copia fotostática de un contrato falso, con el claro afán de engañar a las fuerzas armadas y obtener un permiso". Y en el apartado 11 de la sentencia en análisis también se indica "En el presente

[17] Tribunal Supremo Español, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia STS 535/2023, 3 de Julio de 2023.

caso, está demostrado que la procesada, tuvo un comportamiento doloso cuando uso el documento falso. Así, por un lado, tenía conocimiento pleno que el documento que estaba presentando en las fuerzas armadas se trataba de un documento falso, pues ella sabía que el documento verdadero era diferente, en virtud que ella firmó de manera personal el contrato original o auténtico, en donde no constaba la palabra "pirotecnia, que en cambio en el contrato falso si constaba; al tener ese conocimiento pleno de que el documento era falso, el elemento cognitivo del dolo está cumplido, y pese a tener ese conocimiento, tuvo la decisión o voluntad (elemento volitivo) de presentarlo al tráfico jurídico".

Por los argumentos expuestos, la Sala de Corte Provincial de Loja ratifica la condena impuesta a la señora Aide del Rosario Jumbo Jumbo como autora y responsable del delito de uso doloso de documento falso, sancionado y previsto en el Art. 328 inciso 2do y 3ro del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años.

6.35 En este orden de ideas, se observa que la Sala de la Corte Provincial de Loja ha identificado los elementos del tipo penal: bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo, verbos rectores y objeto del delito del tipo penal de falsificación y uso de documento privado falso, y que ha realizado una correcta subsunción de los hechos al tipo penal establecido en el artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, puesto que se ha dado por probado que la procesada ha falsificado y utilizado un documento privado falso para inducir a un error sobre su autenticidad a fin de obtener de manera fraudulenta una autorización de las Fuerzas Armadas y beneficiarse de un puesto en la Feria de Loja; es decir, modificando los efectos del documento privado introduciéndose en el tráfico jurídico.

6.36 En este contexto, la alegación planteada por la recurrente resulta equivocada por cuanto no cabe justificar que utilizar una copia de un contrato resulta un acto atípico, al contrario, en el presente caso se trata sobre una falsificación ideal puesto que la falsificación consistió en simular un documento privado, induciendo al error sobre su autenticidad, es decir, lo relevante no es el medio utilizado para ello, sino la naturaleza del documento que se pretendía simular, en este caso, el contrato firmado por la propia procesada, quien lo conocía en su integridad. Por ello, el cargo de indebida aplicación del artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, debe ser declarado improcedente.

7. 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,** con fundamento en lo dispuesto en el artículo 656 y siguiente del Código Orgánico Integral Penal, de manera unánime resuelve:

1. Declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por la procesada señora Aidé del Rosario Jumbo Jumbo.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes **NOTIFÍQUESE.-**

f) DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. PABLO FERNANDO LOAYZA ORTEGA **CONJUEZ NACIONAL** DR. JULIO ENRIQUE ARRIETA ESCOBAR **CONJUEZ NACIONAL**

V

Juicio Nro. 13100-2021-00001
Fecha: 23 de agosto 2024 a las 16h30
Juez Ponente: Dr. Julio César Inga Yanza

TEMA

Prevaricato y límites de la facultad del juez de garantías penitenciarias en la fase de ejecución de la pena.

SÍNTESIS

No se configura el delito de prevaricato cuando la decisión judicial se adopta dentro de un margen razonable de interpretación de la norma, aun cuando pueda existir discrepancia con el criterio del tribunal revisor. En el recurso de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia que lo condenó como autor del delito de prevaricato, la Sala Penal de la Corte Nacional analizó los límites de actuación de un juez de garantías penitenciarias en la fase de ejecución de la pena. La Corte examinó la alegada falta de motivación y la indebida aplicación de la norma penal, concluyendo que el tribunal de apelación actuó conforme a derecho al considerar que la decisión judicial cuestionada se encontraba dentro del ámbito interpretativo permitido por la ley y no configuraba una resolución manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. En consecuencia, al no verificarse los presupuestos del delito de prevaricato ni los vicios alegados en casación, la Sala rechazó el recurso interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS: El procesado JAVIER VICENTE LÓPEZ VINTIMILLA, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de 05 de julio de 2023, las 14h20, que resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el procesado y ratificó la sentencia condenatoria subida en grado.

Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

I. VALIDEZ PROCESAL

1. El recurso se ha sustanciado conforme las normas de procedimiento previstas, no se aprecia indefensión o vulneración de las garantías constitucionales de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (artículos 75 y 76 CRE). No existe motivo para declarar la nulidad procesal; por lo tanto, el proceso es válido y así se lo declara.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2. De acuerdo con el último inciso del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) en concordancia con el artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción nacional, siendo competente, de acuerdo con los artículos 184.1 de la CRE, 184 del COFJ y 656 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) para conocer los recursos de casación; competencia que en materia penal recae en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, conforme el artículo 186 del COFJ.

3. Para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, el Pleno del Consejo de la Judicatura en Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, en cumplimiento a lo determinado en el artículo 182 de la CRE y en concordancia con el artículo 173 del COFJ, designó a las y los jueces que reemplazaron en sus funciones a las y los salientes jueces nacionales, los cuales fueron posesionados el 03 de febrero del 2021; en tanto que, de conformidad con el artículo 183 del COFJ, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 02-2021 de 05 de febrero del 2021, conformó sus Salas Especializadas.

4. De acuerdo con lo señalado y conforme el acta de sorteo de 01 de agosto de 2023, a las 09h46,

el conocimiento del presente recurso de casación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, conformado de manera primigenia por los jueces nacionales doctores Luis Rivera Velasco, Walter Macías Fernández y Marco Rodríguez Ruiz.

5. Posteriormente se conformó el Tribunal, ante el cese de funciones del doctor Luis Rivera Velasco, al haber culminado el período de juez nacional, se encarga su despacho a la Conjueza Nacional temporal, Dra. RITA BRAVO QUIJANO (Of. No. 152-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero del 2024); y, finalmente el Dr. JULIO CÉSAR INGA YANZA, en razón, por un lado, del Oficio Nro. 484-SGC-CNJ-MMV-2024 de 4 de abril de 2024, a través del cual el doctor José Suing Nagua, en calidad de Presidente (e) de la Corte Nacional de Justicia, señala: *"(…) a partir del lunes 08 de abril de 2024 y hasta que Consejo de la Judicatura designe y posesiones (sic) a los nuevos Jueces Titulares, encargo a usted el despacho del doctor Luis Antonio Rivera Velasco, ex Juez Nacional de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia."*; y, por otro, de la Acción de Personal Nro. 1135-DNTH-2024-DG de 22 de abril de 2024 suscrita por la Dra. Gloria Susana Salazar Espinoza, Directora Nacional (e) de Talento Humano del Consejo de la Judicatura, mediante la cual se expide el nombramiento como Juez Nacional encargado de la Corte Nacional de Justicia; por el doctor JAVIER DE LA CADENA CORREA, quien actúa en virtud del oficio No 149-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero del 2024, mediante el cual, el doctor José Suing Nagua, en calidad de Presidente (E) de la Corte Nacional de Justica, encargó el despacho del doctor Walter Macías Fernández, por haber cesado en funciones como Juez Nacional, con los mismos deberes y atribuciones que el titular; y, por el doctor MARCO RODRÍGUEZ RUIZ, Juez Nacional;

6. Finalmente, por sorteo realizado el 01 de mayo de 2024, a las 15h08 y 15h09, por licencia concedida a los doctores Marco Rodríguez Ruiz y Javier de la Cadena Correa, dentro de la audiencia oral, pública y contradictoria intervinieron en su reemplazo los doctores Pablo Loayza Ortega y Diego Gordillo Cevallos, Conjueces Nacionales, respectivamente.

7. Por consiguiente, el Tribunal para conocer y resolver el presente recurso de casación, quedó integrado por el doctor Julio César Inga Yanza, Juez Nacional encargado, en calidad de ponente; y, los conjueces nacionales doctores Pablo Loayza Ortega y Diego Gordillo Cevallos.

III. ANTECEDENTES

3.1.- Acontecer fáctico:

8. Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo relatado por la sentencia de segundo nivel –ahora impugnada-, son los siguientes:

> "(…) El presente proceso llega a conocimiento de la Fiscalía General del Estado mediante oficio Nro 2020-49-UJEGPP, de fecha Portoviejo, 21 de Enero de 2020 suscrito por la Ab. María Lorena Palma Benavides, Jueza de la Unidad Judicial Especializada de Garantías Penitenciarias con sede el cantón Portoviejo, al que adjunta la providencia de fecha jueves 16 de enero del 2020, las 11h32 dentro de la causa signada con el Nro 13U02-2019-00213 de Garantías Penitenciarias con sede en el cantón Portoviejo, en la cual se hace conocer "…Se ha puesto en conocimiento del Consejo de la Judicatura de Manabí el informe correspondiente sobre las novedades encontradas en el expediente que por reasignación se ha signado con el No 13U02-2019-00213, en donde el Ab. López Vintimilla Javier Vicente además de modificar la sentencia que se encontraba ejecutoriada a una pena VEINTE Y CINCO AÑOS dictada en contra de Harold Smith Barrezueta Torres, Wilson Monserrate Loor Córdova, Lorgio Marcelo Intriago Macías, Loor Vinueza Diego Armando, Ramón Chávez Freddy Javier, Urbina Vivanco Leonardo Rafael, imponiéndole la pena de trece años, resolución que a criterio de la Jueza denunciante resulta atentaría al principio de legalidad y de seguridad jurídica (…)" [1]

3.2.- Actuaciones procesales relevantes

9. Con sentencia dictada con fecha 15 de agosto de 2022, las 10h21, por el Tribunal de Juzgamiento (Fuero) de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en cuya parte resolutiva se declara:

> (…) En VOTO DE MAYORÍA. Dicta sentencia condenatoria en contra del Dr.

[1] Ver sentencia de Tribunal de Apelación que obra de fs. 69-100 del cuaderno de segunda instancia.

Javier Vicente López Vintimilla, cuyos generales de ley constan en autos, declarando su culpabilidad como AUTOR DIRECTO del delito de PREVARICATO, de conformidad con el Art. 268 en su relación con el Art. 42 numeral 1, letra a) del COIP, imponiéndole la pena privativa de libertad de TRES AÑOS, la misma que de ejecutoriarse esta decisión deberá cumplir en el Centro de Privación de Libertad No 4 El Rodeo de Portoviejo (…).

(…) Se acepta la Suspensión Condicional de la Pena impuesta al sentenciado Dr. Javier Vicente López Vintimilla, al haberse acreditado los requisitos 1, 2, 3 y 4 del Art. 630 del COIP (…)

10. De esta decisión se interpuso recurso de apelación, por lo que mediante sentencia, dictada el 05 de julio de 2023, las 14h20, dictada por el Tribunal de Apelación (fuero) de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, resolvieron lo siguiente:

(…) en forma motivada y razonada, en observancia de las normas constitucionales y legales rechaza el recurso de apelación interpuesto; y; confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria venida en grado en contra del procesado JAVIER VICENTE LÓPEZ VINTIMILLA, toda vez que los elementos constitutivos de la materialidad de la infracción, cuanto la responsabilidad del procesado han sido debidamente establecidos a través de la prueba incorporada en el juicio correspondiente en la forma que prescriben los artículos 82 y 172 inciso segundo de la Constitución de la República en vigencia, que garantiza la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

11. Con escrito de fecha 07 de julio de 2023, el procesado continuando con su afán impugnatorio interpuso recurso de casación.

12. Mediante auto de 17 de julio de 2023, a las 08h41, dictado por la misma Sala de apelación, concedió el recurso de casación interpuesto por Javier Vicente López Vintimilla.

13. Conforme quedó indicado en los párrafos 4, 5 y 6 el Tribunal de Casación conformado para conocer la presente causa se encuentra integrado por los doctores Julio César Inga Yanza, Pablo Loayza Ortega y Diego Gordillo Cevallos.

14. Mediante auto de 09 de mayo de 2024, el Tribunal Casacional convocó a los sujetos procesales a la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación.

15. En audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, evacuada el 14 de mayo de 2024, a las 08h30, intervinieron: por una parte, el Dr. Felipe Rodríguez Moreno, como defensa técnica del procesado recurrente Javier López Vintimilla; en representación de la Fiscalía General del Estado, Dr. Cristian Cañar; y, el Abg. Víctor Jácome Magla, en calidad de acusador particular (Subdirección de Patrocinio del Consejo de la Judicatura).

IV. DE LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1.- Fundamentación del recurso extraordinario de Casación.-

16. Intervención del procesado recurrente Javier Vicente López Vintimilla, a través de su defensa técnica Dr. Felipe Rodríguez Moreno

(…) Una vez identificada la sentencia, al ser una casación y al no poder discutir los hechos, al no poder discutir la prueba, quiero decirles cuáles son los hechos probados, los que no vamos a discutir aquí, pero sí es importante que ustedes entiendan de qué se trató en esta audiencia o este caso. El 13 de septiembre de 2012 dentro de la causa, muy importante determinar, la 13121-2012-0729 se condenó por asesinato conforme el artículo 450 del Código Penal. Recordemos que en ese momento estaba vigente el Código Penal, a 25 años de privación de la libertad a 6 policías, acusados de haber matado en el ejercicio de sus funciones. Esto es un caso que no conoció por supuesto mi cliente;… de esos policías condenados lo voy a identificar con nombres y apellidos Lorgio Marcelo Intriago Macías solicitó al Juez de garantías penitenciarias, ahora sí mi cliente recurrente de Manabí, él es cuencano, pero él ejerce sus funciones en Manabí, que por haber entrado en vigencia el COIP se aplique principio de favorabilidad por existir un nuevo tipo penal inherente al caso concreto. Cuál sería el artículo o este nuevo tipo penal, todos lo conocemos, el artículo 293 del COIP, que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico tipificaba el delito de dar muerte en una extralimitación en la ejecución de un acto de servicio. Una vez realizada esta solicitud ojo importante, solo por 1 de los 6 condenados, el Juez de Garantías Penitenciarias Javier Vicente López Veintimilla, dentro de la causa número y esa va a ser la causa donde se habría cometido el supuesto prevaricato, es la 13U02-2019-00213 aplicó principio de favorabilidad y rebajó a todos los implicados la pena de 25 a 13 años, (…).

(…) Este policía dice hay un nuevo tipo penal que se aplica a un policía que mate a otro en una extralimitación de funciones se aplica el principio de favorabilidad y lo que va a suceder a continuación y vamos a ver que eso es la materia principal de este caso, es de que las otras personas y los 5 otros policías que estaban detenidos en Latacunga, ellos no estaban en Manabí, van a solicitar a través de una ampliación que se analice el estado de ellos y él va a decir que al sólo analizarse materialidad, al estar condenados como autores y todos a 25 años, es imposible que sólo uno de ellos tenga favorabilidad, se los aplicó a todos. Ese va a ser el supuesto acto de prevaricato que vamos a analizar (…). Es decir el haber hecho extensivo a los otros 5 sin que se hubiese realizado una audiencia, (…).

(…) Se lo condena porque tanto el Tribunal como la Sala de Apelación de la sentencia recurrida consideraron, que el Juez de garantías penitenciarias dice, no podía aplicar favorabilidad entre 2 tipos penales, porque ello constituye valorar hechos, determinando que el principio de favorabilidad cabe cuando el tipo penal se mantiene vigente, pero se disminuye la pena. Entonces, lo que ellos dicen, según igual la prueba actuada que es hecho probado, que solo si es que el delito es nato tiene una pena 25 años y con el COIP tenía por ejemplo una de 20, podía bajar, pero dice tú no podías jugar entre 2 tipos penales, eso hace lo que discutamos hoy en esta casación.

Dos.- El Juez no podía hacer extensiva su decisión a los 5 otros procesados porque estaban privados su libertad en Quito, por lo tanto que actuó sin competencia;

Tres.- Que sólo se puede aplicar principio de favorabilidad en audiencia, no se lo puede hacer extensivo por escrito; y,

Cuarto.- Que una sentencia ejecutoriada no puede ser revisada por un Juez de garantías penitenciarias; este último punto vamos a entender, por qué es lo más importante. (…).

(…) Alega que, **la indebida aplicación del artículo 268 del COIP**, tipo penal con el cual fue condenado, para esto obviamente tendré que explicarles por qué está mal aplicado el tipo penal, es decir se aplica el tipo penal, pero se aplica una norma incorrecta.

Se concreta en dos momentos del prevaricato, porque ustedes conocen que el prevaricato se puede cometer principalmente de dos formas: uno, cuando falla contra ley expresa siempre y cuando, porque esto es condicionante con la forma en perjuicio de una de las partes, la primera forma de cometer el delito es que haga lo que la norma si falla en contra de una ley, pero perjudico; y, la otra forma de cometer prevaricato es cuando se procede, no cuando se falla, con el trámite contra ley expresa haciendo lo que prohíbe o dejando hacer lo que manda. En la primera parte necesito perjuicio, en la otra necesito una norma prohibitiva de no hacer y yo hago, o una norma mandatoria de hacer y yo no hago.

A su cliente lo van a condenar por las dos modalidades. Ataco las dos modalidades explicando que por qué no se configuran los elementos objetivos normativos del tipo penal, por lo tanto indebidamente aplicada la norma. (…).

(…) La parte de la sentencia, donde identifica el yerro jurídico, está en el numeral 7.4 […Se hace referencia a ello, y se dice que:…] Al tener la condición de Juez de carrera jurisdiccional habiendo emitido resolución en la que falla contra ley expresa, importante nos determinan las normas contra las cuales se falló. Es decir, contra estas normas habría fallado el artículo 100 y 101 del COGEP, y al haber procedido la sustentación del proceso, identifican la causa que les he dado, contra normas expresas y nos dicen que se procedió en contra del artículo 666, 670 del COIP y el 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, haciendo lo que la ley prohíbe y nos especifica la Sala, actuando fuera de sus competencias y dejando de realizar lo que la ley manda, realizó trámites de garantías penitenciarias sin convocar a audiencia; en si los Jueces sí han hecho esta determinación de contra qué normas, o se falló contra ley expresa o se procedió contra ley expresa. (…).

(…) Explica por qué no eran aplicables esas normas como elemento objetivo del tipo penal. La indebida aplicación y lo digo para fines de audio, para que quede fundamentado. Todos conocemos es cuando el Juzgador al momento de resolver la causa yerra en el ejercicio típico, de adecuación de los hechos a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente. Existe impertinencia en la aplicación de una norma jurídica cuando no existe identidad entre los hechos probados y los elementos que configuran el supuesto fáctico consignado en el precepto jurídico. Que fallar y proceder contra esas normas no es pertinente a la aplicación de un prevaricato (…).

(…) Contra qué leyes expresas falló Javier Vicente López según la sentencia que estamos recurriendo … El artículo 100 del COGEP, todos sabemos que el COGEP es una norma subsidiaria que aplica para el COIP únicamente en aquellos temas que no estén desarrollados por el COIP, inmutabilidad de la sentencia y fíjense el error que comete la Sala Apelación, aquí el artículo del COGEP señala: notificada la sentencia, cesará la competencia del Juzgador respecto a la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna; la siguiente parte nos va a explicar qué pasaría con errores de escritura de cálculo para fines de una ampliación y una aclaración.

¿Por qué no es aplicable o por qué él no podía haber fallado contra esta norma?

Primero, porqué esta norma es una norma de competencia, no aplicable a un Juez de garantías penitenciarias, porque a qué se refiere esta norma y es lo que les pido analizar como Jueces de esta Sala, el que cesa en su competencia es quien pronuncia y notifica la sentencia. Por ejemplo un Tribunal Penal que condena, una vez ejecutoriada la sentencia no la puede modificar; por ejemplo, un recurso de revisión o aclaración. Lo mismo una Sala de apelación o lo mismo ustedes como Jueces de casación, la sentencia que se ejecutaría y no pueden llegar 3 meses después de decir voy a cambiar el fondo del caso, pero esta es una norma que se aplica para el Juez que conoce el fondo del caso, no para un Juez de garantías penitenciarias.

El Juez de garantías penitenciarias tiene sus propias normas de competencia, porque no es el Juez de fondo en un caso, no es el Juez que condena y tiene que verificar el régimen penitenciario.

Y si lo concatenamos con el 101, que también habría fallado contra esta norma, dice la sentencia ejecutoriada, la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores. La norma de la sentencia ejecutoriada del COGEP constituye la que conocemos como una cosa juzgada. Es decir, que si un hecho ya juzgado con identidad objetiva y subjetiva, yo no puedo abrir un proceso aparte para juzgar exactamente los mismos hechos, porque voy a contravenir no solo el COGEP, sino la Constitución, pero un Juez de garantías penitenciarias no hace un caso de fondo, sino lo que va a analizar es la aplicación del principio de favorabilidad, no va a analizar hechos, no va a llamar a que rindan testimonio nuevos testigos, no va a ser un juicio de reproche que hace un juez penal.

Por lo tanto, empiezo con esto y dejo un poco abierto esto en el campo la discusión: ¿Se podría fallar contra el artículo 100 y 101 del COGEP? y la respuesta es no, y les voy a explicar cuáles eran las normas pertinentes para un juez de garantías penitenciarias. (…)

(…) esas normas no son las aplicables, cuáles sí lo son y son las normas que ampararon su actuación. Lo que no ve la Sala de apelación, artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, código que va a regular las competencias de los Jueces, competencia de los Jueces y Juezas de Garantías Penitenciarias en el numeral 9, que es el que alego en este momento, conocer y resolver la situación jurídica de las personas privadas de la libertad cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna. No es que Javier Vicente López Veintimilla actuó contra el 101 y el 100 del COGEP, sino que sus propias facultades de Juez penitenciarios reguladas por la propia ley, le deja la posibilidad de analizar una situación jurídica, cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna. Por lo tanto, él estaba habilitado no a cambiar el fondo de la sentencia, no a cambiar la decisión, sino únicamente realizar un cómputo de la pena, distinto; él estaba habilitado por el ordenamiento jurídico (...)

(…) qué otras normas le son aplicables al Juez de garantías penitenciarias y obviamente no el 100 y el 101 del COGEP, el 667 del COIP, penúltimo inciso que dice que el cómputo se reformará cuando se compruebe un error o nuevas circunstancias lo amerite, cómputo de la pena, pena impuesta.

El COGEP dice que se puede analizar a una ley más benigna y el COIP dice que se puede reformar el cómputo de la pena, cuando las circunstancias lo ameriten, que mejor circunstancia que una ley posterior más benigna habilitada por el propio Código Orgánico de la Función Judicial. (…).

(…) ¿Qué otras normas eran aplicables?, porque esto tampoco analiza el Tribunal, Art. 2 [COIP], Principios Generales, en materia penal se aplican todos los principios que emanan la Constitución, instrumentos internacionales, derechos humanos desarrollados en este Código; conforme a esto el artículo 5 del COIP, principio de favorabilidad en caso de conflicto entre 2 normas, Código Penal y COIP, de la misma materia, los dos son Código Penal que contemplen sanciones

diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. Todos conocemos que la norma penal es irretroactiva, excepto cuando es pro reo, y esto es lo que hizo el juez de garantías penitenciarias.

Les quiero decir que, no pudo haber fallado contra ley expresa, porque las normas 100 y 101 del COGEP no le son aplicables a un Juez de garantías penitenciarias y le son las normas citadas; por lo tanto, acabo de eliminar la mitad de la primera modalidad de prevaricato.

La segunda parte, no del prevaricato, sino de la primera modalidad, que se cause un perjuicio a una de las partes. En el apartado 7.4 de la sentencia recurrida, nos dice, al fallar contra ley expresa al aplicar el principio favorabilidad cuando era improcedente apartándose deliberadamente y arbitrariamente del ordenamiento jurídico para perjudicar a una de las partes. En este caso, a los familiares de los occisos Luis Jaramillo y Danilo Bowl, quienes no fueron convocados a la respectiva audiencia, se refiere a la audiencia de los otros 5.

Recordemos en el numeral 5 de la sentencia de primera instancia, 5.3 de apelación si hubo audiencia, Fiscalía no se opone a que se modifique la pena, acusación particular no se opone. La discusión es a los otros 5 se podía modificar la pena, entonces nos dicen sí se ha causado perjuicio a personas naturales a las víctimas indirectas, pero los otros 5 que son beneficiados de los cuales se les hace extensiva la decisión sobre esos 5 no hubo audiencia.

Sobre ellos no hubo audiencia, pero sobre él que pidió sí, lo que está en discusión es si a esos otros 5 se les debía realizar una audiencia o no se les debía realizar una audiencia, entonces lo que nos dice justamente la Sala es que se modifica y que no se les llama a la audiencia de los otros 5, Luis Jaramillo y Danilo Bowl, pero esto tiene un problema y es que si la forma de prevaricato que nos están aplicando es fallar contra la ley expresa que considero lo he explicado, por qué no debe obligatoriamente causar un perjuicio en las partes, tenemos un problema y es que jamás a través de un prevaricato los acusadores particulares o víctimas indirectas pueden ser afectados por un prevaricato y me permito explicar de qué forma afecta la aplicación de favorabilidad en la reducción de la pena punitiva a los familiares de los occisos, quienes no tienen pretensión punitiva.

Recordemos la sentencia número 768-15-EP/20 de la Corte Constitucional, cuando analizan, materia de recursos, lo que nos van a decir ellos es la víctima no tiene pretensión punitiva, si Fiscalía no apela nunca la víctima puede analizar la pena, sólo puede analizar la reparación. La pregunta es: ¿Si conforme a la Corte Constitucional las personas particulares no tienen pretensión punitiva, es decir de cómputo de pena, de quantum de pena, sino únicamente reparatoria, cómo es que la reducción de 25 a 13 años de pena les puede generar perjuicio? Y la respuesta es, no les puede generar perjuicio porque ellos no son titulares de este derecho, el único titular de ese derecho es la Fiscalía General del Estado.

Concluye que, de ninguna manera, no se te configura el elemento normativo fallar contra de ley expresa en perjuicio de una de las partes, dicho esto con sentencia de Corte Constitucional, hemos de entonces eliminado la posibilidad de la primera forma.

Ahora en la segunda forma de cometer un prevaricado la pregunta es: ¿En contra de qué leyes procedió, ya no falló, procedió Javier López según el Tribunal? El Tribunal nos ha dicho que él procedió contra 3 normas conforme yo citaba en la sentencia; la primera, el artículo 666 del COIP que establece normas de competencia; la segunda, el 670 del COIP que explica el procedimiento que tiene que hacer un Juez de Garantías penitenciarias; y, el 230 del Código Orgánico de la Función Judicial. El problema o el error en el que no cae en cuenta la Sala de apelación de Manabí es que el tipo penal, dice, proceda contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe en este caso en la primera parte, haciendo lo que prohíbe.

Según ellos hizo lo que prohíbe el 230 y el 666 del COIP, pero resulta ser que el 230 del Código Orgánico de la Función Judicial y el 666 del COIP no tienen mandatos prohibitivos. Cómo es que la Sala dice que hiciste lo que no podías hacer. En el mismo ejemplo, cuando te dice la norma en procesos de acción privada no podrán dictar medidas cautelares, claro no podrán dictarse si es que las dicto estoy haciendo lo que la norma me prohibía, pero en este caso si el 230 y el 666 no tiene una disposición prohibitiva, no pudieron haber hecho lo que prohíbe. Se equivoca porque la Sala de apelación tenía que haber hecho un análisis cómo existe una prohibición y cómo procedes haciendo lo que te prohibían. Pero ellos nos dicen que además

dejó de hacer lo que mandaba el 670 del COIP. El 670 del COIP establece el procedimiento. Pregunta ¿Podría hacerse la decisión extensiva a terceros sin audiencia? Esto es lo único que nos quedaría en discusión, si es que él podría hacerle extensivo a los otros 5 sin audiencias. Cuál era el otro problema, que al ser Juez en Manabí les estaba haciendo extensivo a 5 personas que estaban en Latacunga. Entonces, nos dices tú no podías hacerlo sin audiencia. Además, ellos tenían que haber pedido que su Juez penitenciario de esa jurisdicción, tú no tenías esa capacidad. Para mí ese es el tema central en realidad, esta audiencia, una vez descartado todo lo demás, podía haberlo hecho y yo les voy a dar mi respuesta. (…) Ahora sí podía hacerse la decisión extensiva a terceros sin audiencia, el procedimiento previsto en el artículo 670 del COIP no regula qué sucede cuando existe más de una persona condenada por el mismo hecho. Eso es importantísimo que no existe una regulación para eso y una de ellas solicita la aplicación del principio de favorabilidad, la ley más benigna como incidente relativo a la ejecución de la pena. Dos, una interpretación posible, es tal como sucede en lo relativo a los medios de impugnación.

Quiero que verifiquen el artículo 652, numeral 5 del COIP, la decisión, siempre que no se funden motivos de exclusivamente personales podrá beneficiar al resto. Un ejemplo para que vean, por qué sí podía ser interpretado así. Hemos tomado una sentencia de esta Sala de la Corte Nacional, es de hace 2 años, proceso 02281-2016-00074, en la cual esta Corte Nacional de Justicia resolviendo el recurso de casación de una persona, lo que dice es el resto no son recurrentes, pero yo no puedo modificar la sentencia solo para uno.

Así, que hago extensiva para todos los demás, la Juez Ponente es la doctora Mercedes Caicedo. La pregunta es: ¿Se podía interpretar que lo podía ser extensivo? Qué pasa si la decisión se basa en una interpretación posible, esto es lo que tenemos que preguntarnos el Tribunal en la sección 7.3 denominada análisis legal, jurídico y doctrinario del delito de prevaricato dice expresamente. Esto es lo que nos dice el Tribunal Supremo español cita textual de la sentencia que estoy recurriendo ha señalado, que el delito de prevaricación puede cometerse cuando la resolución de que se trata carece de toda posible explicación razonable, es decir a todas luces es contrario a Derecho. La propia Sala nos dice tiene que no haber otra forma de interpretarlo, o sea tiene que ser así de claro; el delito prevaricato solamente se aplica cuando un juzgador falla o procede contra ley expresa, el calificativo de expresa excluye del delito prevaricato aquellas normas frente a las cuales se puedan plantear dudas interpretativas plausibles.

¿Él, ante una norma en la cual no podía modificar la pena de uno estando todos en la misma condición, podía proceder de esa forma si hubo audiencia y no hubo oposición en ninguna de las partes? Mi criterio es que sí, a menos que ustedes encuentren en la norma procedimental una regla que le diga que no, tal cual sucede en los recursos de apelación y en los recursos de casación.

Conclusión, si la decisión se basa en una interpretación posible del Derecho, no hay prevaricato lo dice la sentencia recurrida.

Finalmente, cuál es la trascendencia de esto, la configuración del tipo penal de prevaricato, presidiendo de sus elementos normativos con los cuales se consideró erróneamente a una persona inocente. Qué hubiese pasado si todo lo que yo les he dicho analizar el Tribunal tenían que decir inocencia, no tenían otra alternativa, esa es la trascendencia, porque en el momento que yo elimino uno de los elementos constitutivos del tipo, entro en algo que conocemos dogmáticamente como un caso de una conducta atípica y la tipicidad tiene que siempre conllevar una inocencia.

Una vez fundamentado mi recurso de apelación, evidentemente si yo les dije indebida aplicación, ahora tengo que decirles cuál era la norma que tenían que aplicar en lugar de prevaricato, si no estaría mal fundamentando. Debieron aplicar inocencia, ¿Cuáles artículos?, el artículo 5 numeral 4 del COIP, en concordancia con el artículo 76 numeral 2 de la Constitución, presunción de inocencia, eso es en lugar del tipo penal aplicado, y el artículo 5 numeral 3 del COIP in dubio pro reo.

Primera solicitud, que se case la sentencia por indebida aplicación del tipo penal previsto en el artículo 268 del COIP y en su lugar se apliquen para fines del auto los artículos 5 numeral 4 del COIP en concordancia con el artículo 76 numeral 2 de la Constitución en grado de presunción de inocencia y el artículo 5 numeral 3 del COIP, indubio pro reo; por lo tanto, que se ratifique la inocencia del recurrente.

De forma subsidiaria en este momento, en el caso que no estuviesen de acuerdo con mi

recurso de casación, quiero que se fijen en otros yerros. **Sobre la motivación en materia penal** no voy a leer la cita pertinente, pero ustedes conocen que con sentencia 2706-16-EP/21 del año 2021, el doctor Alí Lozada que fue el Juez Ponente, cambió las reglas de la motivación en el Ecuador, ya no se aplican las anteriores, por lo tanto me voy a sustentar para analizar la motivación en esa sentencia.

Alega inexistencia de motivación entre las formas de falta de motivación, inexistencia es decir, ausencia absoluta de elementos argumentativos mínimos en las cuales constituye una insuficiencia radical.

La parte pertinente en la sentencia en la parte resolutiva, el prevaricato es un delito doloso, porque si es culposo en realidad se llama negligencia manifiesta o error inexcusable y es una destitución administrativa, pero quiero que vean lo que hizo la Sala de Apelación que aún no lo entiendo y veamos cómo lo entendemos todos en esta Sala y me gustaría que Fiscalía. Lo digo [para que] nos ayude a resolver esto porque es fundamental para el futuro; verificándose el dolo porque el delito prevaricato no se produce por la incorrección jurídica por ignorancia o negligencia, sino por la incorrección moral de dictar el fallo por motivos personales e indebidas a sabiendas de que se está violando la ley, esta conclusión tiene dos problemas y obviamente es un recurso de casación.

Uno.- Razones personales, voy a poner el primer reto a Fiscalía y a los Jueces también como Juzgadores que encuentren una sola línea en la sentencia de motivación, donde se hable de un motivo personal de mi cliente, nunca se habla. Cuando leí esta oración dije pero de dónde sacaron eso, es decir hicieron copy page de otra sentencia. De dónde sacaron la idea de que es su motivación personal, si el Tribunal va a llegar a motivación personal me lo tendrá que explicar de alguna forma y si no me lo he explicado, por lo tanto esto es errado.

Pero esta cita tiene un problema adicional, a sabiendas de que se está violando la ley, porque ha mezclado dos tipos de dolo, conforme explico a continuación, aquí está el principal error de motivación, por qué es relevante, porque a la fecha esto es importante el dolo que van a aplicarle a mi cliente, dicen a sabiendas de que estaba violando la ley, actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos de tipo penal ejecuta voluntariamente una conducta, se llama dolo de segundo grado conforme a la dogmática, pero este tipo de dolo que no es la intención de causar daño, sino es el solo hecho conocer los elementos objetivos del tipo penal y pese a que los conozco, ejecuto la conducta; recién existe desde el 24 de diciembre de 2019. Cómo le pueden a mi cliente aplicar un dolo de segundo grado que existe desde el 24 de diciembre de 2019, cuando la resolución de mi cliente es de marzo de 2019. Qué dolo estaba vigente en este tiempo, para el 19 de marzo de 2019.

Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño, a nosotros lo que nos hicieron la sentencia es probar que él como Juez conocía la norma, dice por motivaciones personales que nunca entendimos, pero que él, conocía lo que es la norma, estaba obligado el Tribunal a demostrarnos un dolo de primer grado. Como vemos estuvo vigente en Ecuador hasta el 23 de diciembre 2019 y se modificó el 24 de diciembre de 2019, entonces sin dolo no hay delito. Ese error de dolo es un error gravísimo que debería causar una nulidad, porque evidentemente no nos explicaron el elemento subjetivo.

Segunda solicitud, que se declare la nulidad de la sentencia por inexistencia y motivación en relación a la configuración de dolo como elemento subjetivo del tipo penal de prevaricato

Insuficiencia, mi tercer pedido motivacional por apariencia sobre la afectación al bien jurídico. Se sustenta para esto en una sentencia de la Corte Constitucional que es la 2231-22-JP/23 que nos dice en el párrafo 135.1, para determinar la existencia y eventual responsabilidad por delito prevaricato será necesario verificar que la violación a la norma expresa efectivamente afectó a este bien jurídico protegido como una gravedad tal que justifique activar el aparato punitivo del Estado sin que esto pueda derivarse de cualquier tipo de incumplimiento normativos. Lo que quiero explicar es si se considerara que la interpretación no es la correcta y no existe dolo, en realidad estamos ante un tema que es culposo y por lo tanto la misma Corte dice tiene que ser realmente grave para aplicar el Derecho penal y no otra rama del Derecho. (…). (…) Qué dijo el Tribunal que en el caso que nos ocupa. El procesado afectó al bien jurídico protegido, la tutela judicial efectiva, siendo preciso señalar que el delito prevaricato no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales. Antes nos dijeron que era los bienes del acusador particular, ahora cambiaron su decisión, aquí hay

una incongruencia clarísima, …Por lo tanto, si existe víctima ya que vulnera el estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial y la pregunta es: ¿Cómo afectó el bien jurídico?. No lo explican y la afectación al bien jurídico es parte del tipo penal, …Por lo tanto, al no haber explicado por qué este ataque tan grave permite aplicar el Derecho penal, sería un delito doloso y no meramente el Derecho Administrativo.

Mi tercera solicitud es que se declare la nulidad de la sentencia por insuficiencia motivacional en relación a la afectación del bien jurídico protegido en el caso concreto. …Una última cosa, y es uno de los fines de la casación que solemos olvidar es justamente la seguridad jurídica, creo yo que aparentemente el caso parecía sencillo, pero es de gran complejidad y creo que va a ser muy interesante que ustedes o sea como Jueces de la Corte Nacional, nos digan para el resto del camino a los ecuatorianos, sobre todo a los Jueces, cómo deben actuar y cómo deben hacerlo y cuándo debe intervenir el Derecho penal y cuándo no. (…)[2] [énfasis en negrillas y subrayado, fuera de texto]

4.2.- Contradicción por parte de la Fiscalía General del Estado, Dr. Cristian Cañar.

17. El representante de la Fiscalía por su parte señaló:

(…) Fiscalía General del Estado ha escuchado de forma clara el recurso de casación planteado por el abogado en representación del recurrente, Javier Vicente López. Es un reproche en contra de la sentencia de la Corte Provincial de Manabí de 5 de julio de 2023, a las 14h20 minutos. En este caso preciso, el recurso de casación es un recurso técnico, extraordinario y limitado, eventualmente con la función de la casación es una visión nomofiláctica de control del Derecho objetivo

En virtud de lo dicho, el casacionista ha mencionado dos casos en específico. Ha mencionado una indebida aplicación del artículo 268 del COIP, de manera subsidiaria ha mencionado específicamente que existiría un posible déficit de motivación en relación con lo que sería una inexistencia de la motivación, una insuficiencia radical y una apariencia o un vicio de apariencia sobre la afectación del bien jurídico protegido. (…)

(…) Me es preciso primero señalar específicamente si la sentencia deviene en válida o inválida, alegando específicamente ó los parámetros que están fijados en la sentencia 1158 de la Corte Constitucional, en virtud de lo dicho y en razón del párrafo 100 de la sentencia 1158, las personas que alegan específicamente que exista un posible vicio de inexistencia o que alegan específicamente o que exista una fundamentación normativa incorrecta o no fundamentación normativa incorrecta, se habla específicamente sobre si habría inexistencia, insuficiencia o apariencia, estos son los 3 tipos de déficits motivacionales que hay que identificar dentro de una sentencia.

Dentro del alegato, claro o específicamente se ha tratado de mencionar que existiría una inexistencia en la motivación… Lo identifica directamente la sentencia de la Corte Constitucional cuando existirá una ausencia de fundamentación normativa y fáctica, constituyendo en una insuficiencia, que no hay un contexto de nada de parámetros de precedentes por parte del Tribunal de Alzada. Para analizarlo eso, la sentencia recurrida del Tribunal Ad Quem, en el considerando cuarto establece cuál es el problema jurídico que tiene que resolver este Tribunal, aquí mencionan intervención de los sujetos procesales en la fundamentación del recurso de apelación. 4.1 sobre el recurso formulado por el recurrente. Se reprocha en contra de la sentencia en virtud de que menciona que un Juez de garantías de penitenciarias no puede modificar la pena con una sentencia ejecutoriada que se está contemplada en el artículo 230 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, analizan el contexto de favorabilidad y en virtud reprochan el contexto de materialidad y responsabilidad.

(…) Tampoco podría entenderse de que exista una motivación inexistente por parte del Tribunal de Alzada, ya que evidentemente el Tribunal ha sido cuidadoso en determinar cada una de estas premisas para poder establecer un silogismo concreto dentro de la relación de motivación, porque eventualmente no puede ser una construcción fáctica o un diagnóstico jurídico por parte del Tribunal de Alzada, si no fija el problema jurídico, cómo lo determina la Corte Constitucional en los párrafos 55.1 y

[2] Ver acta de audiencia de fundamentación del recurso de casación. Fs. 14-23

55.2, que tiene que resolverse en virtud de los cargos relevantes presentados por las partes ante el Tribunal de Alzada (…).
(…) Por lo dicho, la propuesta del contexto de la motivación en este caso en específico la sentencia contiene cada uno de estos parámetros en los cuales se solventa o se da un análisis concreto, sobre todo la 2702, en donde remite específicamente a los órganos jurisdiccionales que se realice un juicio subsuntivo específico sobre la conducta que está haciendo analizada por parte de los Tribunales Penales u organismos que deciden en contextos de ámbito penal. En virtud de eso, esto se compagina directamente sobre los cargos formulados que fueron planteados directamente por el recurrente en contra del reproche de la sentencia de primera instancia, en virtud de eso se ha analizado la materialidad y responsabilidad, lo cual es claro en determinar que fijan dentro del considerando 7, cada uno de los problemas presentados o el problema jurídico que fue presentado por el recurrente. En este caso en específico y analiza tanto en el 7.1 aspectos constitucionales, 7.2 análisis de la prueba, 7.3 análisis legal y jurídico y doctrinario del delito de prevaricato. Lo cual ha confundido específicamente como que debía haberse interpretado dentro de un contexto de debida aplicación cuando es un parámetro de premisa mayor, en el 7.4 analizan los elementos de la premisa menor con los cuales se establecen y dan el contexto del silogismo que debía haber sido expuesto por parte del abogado recurrente como hechos probados, analizando y tratando de establecer cuál es el razonamiento por parte del Tribunal de Alzada para poder identificar el posible vicio de motivacional en ese caso en específico. Por lo dicho, la sentencia sí está dentro de los parámetros de un estándar de suficiencia normativa y fáctica correcta y suficiente.
Una vez dicho que la sentencia es válida; se ha mencionado como cargo casacional la indebida aplicación del artículo 268 del COIP, en virtud de esto, el recurso de casación ha sido claro en mencionar específicamente que la indebida aplicación es un error de subsunción, es un error de pertinencia, es un error de selección, en donde debida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar la norma jurídica cuyo supuesto del hecho no corresponde la narración fáctica de la conducta que intenta juzgar en el fallo. En virtud de ello, el recurrente está obligado a identificar los hechos del caso concreto, es decir debe extraer de la sentencia la construcción fáctica que se ha considerado como elementos probados por los Juzgadores de instancia, que en primer lugar a pesar del entusiasmo del contexto de la exposición de las diapositivas, no se ha mencionado específicamente cuál es ese razonamiento por parte del Juzgador para poder hacer este juicio subsuntivo que hace para resolver el contexto de si existe o no en este caso el prevaricato. (…)
(…) por ejemplo se menciona específicamente después sobre el análisis o el contexto de la responsabilidad del procesado que está dentro del mismo 7.4 se establece en el numeral 3 la siguiente conclusión por parte del Tribunal de Alzada: …[sigue cita]
(…) Posteriormente dentro de este ámbito, analiza y concluye en virtud de por qué se vulnera el contexto del principio de favorabilidad y esto también razona el Tribunal de Alzada, menciona en el caso que nos ocupa a los PPLs … A los procesados, aplicó favorabilidad y modificó la pena de 13 años, fueron sentenciados por el delito de asesinato según el artículo 450 1, 4 y 5 del CP, que establecía una pena de 16 de 25 años, habiéndole impuesto la pena máxima, según el Tribunal de Acusamiento, porque el hecho causó alarma y conmoción; con la vigencia del COIP, el delito de asesinato endurece la pena de 22 a 26 años, por lo que la ley posterior no es más favorable para que se pudiera acoger la favorabilidad. El procesado Javier López Veintimilla basa su defensa en que el COIP al contemplar el delito de extralimitación en servicio es una ley más favorable, ya que los sentenciados eran policías activos cuando se cometió la infracción y se produjo la muerte de dos ciudadanos. Sin embargo, en los hechos que el Tribunal juzgador dio como probados se encontraban circunstancias constitutivas de asesinato como son alevosía y el ensañamiento y aumento del sufrimiento de la víctima, se estableció en el juicio que los procesados ejecutaron a las víctimas con múltiples disparos, algunos por la espalda, que dejaron sus cuerpos en un lugar despoblado para evitar que se descubra el hecho. Los hechos y las pruebas fueron analizados por el Tribunal y por la Sala de apelaciones que conoció la causa vía recurso y la confirmó, hechos que constatan en la sentencia ejecutoria, circunstancias que el señor juez procesado no consideró y cambió hechos afectando de forma dolosa y no por error e ignorancia, porque no era aplicable el principio de favorabilidad, no tenía competencia

por la jurisdicción para conocer causas de privados en otros centros, que procede a modificar también la pena impuesta.
En virtud de lo dicho, se analiza el contexto en el caso que nos ocupa, el procesado afectó el bien jurídico protegido de la tutela judicial efectiva, siendo preciso señalar que en el delito de prevaricato no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho de su imperio y por lo tanto sí existe víctima ya que se vulnera el estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el Derecho, una resolución de sentencia injusta, no solo deber ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa de tal aparcamiento de la función que corresponde al autor en el estado de Derecho.
El nexo establece posteriormente el juicio subsuntivo sobre el nexo causal y específicamente realizan o en virtud de los 8 elementos probatorios. Se ha dado clara contestación sobre el por qué se ha determinado o por qué esto se contempla dentro del contexto de la doctrina; ha identificado el contexto de prevaricato y sobre todo la teoría objetiva en las cuales esta teoría de la injusticia se considera una sentencia injusta o toda sentencia o resolución que infringe de forma notoria o extensible a la ley, apartándose su autor de la función que tiene encomendada al quebrantar sus deberes judiciales, se comete prevaricación cuando la resolución en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, de tal manera que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico jurídico aceptable.
Cabe mencionar específicamente que el análisis del Tribunal de apelaciones entra dentro de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia 2814-17-EP-2022, en donde menciona de forma clara en el párrafo 29 que el principio de favorabilidad rige para todos los recursos y se aplican en las siguientes hipótesis, cuando existen dos normas o interpretaciones aplicables a un determinado caso concreto o una norma de determinación, cuándo con posterioridad a la comisión del delito o a la comisión de una sentencia del sistema jurídico disponen en posición de una norma o interpretación más favorables. En cualquiera de las dos hipótesis hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de los derechos y la persona condenada necesariamente debe beneficiarse de la nueva exposición jurídica.
Se ha identificado de forma clara cómo ha fallado en contra de la ley expresa, se ha identificado de que utilizando el contexto del principio de favorabilidad cambió circunstancias de hechos o aplicó una supuesta norma del artículo 293 en contra de otra norma de determinación muy diferente que sí se encontraba vigente a la fecha al momento en el que él aplicó la norma. Es decir, aplica la extralimitación establecida en el artículo 293 para cambiar los hechos sobre una norma de determinación de asesinato, norma de asesinato que se encuentra contemplada en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal, que incluso en el razonamiento del Tribunal de Alzada identifica, esta norma y que cómo contraviene específicamente el contexto o el análisis que realizo el procesado al momento de realizar el contexto del principio de favorabilidad.
En virtud de lo dicho, se ha identificado de forma clara cada uno de estos elementos con los cuales se hacen este juicio subjuntivo sobre la materialidad y responsabilidad del procesado, existen 8 elementos probatorios. Aquí se ha tratado de analizar específicamente de que no se ha identificado supuestamente que hay un tema de garantías penitenciarias que se ha promulgado una ley posterior más benigna, lo cual el Tribunal de Alzada sí lo razona, eventualmente ese razonamiento que hace el Tribunal de Alzada. El abogado casacionista no lo expone ante este Tribunal de cierre y por lo tanto la proposición jurídica que lo hace lo convierte en un alegato de instancia, ya que eventualmente frente a ese ámbito la única finalidad que tendría el abogado casacionista es alterar los hechos litigiosos dados como probados y eventualmente tratar el acervo probatorio de manera directa o indirecta, lo cual recaería en una prohibición establecida en el artículo 656 numeral dos. (…).
(…) El recurrente debía haber indicado en virtud de todo lo mencionado, es decir por ejemplo digamos la indebida aplicación, porque ha mencionado incluso que existiría por ejemplo la contravención de ley expresa que debía haberse aplicado al 657, que debía haberse aplicado normas, principios, era en el artículo 2 y el artículo 5, que por ejemplo el objeto material que identifica directamente que serían las

mismas contravenidas por parte del recurrente, que sería el 100 y 101 del COGEP. Se establece estructuradamente que esto no debía haber sido analizado por parte del Tribunal de Alzada, que no existiría un perjuicio de las partes, hacer lo que prohíbe, mencionan incluso otras normas que debían ser llamadas a analizar el 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, el 666 del Código Orgánico Integral Penal, el 670 del COIP, en los cuales mencionan incluso vulnerando el principio de autonomía, mencionando o alegando específicamente que debían ser llamadas a analizarse varias normas específicas a ser aplicables en este determinado caso, en contra de la norma que fue analizada del contexto del artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal.

Finalmente, menciona que no se ha cumplido el principio de debida fundamentación en el contexto casacional, no se ha logrado sobre todo y ha sido criterio de esta Alta Corte que se identifique el principio de debida demostración de error judicial, ya que si no se complementa la propuesta jurídica por parte del abogado casacionista, se torna en un alegato de instancia y por lo tanto desde este punto de vista no cabría un análisis ya que se incumpliría dentro de los principios básicos que establece esta Alta Corte. (…)[3] [énfasis con subrayado, fuera de texto]

4.3.- Contradicción del Abg. Víctor Jácome, en representación de la Subdirección del Consejo de la Judicatura (Acusador Particular)

18. El defensor de la víctima indica lo siguiente:

La sentencia de fecha 5 de junio 2023, emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Manabí en la causa 13100-2021-0001, que se sigue en contra del señor Javier Vicente López Veintimilla, cumple con todos los requisitos legales establecidos por la ley. No ha violentado ninguna norma, no ha violentado ninguna ley, se encuentra debidamente fundamentada, motivada.

Dentro de la sentencia existen hechos probados que determinan la responsabilidad penal y determinan la existencia de una infracción, en el numeral 7.3 de la sentencia. Los Jueces de la Sala hacen un análisis legal, jurídico y doctrinario del delito de prevaricato y establecen que el delito de prevaricato no solamente se aplica a los Juzgadores al momento de emitir sentencias condenatorias, sino también se establece a todos los Juzgadores que tienen por sí el fallar o revisar la norma y es así que en el numeral 7.3 de la sentencia, si me permiten, hacer un análisis exhaustivo, jurídico y doctrinario del delito de Prevaricato y establece que el delito de prevaricato no solamente se aplica cuando los Jueces fallan, sino también cuando los Jueces proceden contra norma o ley expresa.

En el presente caso el juez penitenciario, si bien es cierto no está resolviendo sobre condenas o la responsabilidad penal de los procesados, pero sí debe hacer un análisis sobre aplicación de las normas, en este caso los principios de favorabilidad, la duda favor del reo, se los puede aplicar al momento de emitir sentencia condenatoria en el principio de aplicación de la ley por el principio de favorabilidad, efectivamente le correspondería al Juez de garantías penitenciaria revisar si una ley posterior es beneficiosa sobre una ley anterior, pero en el presente caso no solo que se cambia el tipo penal, y el tipo de delito por el que fueron sentenciados, sino más bien haciendo uso de un principio de favorabilidad mal aplicado automáticamente se genera una especie de cambio de sentencia sobre una sentencia que ya estaba totalmente ejecutada y es así que el Tribunal de Juzgamiento dice, siendo estas las razones por las cuales la sentencia era inamovible porque se encontraba ya ejecutoriada, por lo que el procesado contravino la inmutabilidad de la sentencia una vez dictada y sus efectos irrevocables una vez que causa ejecutoria.

De igual manera en la sentencia en su parte pertinente en el numeral 7.4, los Jueces del Tribunal de Apelación, señalan en este sentido, al tener la condición de Juez de carrera jurisdiccional, habiendo emitido resolución en la que falla contra ley expresa artículo 100 y 101 del COGEP y al haber procedido en la sustanciación del proceso 13283-2019-00605 contra normas expresa artículo 666 y 670 del Código Orgánico Integral Penal y artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, haciendo lo que la ley prohíbe y dejando de

[3] Ver acta de audiencia de fundamentación del recurso de casación. Fs. 14-23

realizar lo que la ley manda, actuación que implicó una conducta arbitraria fuera de las competencias otorgadas por los Juzgadores en materia de garantías penitenciarias, que la absoluta ausencia de justificación jurídica por las decisiones revisadas en este caso puede implicar que éstas se hayan tomado por otros motivos, con lo que se demuestra que el procesado en su calidad de Juez se apartó del ordenamiento jurídico, arbitrariedad dolosa, que constituye infracción penal del delito de prevaricato, tipificado y sancionado en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal. Es decir, el juzgado de apelación, hace un análisis a doctrinario de todas las razones de la situación legal, jurídica y doctrinaria del delito de prevaricato y efectivamente emite su resolución no porque sea juzgado, sino porque el Juzgador ha hecho lo que la ley le prohíbe.

Por estas consideraciones, el Consejo de la Judicatura en calidad de acusador particular, al existir comprobada la materialidad de la infracción, al existir la responsabilidad y la sentencia está debidamente motivada, conforme consta del texto y con las partes que nos ha permitido leer, solicitamos se sirva rechazar la petición de casación y recurso de casación, declarar válida la sentencia recurrida y automáticamente ratificar la sentencia que está siendo impugnada. (…)[4] [énfasis con subrayado, fuera de texto]

4.4.- Réplica del procesado recurrente a través de su abogado defensor.-

19. En ejercicio de la réplica el casasionista manifestó que:

(…) En este ejercicio contradictorio quiero dejarles esta pregunta: ¿Ustedes escucharon un solo argumento de Fiscalía sobre el dolo?. Yo expliqué cómo se aplicó un dolo de segundo grado cuando debía aplicarse un dolo de primer grado y tenía que ver esa justificación, escucharon una sola palabra a Fiscalía, ninguna. Digo solo porque es importante, por qué la norma expresa contra la que se falló es del artículo 100 y el artículo 101, yo expliqué que son normas para los Jueces que resuelven el fondo, que no son normas aplicables para los jueces de garantías penitenciarias. Escuchamos de Fiscalía alguna explicación sobre eso?. Ninguna. Eso era lo importante porque el delito prevaricato es un delito que tiene elementos objetivos normativos y que te obligan a analizar la norma contra la que se falla.

Qué hermoso hubiese sido que nos expliquen por qué un Juez de garantías penitenciarias puede o no puede resolver la situación jurídica cuando se haya aplicado una ley posterior más benigna conforme al 230 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, he puesto la norma. Fiscalía tenía la obligación esta audiencia de decirme no él no podía analizar la situación jurídica cuando hay una norma más benigna, porque el COGEP es el papá del COIP. Me hubiese encantado que nos digan por qué el artículo 667 que yo he alegado dice que no se podía reformar el cómputo la pena para nuevas circunstancias cuando la norma establece en su penúltimo inciso que se puede reformar el cómputo cuando existen nuevas circunstancias, Si yo desarmé la configuración típica del delito, golpeando el elemento objetivo y golpeando el dolo, qué tenía que hacer Fiscalía, rearmar el artículo 268 el COIP y explicar por qué los Jueces han explicado bien el fallar contra ley expresa y el proceder contra ley expresa.

Siguiente pregunta: ¿Ustedes escucharon en alguna parte la intervención de Fiscalía cómo los artículos 666 del COIP, 230 del COIP, establecen normas prohibitivas? Pero es que tenían que explicarnos, establece una norma prohibitiva y se hizo lo que la norma prohíbe; lo mismo ha hecho la acusación particular, dice que el Juzgador hizo lo que la ley prohíbe, y que me escuche la persona la acusación particular ¿Cuál ley, qué artículo? Nos han dicho que existe el testimonio del doctor Estrella, esta no es una etapa para analizar la prueba, por qué es importante y con esto concluyo la idea. Yo no he entrado a hacer lo que ha hecho Fiscalía de leer los hechos cómo se habría ocurrido un asesinato, porque yo también podría empezar explicándoles en este caso que hay policías que mataron a personas involucradas en el crimen organizado en ejercicio funciones. Ustedes están aquí para evaluar los hechos los hechos

[4] Ver acta de audiencia de fundamentación del recurso de casación. Fs. 14-23

probados. ¿Podía él modificar el tiempo de la pena, podía aplicarlo de forma extensiva, sí o no, sobre este es el debate? (…)[5] [énfasis con subrayado, fuera de texto]

4.5.- Intervención final del procesado Javier Vicente López Vintimilla.

20. Para concluir se concedió la palabra al procesado quien mencionó que:

(…) En forma concreta he autorizado y doy por bien hechas las gestiones del doctor Felipe Rodríguez Moreno en esta audiencia de casación, nada más.

V. DEL ANALISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

5.1.- Trámite:

21. El trámite del presente recurso está regido por el Código Orgánico Integral Penal, promulgado en el Registro Oficial, Suplemento número 180 del 10 de febrero de 2014, vigente en su totalidad a partir del 10 de agosto de 2014, en donde el recurso de casación se encuentra previsto en el artículo 656 y siguientes *ejusdem.*

22. Así también cabe mencionar que según lo dispuesto por el artículo 589 del referido cuerpo normativo, los recursos no son etapas dentro del proceso ordinario, sino expresión del derecho a impugnar las decisiones judiciales, que pueden o no ser ejercidos por sus titulares, quienes deberán cumplir requisitos de forma y de fondo.

5.2.- Sobre el debido proceso y la seguridad jurídica.-

23. El artículo 76 de la CRE, garantiza el derecho al debido proceso, que implica según sus números 1 y 3 que: *"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes"*; y, que *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; 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"*.

24. El artículo 82 de la CRE reconoce el derecho a la seguridad jurídica que: *"se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes"*.

25. La Corte Constitucional del Ecuador, en el dictamen número 003-19-DOP-CC, emitido en el caso número 0002-19-OP, estableció que el derecho al debido proceso no es una mera norma de regulación formal de los procedimientos, sino un derecho constitucional material de protección, reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

26. En el mismo dictamen, sobre la seguridad jurídica, desde las garantías del debido proceso estableció:

[…] 17. El art. 76 número 1 de la Constitución ecuatoriana establece como parte integrante del debido proceso "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", es decir, establece una interrelación de los ámbitos objetivo y subjetivo del Derecho, y de sus dimensiones normativa, axiológica y fáctica, de la que se desprende que el ordenamiento jurídico no únicamente pretende el cumplimiento fidedigno de las normas en un plano abstracto y objetivo del Derecho, sino que en la realidad, estas regulaciones generen certeza en la protección concreta y subjetiva de los derechos.

18. En este sentido, se conforma la expresión más amplia e integral de la seguridad jurídica, que busca lograr como objetivo, la prohibición de la arbitrariedad, esto es, contar con la certidumbre de que los principios fundamentales que plasman la igualdad y la justicia material, permitirán controlar los abusos, la discrecionalidad ilimitada y los excesos. Esto, en función de la permanencia de postulados supremos, aun cuando las normas, reglas jurídicas y circunstancias fácticas cambien, escenario en el cual, es necesaria la configuración permanente de nuevas certezas, desde un enfoque evolutivo, y no estático del Derecho, con una visión que coadyuve a la generación de certidumbres jurídicas, no solamente desde la dimensión normativa, pues la vigencia de normas claras y previas, debe plasmar la justicia de los principios apológicos para proteger los derechos, y trascender hacia la eficacia en el plano fáctico[…] [negrillas fuera de texto].

27. El irrespeto al derecho al debido proceso, entonces, puede implicar vulnerar también los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica, por lo que

[5] Ver acta de audiencia de fundamentación del recurso de casación. Fs. 14-23

es deber de toda autoridad jurisdiccional, respetar estos derechos y verificar que hayan sido cumplidos en todas las causas puestas a su conocimiento, ya que solo así cumple su rol garantista constitucionalmente asignado.

28. Entre las garantías del debido proceso está el derecho a recurrir; que en nuestro sistema procesal penal se expresa a través del recurso de apelación, siendo aquel que permite la revisión íntegra de la sentencia tanto en cuestiones de hecho como de derecho.

29. Por otra parte, el recurso de casación no es instancia, ni grado, sino un medio de control de la legalidad de la decisión judicial (artículo 10 del COFJ), y mecanismo de tutela del derecho a la seguridad jurídica.

30. La observancia del trámite propio de cada procedimiento y del juez competente son garantías del debido proceso (Art. 76.3 CRE). En el ámbito de la administración de justicia, el trámite propio consiste en la regulación prevista en la ley que determina la estructura y orden del proceso; y, la competencia es la adscripción de la facultad de un órgano para conocer y resolver un asunto.

31. La Corte Constitucional ha señalado que esta norma determina que las: *"facultades jurisdiccionales estén reconocidas previamente en la ley, y en obediencia al trámite procesal correspondiente."* [6]; que: *"tutela […] una* ***dimensión objetiva,*** *atinente a la conservación de la estructura del proceso."*, precisando que se encuentran previstas en: *"normas adjetivas, en cuanto son aquellas las que regulan la forma en que las autoridades participan de la jurisdicción, y el trámite de los distintos procesos que dichas autoridades conocen"* [7], así como que permite: *"hacer previsible para las partes procesales la aplicación de la norma adjetiva"* [8].

32. La aplicación de las normas procesales está orientada a garantizar la regularidad y previsibilidad de la sustanciación del proceso judicial. El régimen de impugnación va delimitando el ámbito de debate procesal, así como la facultad de decisión del Juez.

33. Otra garantía del debido proceso es el derecho a recurrir el fallo (Art. 76.7.m CRE). Esta norma constitucional reconoce la posibilidad de cuestionar una decisión; no obstante, esto no significa que sea posible impugnar cualquier decisión o que el recurso verse sobre cualquier aspecto, ya que el derecho a recurrir es de libre configuración del legislador [9]. La jurisprudencia constitucional ha señalado que:

> […] [a]l igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En ese sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también por la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar" [10].

34. El trámite aplicable al recurso, la naturaleza y límites del medio de impugnación, así como el ámbito de decisión del órgano jurisdiccional se encuentran previsto en la ley.

5.3.- Reflexiones acerca del recurso de casación.–

35. La impugnación procesal [11], es un principio rector del sistema de justicia penal ecuatoriano, consagrado en la Constitución de la República, como una garantía básica del derecho al debido proceso [12]; y,

[6] Sentencia No. 2504-16-EP/21, de 5 de mayo de 2021.
[7] Sentencia No. 2706-16-EP/21, de 29 de septiembre de 2021.
[8] Sentencia No. 168-19-EP/21, de 16 de junio de 2021.
[9] Sentencias de la Corte Constitucional No. 003-10-SCN-CC, de 25 de febrero de 2010; No. 045-15-SEP-CC, de 25 de febrero de 2015; No. 1802-13-EP/19, de 20 de agosto de 2019, entre otras. También nos hemos pronunciado en ese sentido en el proceso No. 01283-2018-01637, sentencia de 7 de febrero del 2022.
[10] Sentencia No. 1741-14-EP/20, de 27 de mayo de 2020.
[11] Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 5; "Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: […] 6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código."*
[12] Ecuador, *Constitución de la República, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, Art. 76; "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."*

reconocido como un derecho humano en el artículo 8.2.h [13] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 14 [14] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

36. Siendo la impugnación procesal un derecho y considerando que el estado ecuatoriano es responsable de garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionales, así como una adecuada administración de justicia[15], los recursos constituyen mecanismos que buscan afianzar la tutela de derechos de los justiciables, con la finalidad de que se corrijan posibles errores de hecho o de derecho incurridos por los jueces de instancia, *habida cuenta*, que, debido al carácter de la naturaleza humana, la administración de justicia no es infalible.

37. El COIP en el título: "Impugnación y Recursos", prevé el recurso de casación, sin definir conceptualmente este medio de impugnación, no obstante, establece sus alcances y límites, que ya han sido señalados, esto es, que el debate en el recurso se circunscribe a errores de derecho en que se hubiese incurrido en la sentencia, pues así lo señala expresamente el artículo 656 *ibídem*, que dicta:

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

38. Sobre el recurso de casación autores como Claus Roxin, han establecido el objeto, la finalidad y limitación del recurso de casación, señalando que: *"La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control 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."* [16]

39. Por su parte, el tratadista Fernando de la Rúa esboza una definición de la casación en términos generales, de la siguiente manera: *"Medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin renvío o nuevo juicio."* [17]

40. En este contexto, podemos resaltar que el recurso de casación permite reafirmar la vigencia de la ley, la voluntad de la norma general y abstracta y la decisión de controversias conforme a ésta, porque asigna la decisión final sobre la cual sea esa voluntad de la ley a un órgano jurisdiccional especializado, que debe actuar en el plano estrictamente jurídico, sin descender a la problemática fáctica del caso en concreto[18].

41. La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 CRE [19]; referido *ut supra* es por ello que, en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación

---

[13] Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8; "Art. 8.- Garantías Judiciales […] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas […] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

[14] Organización de Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. art. 14, núm. 5: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley."*

[15] Ecuador, Constitución, art. 11; "Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. […] El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso"*

[16] Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, (Buenos Aires: Editores El Puerto, 2000), 466.

[17] Fernando De la Rúa, Teoría General del Proceso, (Buenos Aires: Depalma, 1996), 187

[18] Ibídem.

[19] La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado "… [que] *se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela…"* [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

de la normativa vigente al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

42. El recurso de casación como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley ya sea, por: **i)** contravención expresa de su texto; **ii)** indebida aplicación; y/o **iii)** errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

43. En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> (…) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** Error de pertinencia, referido por el artículo 349 *ejusdem*, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecua al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (…) [20]

44. De igual forma, respecto a la naturaleza del recurso de casación en materia penal, la Corte Constitucional ha establecido que es un recurso nomofiláctico, en la medida en que está destinado a revisar y reparar las violaciones a las normas que se hayan cometido en sentencias, sea porque se haya contravenido expresamente el texto de las normas, o porque haya una indebida aplicación o errónea interpretación de las mismas. En otras palabras, el recurso de casación penal tiene como finalidad hacer que sentencias contrarias a las normas (*contra legem*) pasen a guardar consonancia con las mismas (*secudum legem*) [21].

45. Así mismo, el máximo órgano de justicia constitucional ha indicado que el recurso de casación en materia penal es formal por las siguientes razones: (i) debe interponerse dentro un término tasado, so pena de ser rechazado por inoportuno; (ii) únicamente tienen legitimación para interponerlo los sujetos procesales enunciados por la legislación penal; (iii) no son admisibles los recursos de casación que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba; y en consecuencia, (iv) el objeto del recurso de casación penal es la sentencia en su calidad de acto jurisdiccional y no los méritos del caso[22].

46. En similar sentido, la jurisprudencia de esta Corte Nacional ha establecido que:

> [L]a casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad,

[20] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: **i)** contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; **ii)** indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, **iii)** errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

[21] Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 8-19- IN y acumulado 21, de 08 de diciembre de 2021.

[22] Ibídem.

igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que la casación se considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.[23]

47. En síntesis, el control de la función *nomofiláctica* corresponde al máximo órgano de administración de justicia ordinaria, en donde se enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no *secundum ius*. Para tal efecto, este recurso se puede interponer únicamente de acuerdo a las causales previstas de forma taxativa en el COIP, esto es, por contravenir expresamente el texto de la ley, por indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

5.4. Fundamentación del recurso de Casación.-

48. La fundamentación es un presupuesto esencial de la impugnación; y, comprende una cuestión de contenido que sirve de sustento a la pretensión de la parte recurrente; al ser formulado en audiencia es objeto de contradicción y delimita el ámbito de decisión o del control que debe ejercer esta Sala.

49. Debido a que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, para que sea posible dictar una sentencia de fondo, la parte recurrente debe exponer al menos lo siguiente: **(i)** Identificar la decisión impugnada; **(ii)** Señalar una norma sustantiva que considere violada por el fallo impugnado; **(iii)** Especificar la modalidad en que ha ocurrido la violación, teniendo presente que son autónomas; **(iv)** Expresar argumentos o razones orientadas a sustentar el error de derecho.

50. Esta Sala en decisiones precedentes, ha sostenido que no se fundamenta el recurso de casación al exponer discursos genéricos, argumentos confusos o realizar afirmaciones como que: "el error resulta evidente". El recurrente no puede limitarse únicamente a mencionar normas, por el contrario debe exponer una argumentación o razones tendientes a demostrar cómo se ha producido la infracción de derecho [24].

51. Para cumplir estos aspectos, el recurrente debe considerar la autonomía de las modalidades de error y la imposibilidad de plantear una misma cuestión de forma reiterativa, así como también observar los principios mínimos que rigen la casación en materia penal [25].

52. La inobservancia de estos aspectos conlleva a la imposibilidad de resolver el fondo del asunto, así como la desestimación del recurso de casación; dicho esto, hay que señalar que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y la fundamentación del mismo debe estar respaldado sobre una fundamentación que constituye un todo orgánico y coherente, lo que excluye la presentación de cargos contradictorios o de diversa naturaleza sin razonar respecto de su procedencia.

53. Por consiguiente, teniendo en consideración lo expresado por el abogado defensor del recurrente, así como la contradicción ejercida por Fiscalía General del Estado y la acusación particular, expondremos un análisis sobre el planteamiento del recurso de casación.

5.5.- Examen de casación.-

54. Con las consideraciones normativas expuestas en párrafos anteriores, el suscrito Tribunal de Casación, desde el rol de órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia -en el caso de haberlos-; procederá a despejar y a dar respuesta jurídica a las alegaciones casacionales planteadas por la defensa técnica del recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso y que constan precisados en los ordinales 16 y 19 de este fallo; de los cuales para resolver se considera lo siguiente:

5.5.1.- ACERCA DE LA ALEGACIÓN EN TORNO A NULIDAD CONSTITUCIONAL (FALTA DE MOTIVACIÓN)

55. Con relación a este reproche, sobre la falta de motivación en la sentencia impugnada, el suscrito Tribunal Casacional, parte por identificar de manera primigenia dos cuestiones a ser resueltas bajo una misma deficiencia motivacional propuesta por el recurrente y que se relacionan con la deficiencia motivacional de "INEXISTENCIA",

[23] Ecuador Corte Nacional de Justicia. Sentencia que pone fin al recurso de casación propuesto por Carlos Dávila Calderón, en Gaceta Judicial, Serie XVIII, número 14, año 2014, p.6077

[24] Procesos No. 09285-2018-01420, sentencia de 20 de mayo de 2022; No, 24281-2020-01276, sentencia de 24 de mayo de 2022; No. 15281-2018-00382, sentencia de 20 de junio de 2022, sentencia entre otras.

[25] Principio de autonomía, taxatividad, trascendencia y no debate de instancia.

en tanto y en cuanto -a su parecer- se observa ausencia absoluta de elementos argumentativos mínimos, lo cual se señala, constituye una insuficiencia radical.

56. Para fundamentar esta primera deficiencia motivacional, se menciona por una parte, que en el texto de la sentencia de segundo nivel se estableció entre sus argumentos que el delito de prevaricato fue cometido por el procesado por "motivaciones personales", sin que exista una explicación desarrollada que determine cuáles son dichas razones.

57. Por otro lado, bajo el mismo cargo de "INEXISTENCIA" de motivación, en una segunda parte, se plantea que en la sentencia reprochada se han mezclado dos tipos de dolo; se menciona que se aplica el dolo entendido como aquel que conociendo los elementos objetivos del tipo penal ejecuta voluntariamente una conducta, el cual constituye un dolo de segundo grado, el mismo que existe en la norma penal desde el 24 de diciembre de 2019, empero, se enfatiza que la sentencia es de marzo de 2019, de allí que, lo que debía demostrarse eral dolo de primer grado, es decir, el designio de causar daño, vigente para aquella época.

58. Para resolver estos dos enfoques argumentativos, esgrimidos dentro de una referida "INEXISTENCIA" de motivación-; cabe indicar, que la falta de motivación, no constituye per se un cargo casacional dispuesto en el artículo 656 del COIP -por más que se le dé la forma de contravención expresa del artículo 76.7,l) de la CRE. Sin embargo, para proceder con el examen, este Órgano Jurisdiccional de cierre, debe revisar de manera primigenia el pedido atinente a la motivación de la sentencia del Ad quem -como un requisito legal y constitucional de toda resolución de los poderes públicos. En este caso de las y los jueces- todo ello, con el objeto de analizar si efectivamente la sentencia, ahora recurrida, se encuentra o no motivada.

59. De esta forma, resulta menester, refiriéndonos a la motivación, citar la sentencia No 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, dictada por la Corte Constitucional, que considera como criterio rector, que la determinación de la motivación de las sentencias judiciales sea bajo un estándar de suficiencia fáctica y jurídica, por lo que, cuando se incumpla el criterio rector, la argumentación carecerá de suficiencia constitucional. Es decir, incurriría en insuficiencia constitucional, misma que podría ser de tres tipos: inexistencia motivacional, insuficiencia motivacional y apariencia motivacional.

60. La referida sentencia de la Corte Constitucional, ha ofrecido un compendio de los parámetros que sirven para el control de la motivación y se ha identificado los siguientes tipos de deficiencia motivacional: **i)** inexistencia; **ii)** insuficiencia; y, **iii)** apariencia, la cual, a su vez se concreta en los vicios motivacionales de: **iii.i)** incoherencia; **iii.ii)** inatinencia; **iii.iii)** incongruencia; y, **iii.iv)** incomprensibilidad.

61. Es así que, en el caso concreto, podemos dividir en una primera parte, lo que el procesado recurrente a través de su abogado defensor plantea, en cuanto a que existe la deficiencia motivacional de INEXISTENCIA, y que la misma se traduce en dos cuestiones a saber: la primera, que en la sentencia el Tribunal *Ad Quem* habría mencionado que la actuación del juzgador al momento de cometer el presunto delito de prevaricato, lo habría realizado por razones o motivaciones personales; y, la segunda, que del examen realizado a la conducta se ha verificado un dolo de segundo grado, lo cual no ha sido explicado en la sentencia.

62. Frente a los argumentos propuestos, es válido remitirnos al concepto dado por el propio máximo Organismo Constitucional, que dice que la inexistencia se presenta cuando la argumentación jurídica de la decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica.

63. En ese sentido, identificado este vicio motivacional por el recurrente casacionista, dice que su impugnación se refiere a que en una parte de la sentencia, no se ha explicado las razones por las que el Tribunal de Apelación establece dichas conclusiones.

64. Al respecto, se observa de manera preliminar, que no se presenta una impugnación que se encuentre dirigida al contenido íntegro de la sentencia. Es decir, no se plantea un argumento preciso que justifique que la supuesta inexistencia, en todo el desarrollo del análisis jurisdiccional, produce una vulneración de la garantía a la motivación. De allí que, de suyo, el reproche se convierte entonces en una mera inconformidad por la forma en que se ha redactado una parte del texto del fallo, cuando se refiriere puntualmente en una frase en cuanto a que el prevaricato se habría producido por "motivos personales" propias del agente infractor.

65. Ahora bien, más allá de la inconformidad planteada; este Tribunal, luego de la revisión de la sentencia impugnada, observa que a partir del acápite VII, numerales 7.1 (Aspectos constitucionales); 7.2 (Análisis de la prueba); 7.3 (Análisis

legal, jurídico y doctrinario del delito de prevaricato); y, 7.4 (Sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado), evidencia que de manera suficiente y adecuada se enuncian los hechos del caso, las normas o principios jurídicos en que se fundamentan, y se explica la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de dicho caso; para de esta manera, arribar a la conclusión de que existió la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado; lo cual, huelga resaltar, ha sido analizado a luz de la valoración probatoria. De allí que, el desarrollo de la motivación en el fallo *in examine*, comporta una adecuada y suficiente argumentación fáctica y normativa de conformidad con las sentencias 1158-17-EP/21 y 2706-16-EP/21 dictadas por la Corte Constitucional, desvirtuándose y/o respondiéndose así, también, todos los argumentos planteados por la defensa con ocasión del recurso de apelación.

66. Para concluir esta parte, es necesario mencionar que, sin duda, mostrar una inconformidad respecto de la redacción de ciertas líneas, frases y/o fragmentos aislados que son parte de la sentencia -que a juicio del recurrente no son desarrolladas in extenso- no enervan el razonamiento judicial y tampoco determina que se incurre en una deficiencia motivacional por inexistencia.

67. De ser cierto la afirmación planteada por la defensa del casacionista, incluso aquel reto en cuanto a: *"que encuentren una sola línea en la sentencia de motivación donde se hable de un motivo personal de [su] cliente, nunca se habla"*. Para resolver cada una de sus inconformidades se necesitaría de un ejercicio argumentativo por parte del juzgador, que amerite la explicación de cada uno de sus dichos y no de un análisis integral del caso partiendo de las premisas, fácticas, probatorias y normativas que permitan arribar a una conclusión o a la emisión del fallo condenatoria o absolutorio según corresponda.

68. Ahora bien, dentro de esta misma deficiencia motivacional de "INEXISTENCIA", el casacionista señala que se ha aplicado un dolo conocido por la dogmática como de segundo grado, que no se encontraba vigente al momento de dictar la sentencia, lo cual de plano constituirá una situación para la cual este Tribunal, tendría que imperiosamente entrar a realizar un nuevo examen de los hechos y del acervo probatorio, en definitiva, de los elementos dogmáticos del tipo penal, cual si se tratara de una etapa de juzgamiento en donde se realiza tal juicio de reproche y tipicidad a partir de las categorías dogmáticas, a partir-se reitera- de la revisión del relato fáctico y valoración del torrente de probanza, lo cual es perfectamente conocido por doctos y profanos del derecho, que se encuentra vedado en sede casacional conforme lo prescrito en el inciso segundo del artículo 656 del COIP.

69. Manteniendo el hilo conductor del análisis, en tanto el nudo central del tema a despejar estriba desde el paraguas de la motivación, e insistiendo, que resulta ser un deber ineludible para este Tribunal Casacional (Sala de Cierre), observar primigeniamente que la sentencia que llega por recurso extraordinario de casación hasta este Órgano Jurisdiccional se encuentra motivada, en tanto la obligación de todo juzgador en cualquier instancia, es la de motivar sus fallos, más aún cuando se están refiriendo sobre derechos de los ciudadanos, independientemente de quienes fueren o del tipo penal que se lleva a juzgar y, que los Jueces Nacionales tienen que resolver sobre aquello. De allí que, habrá que abstraerse al caso en concreto (in examine) y traído hasta sede casacional; y al analizar el fallo impugnado, es importante indicar que no es la cantidad de las líneas que refiere un Juzgador, sino la calidad y contenido de las mismas, tanto más que quien juzga tiene que observar irrestrictamente aquello de la garantía constitucional *in comento* (motivación). Toda vez que, se insiste, se trata de un derecho que tiene el ciudadano y es una obligación del administrador de justicia motivar los fallos, por supuesto, porque es una garantía constitucional y así se lo ha indicado en múltiples resoluciones e instancias, no solo la Corte Constitucional, sino también esta misma Corte Nacional de Justicia.

70. En este sentido, refiriéndonos a la motivación es evidente que la Corte Constitucional mantenía ciertos parámetros y con la jurisprudencia de sus sentencias ha ido evolucionando; empero, es mandatorio aclarar que, la motivación de las sentencias no es una exigencia constitucional que haya sido recién prevista con la Constitución de 2008. La garantía de la motivación nació con la fundación de la mismísima República del Ecuador, ya que la Carta Suprema de 1830 (la primera de nuestra historia), dispuso en su artículo 49 que todos los jueces tengan el deber de fundamentar sus fallos. Cuya idea ha seguido en Constituciones sub.

71. Ahora bien, la necesidad de que se explique el por qué un tribunal unipersonal o colegiado arribó a cierta resolución, es indispensable para un Estado con un modelo democrático, ya que la motivación justifica en derecho las causas y motivos de la decisión; de tal forma, se evita la arbitrariedad estatal en la administración de justicia.

72. Así, motivar no es más que el acto de empatar las normas legales precisas con los hechos y concluir, una vez analizados los mismos, en una respuesta que satisfaga la lógica jurídica y, de tal forma, que se realice justicia. En palabras simples, motivar es razonar.
73. La Corte Constitucional ha hecho un enorme esfuerzo en lo atinente a la motivación, pero las exigencias de la motivación varían según el tribunal constitucional que la estudie; cimentado, en su momento, fue el intento de la Corte Constitucional de convertir con su test a la motivación en algo más concreto y objetivo, con la que propuso tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad; básicamente referían, respectivamente, al correcto uso del derecho, coherencia entre las premisas y la conclusión, y la utilización de un lenguaje inteligible. Por otro lado, nuevas premisas fueron expuestas por la Corte Constitucional con la mentada sentencia número 1158-17-EP/21. Empero, fuera de la manera que se desee inteligenciar lo que es la motivación, no queda a discusión sus efectos jurídicos: el artículo 76.7,l) de la Norma *Normarum* señala muy concretamente que los fallos que no se encuentren debidamente motivados son nulos; la nulidad constitucional no es más que la invalidez del acto jurídico por no acatar los requisitos instados por la ley suprema en la garantía normativa referida; es decir, que se enuncien las normas o principios jurídicos y su pertinencia a los hechos.
74. Es así que tomando en cuenta todos estos criterios rectores que tienen que regir y tienen que ser observados por los Juzgadores respecto a que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, referente a los estándares que precisa la línea constitucional; obviamente se tienen que observar los principios que rigen a la misma, a partir de la suficiencia y la pertinencia; y desde esa línea, sin perder el horizonte ni divagar en frases, líneas e incluso pasajes del fallo, podemos observar que en la sentencia que nos ocupa. El Tribunal de Apelación si analiza los hechos y la conducta que fueron materia de juzgamiento, lo cual se encuentra explicado dentro del acápite VII del fallo, por lo que, la afirmación del casacionista en cuanto a que hay "INEXISTENCIA motivacional" dentro de la sentencia ahora reprochada, no se sustenta sobre una base que permita concluir que se incurrió en la misma, más aún si consideramos que esta ocurre, cuando de forma total no existe fundamentación fáctica y normativa.
75. Dicho aquello, esta Sala observa en la sentencia del Tribunal de Apelación la existencia de argumentación y/o análisis respecto de los puntos de apelación; debiendo reparar e insistir, además, que el *Ad Quem*, al motivar su fallo, explicó la pertinencia de las normas, acorde también con los elementos fácticos, otorgó respuestas jurídicas a cada una de las pretensiones de los sujetos procesales, las cuales, a su vez, están relacionados con el plexo probatorio y la norma jurídica aplicable. En este contexto, siendo así, como quedó ya señalado, la motivación de la decisión impugnada en el caso *in examine* garantizó a los sujetos procesales, que no existan errores conceptuales de estructura, evitando así la arbitrariedad, decisiones contrarias, errores de lógica jurídica y el actuar no razonado de los administradores de justicia.
76. Por otro lado, bajo las consideraciones ya precisadas, pretender de forma aislada y conceptual un análisis del dolo, se constituye en un planteamiento de revisión de los hechos y un cuestionamiento a la valoración de una de las categorías dogmáticas de la tipicidad, realizadas por los Tribunales de Juicio y de Apelación, lo cual finalmente subyace a la graduación del conocimiento de la acción y de la ejecución querida por el infractor así como de las consecuencias, por lo que un nuevo debate al respecto rebasaría las competencias de esta Alta Corte, al momento de resolver el recurso de casación.
77. Como primer corolario, hasta el momento, del análisis realizado frente a las cuestiones planteadas por el recurrente a través de su abogado defensor, es necesario precisar que el legislador prescribió en el inciso segundo del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial que la casación no constituye instancia ni grado en los procesos; per se, prolongar el debate de instancia en esta sede, resulta improcedente.
78. Como un segundo enfoque, empero bajo la misma arista de la motivación; el casacionista a través de su abogado defensor plantea en conjunto las deficiencias motivacionales de: "APARIENCIA" e "INSUFICIENCIA", bajo un mismo argumento el cual se dice tiene relación sobre la afectación al bien jurídico, para lo cual arguye sustentarse en la sentencia de la Corte Constitucional No 2231-22-JP/23 (párrafo 135.1) que indica que para determinar la existencia y eventual responsabilidad por el delito de prevaricato será necesario verificar que la violación a la norma expresa efectivamente afectó a este bien jurídico protegido como una gravedad tal, que justifique activar el aparato punitivo del Estado; sin que esto pueda derivarse de cualquier tipo de incumplimiento normativo. Es decir, que si se considerará que la interpretación

no es la correcta y no existe dolo, en realidad estamos ante un tema que es culposo y por lo tanto la misma Corte dice tiene que ser realmente grave para aplicar el Derecho Penal y no otra rama del Derecho.

79. Al remitirnos al argumento central expuesto, la Corte Constitucional, dentro de la sentencia traída a colación por el mismo casacionista, en su párrafo 135.1 menciona que: *"el delito de prevaricato es un delito de resultado, por lo que su configuración requiere la lesión del bien jurídico protegido, que es la tutela judicial efectiva de los derechos a través de la correcta administración de justicia".* Continúa esta parte de la sentencia, indicando que: *"para determinar la existencia y eventual responsabilidad por el delito de prevaricato, será necesario verificar que la violación a la norma expresa efectivamente afectó a este bien jurídico protegido con una gravedad tal que justifique el aparato punitivo del Estado, sin que esto pueda predicarse de cualquier tipo de incumplimiento normativo".*

80. Bajo esta línea, la Sala Casacional observa que el análisis realizado por el Tribunal de Apelación, en el fallo ahora reprochado, sí desarrolla un ejercicio de subsunción de los elementos del tipo penal, en lo que respecta a la lesión del bien jurídico protegido, la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, por lo que el argumento presentado sobre deficiencias motivacionales de apariencia e insuficiencia, nuevamente, se traducen en meras inconformidades sobre la motivación de la sentencia.

81. Finalmente, cabe reiterar, que esta Alta Corte una vez revisada la sentencia impugnada, ha podido determinar que no solo en el numeral 7.4 (identificado por el casacionista), sino en todo el fallo mismo, si existe un pronunciamiento expreso del *Ad Quem* sobre los problemas jurídicos relevantes planteados por los sujetos procesales con ocasión del recurso de apelación. De tal suerte que los reproches planteados ahora por el casacionista bajo la alegación en cuanto a la motivación, no resultan procedentes, como ya se ha explicado anteriormente. De allí que, por estas razones, no es factible continuar extendiendo el debate de instancia a través del recurso de casación, ya que ello conllevaría un análisis de los hechos y los elementos de prueba aportados en la etapa de juzgamiento.

82. Superado que ha sido el análisis de la motivación de la sentencia impugnada, este Tribunal puede continuar con el examen del cargo casacional expuesto en la audiencia de fundamentación del recurso de casación de la siguiente forma:

5.5.2.- CON RELACIÓN AL CARGO CASACIONAL DE INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 268 DEL COIP.-

83. El recurrente casacionista luego de referir sumariamente a los hechos que fueron materia de juzgamiento, procedió a plantear el cargo casacional que reprocha, siendo este, el de la indebida aplicación del artículo 268 del COIP y que en su lugar se debieron haber aplicado los artículos: 5 numeral 4 del COIP, en concordancia con el artículo 76 numeral 2 de la Constitución (presunción de inocencia); y, el artículo 5 numeral 3 del COIP (duda a favor del reo).

84. Indica que, el delito prevaricato se da por dos modalidades: La primera, cuando se "falla" contra norma expresa; y, la segunda cuando se "procede" contra norma expresa, siendo estas las que se refutaron que fueron cometidas por el procesado, por tal motivo ataca estas modalidades explicando, a su entender, por qué no se configuran los elementos normativos del tipo penal, para ello se remite una vez más al numeral 7.4 de la sentencia de segundo nivel.

85. Previo a despejar el cargo casacional señalado, cabe reparar que el mismo versa en el yerro de derecho conocido como "error de pertinencia", referido por el artículo 656 COIP como indebida aplicación de la ley, el cual se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica por probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta. De allí que el presente error *in iure* 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 (relato fáctico y presupuesto normativo); 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.

86. Una vez que ha quedado establecido cuando prospera el error *in iure* que nos ocupa ahora su despeje; corresponde examinar el plexo argumentativo planteado; así:

87. En cuanto a aquello de que hay indebida aplicación del artículo 268 COIP (delito de prevaricato), en el marco de la primera modalidad de fallar contra ley expresa; se dice: que en la sentencia se ha señalado dos normas que se encuentran establecidas en los artículos 100 y 101 del COGEP, esto es, la inmutabilidad de la sentencia y la sentencia ejecutoriada; que son normas subsidiarias al COIP, siendo estas reglas de competencia que no obligan a los Jueces de Garantías Penitenciarias, quienes tienen sus

propias reglas de competencia, ya que si bien no puede realizar un nuevo análisis de fondo, lo que analiza es la aplicación del principio de favorabilidad.

88. La defensa del casacionista menciona, además, que las normas que ampararon la actuación del procesado Javier Vicente López Vintimilla, son: Por un lado, la dispuesta en el artículo 230 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, que regulan las competencias de los jueces de garantías penitenciarias, por lo que considera que sus actuaciones sí estaban habilitadas por la ley. Y, de igual forma, señala, que el penúltimo inciso del artículo 667 del COIP, habilita al juez de garantías penales, no a cambiar la decisión, sino a cambiar el cómputo de la pena.

89. Con relación a esta primera parte argumentada por el recurrente casacionista, evidencia -tal como ocurrió al despejar el primer reproche sobre la falta de motivación- que se intenta realizar un nuevo debate de instancia en torno a cuestiones que corresponden a la etapa de juzgamiento y sede de apelación, lo cual amerita un examen de hechos y de valoración probatoria, que se reitera, no le corresponde esta Alta Corte.

90. No obstante aquello, y que de manera liminar de suyo ya determinaría lo improcedente del reproche, empero, este Tribunal Casacional considera, dada la altura del debate y profundidad de los temas planteados, que es una obligación del suscrito Órgano Jurisdiccional (Sala de Cierre) dar respuesta a los argumentos relevantes planteados para que exista una debida motivación de la resolución y sobre todo una respuesta jurídica a las partes procesales y el foro general, como bien lo han exigido con ocasión de este recurso extra-ordinario.

91. Bajo dicha óptica, en el caso concreto, y sin pretender la revisión de hechos, ni alterar el relato fáctico que hasta esta sede ya llega fijado y dado como probado, se observa que el proceso penal "originario" dentro del cual se emitieran las decisiones que posteriormente fueron acusadas por el delito de prevaricato y que ahora es la causa que nos ocupa; se dan en el marco de una sentencia condenatoria ejecutoriada por el cometimiento del delito de asesinato, la cual finalmente fue revisada por un Juez de Garantías Penitenciarias.

92. Contextualizado así el tema nuclear del problema jurídico que se plantea, corresponde detenerse en el marco jurídico penal (COIP), ora en cuanto al proceso penal mismo (libro II procedimiento y sobre todo el libro III de la ejecución); ora, pasando por temas como, competencia y normas subsidiarias.

93. Al respecto, el COIP en su disposición general primera establece que, en lo no previsto en este Código, se deberá aplicar el Código de Procedimiento Civil (hoy COGEP) y el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio.

94. En tal sentido si nos remitimos, al artículo 230 del COFJ, señala que los Jueces de Garantías Penitenciarias tendrán competencia para la sustanciación de derechos y garantías de personas privadas de libertad **"con sentencia condenatoria"**; en las siguientes situaciones jurídicas: ***"9. Conocer y resolver la situación jurídica de las personas privadas de la libertad cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna.".***

95. Por su parte, la norma penal en el inciso penúltimo del artículo 667 COIP, faculta al Juez de Garantías Penitenciarias a realizar el **"cómputo"**, el mismo que puede ser reformado cuando se compruebe un error o nuevas circunstancias que lo ameriten.

96. De las normas referidas, se puede determinar que si bien es cierto, el Juez de Garantías Penitenciarias dentro de su competencia puede resolver sobre el principio de favorabilidad (promulgación de una ley más benigna) y reformar el cómputo de la pena. Sin embargo, no es menos cierto, que estos presupuestos -en el caso concreto- no se presentaron, es decir, no existieron, en *strictu sensu,* circunstancias que permitan concluir que se debía aplicar dicho principio, ya que se realizó un análisis totalmente alejado para tal finalidad, como así consta explicado en la sentencia de apelación del referido proceso, por lo que tampoco correspondía un cómputo modificatorio de la pena.

97. En definitiva, el alcance de la competencia que tiene el Juez de Garantías Penitenciarias para resolver sobre el **"cómputo"** de la pena, no permite desnaturalizar los hechos que fueron materia del proceso penal de origen, ni encuadrarlos en otro tipo penal, bajo un mínimo razonamiento, más aún, cuando dicho tipo penal no fue derogado del catálogo de infracciones penales vigentes.

98. De su parte, cabe reparar que: el **"Principio de Favorabilidad"** en términos generales se trata de un postulado que se encuentra contenido en el artículo 76.5 CRE, el cual se encontraba ya consagrado en el artículo 2 del Código Penal (CP)-cuerpo legal actualmente derogado-, y que sigue vigente en el COIP en los artículos 5.2 y 16.2. Es así que, como efecto de aplicación de este principio en el proceso penal, la norma utilizada para **"juzgar"** a un procesado siempre debe ser la que más convenga a su situación jurídica (principio del *indubio pro reo*).

99. Es por ello que -bajo el contexto precisado-, en el ámbito de los **"tipos penales"**, si una conducta fue cometida con la vigencia de una normativa (Art. 450 CP–asesinato-) que actualmente se encuentra derogada, se debe considerar si las disposiciones jurídicas que resultan aplicables en la actualidad todavía la consideran ilícita. En este sentido, lo primero que debe hacer el Juzgador (tanto aquel de instancia mientras el proceso se halle en trámite, como encontrándose en recurso extraordinario de revisión, con proceso ya ejecutoriado; e, incluso en ejecución, Juez de Garantías Penitenciarias) es determinar si la totalidad de la conducta imputada por la acusación oficial (FGE) –y en este caso acusada y sentenciada- que en un inicio se encontraba contenida en el CP, por el tiempo del cometimiento de los hechos, sigue encontrándose tipificada en el COIP.

100. Ahora, retomando la cabal conceptualización y/o compresión del **"principio de favorabilidad"**, se debe señalar que éste, es también conocido como ley posterior más benigna, que sobreviene del principio de legalidad, debido a dos causas: la primera, **por inclusión,** ya que se requiere de una ley para que una acción sea considerada como delito; y, la segunda, **por exclusión**, debido a que, si una nueva ley modifica o extingue la acción y la pena, todo lo que deje de tipificarse como supuesto de hecho y penas deja de ser punible.

101. Cabe reparar que, por regla general las leyes penales por su ámbito temporal, rigen para lo posterior a su promulgación y vigencia. Es decir, que solo se aplican a los hechos cometidos durante su periodo de vigencia, es lo que se conoce como el **"principio de irretroactividad"** de la ley, cuyo fundamento está basado en: el **"principio de legalidad"**, que exige la determinación de la infracción y pena en una ley previa; la garantía de la **"seguridad jurídica"**, entendida como el derecho a saber lo que está prohibido penalmente y la pena con la que se conmina, ya que si las leyes penales fueran retroactivas no se cumpliría la finalidad de prevención de la ley, dado que no se tendría conocimiento previo de lo prohibido, y difícilmente puede motivar lo que no se conoce.[26]

102. Como excepción a la prohibición de aplicación retroactiva, la Constitución, los Códigos Penal y de Procedimiento Penal; y, el COIP, disponen aplicar retroactivamente cuando las nuevas leyes resulten beneficiosas o favorables para el reo, así tenemos:

Artículo 76.5 de la CRE, dispone que: *"En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora".*

Artículo 2 del CP, en su parte pertinente señalaba que: *"En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque existe sentencia ejecutoriada".*

Artículo 2 del CPP, en lo pertinente disponía que: *"…En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas de procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores".*

Artículo 5.2 del COIP, dice que: *"…**Favorabilidad:** en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción".*

Artículo 16.2 del COIP, dispone que: *"…Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia".*

103. Del texto de las normas constitucionales y legales trascritas, se evidencia que el **"principio de favorabilidad"** tiene su fundamento en el principio *favor rei* [27] de las normas sustantiva, adjetiva y

[26] GÓMEZ RIVERO, María. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, Editorial Tecnos, España, 2010, pág. 88-89

[27] PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Memorias Prevención del Delito y Derecho Penal, Principios Fundamentales del Proceso Penal, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, Quito, 2013. "Este principio general del proceso penal, tiene que ver con la protección que la Constitución, los principios generales del derecho, la ley, la jurisprudencia y la equidad, brindan a la persona contra la cual se dirige la intervención del Estado debido a que real o presuntamente ha cometido un delito.*
Se enuncia diciendo que dentro del proceso penal, y más allá, en caso de tensión entre los intereses del imputado, indiciado, sindicado, procesado, acusado o condenado, y lo intereses generales y abstractos de la sociedad, o las pretensiones punitivas del Estado, siempre prevalecen los de aquel".

de ejecución de la pena. De igual manera, conforme quedó referido *supra*, el **"principio de legalidad"**, de su parte, sirve para la construcción de la norma penal, que a su vez está compuesta de dos elementos: un supuesto de hecho o caso hipotético (donde se definen las conductas delictivas) y, una consecuencia jurídica, que está dada por una pena, una medida de seguridad o una pena y una medida de seguridad.

104. De otra parte, cabe señalar que *"…La retroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, una lógica consecuencia de su fundamento..."* [28]. En tanto el principio de legalidad tiene como objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona; de allí que, una ley más favorable no es una ley abusiva; por el contrario, significa el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad; luego, la retroactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad, antes lo afirma.

105. En concordancia con lo indicado, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto al principio de legalidad y retroactividad de la ley, al resolver:

> (…) Por su parte, el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra contemplado en el artículo 9 *in fine* de la Convención, al indicar que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello. Dicha norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.
>
> En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto aquella que establece una pena menor respeto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. **Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.**
>
> De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad**, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.**
>
> Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, **si a una situación son aplicables dos normas distintas, "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"** (…)[29]. [negrillas y subrayado fuera de texto]

106. Ahora bien, la ley favorable es aquella que, respecto de otra u otras, o combinadas con otra u otras, aplicada al caso concreto, mejora de cualquier forma la situación del imputado. A la determinación de la ley más benigna se llega por varias vías, fundamentalmente las siguientes:

> *(…)* ***i. Ultractividad,*** *que consiste en dar vida a una ley derogada o declarada inexequible, aplicándola hacia el futuro, hacia delante.* ***ii. Retroactividad.*** *Lo contrario. Surgida una nueva ley, se debe aplicar con efectos hacia el pasado, hacia atrás.* ***iii. Ley intermedia.*** *Quiere decir que aquella ley que independientemente del momento de la comisión del hecho y del momento en que va a ser proferida la sentencia, puede ser aplicable al asunto concreto, siempre que haya regido entre esos dos extremos. iv. Combinación,*

[28] RAMÍREZ BUSTOS, Juan. *Derecho Penal*, Parte General, Volumen II, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2008, p 520

[29] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia 31 de agosto de 2004. Ricardo Canese vs Paraguay. Párr. 178 a 181.

conjunción o conjugación de leyes -lex tertia-. Significa que de una o varias leyes puede ser tomado aquello que beneficie al procesado y simultáneamente desechado aquello que lo perjudica. Es una forma de integración de disposiciones. [30]
[negrillas fuera de texto]

107. La Disposición Transitoria Primera del COIP, dispone: *"Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código".*

108. Conforme quedó indicado, el artículo 5.2 del COIP, señala el **"principio de favorabilidad"** y de su parte el artículo 16.2 *ejusdem*, hace referencia a la aplicación de las leyes penales menos rigurosas en general (sustantivas, de procedimiento y de ejecución de la pena). Es así que, dicho **"principio"** se aplica también en "normas sustantivas", como bien lo dispone el inciso final del artículo 2 del CP, que refiere a todas las leyes posteriores: *"…sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada".*

109. Precisado que ha quedado lo que constituye el principio de favorabilidad sobre todo su irrestricta aplicación, ya sea desde el marco de la ultractividad, retroactividad, ley intermedia; y/o, combinación o conjugación de leyes; retomando el hilo conductor del análisis en cuanto al marco que nos ocupa y dado el caso *in examine,* en donde se tiene: por un lado, una sentencia dentro de un proceso penal ejecutoriado que condena por el delito de **"asesinato"** tipificado en el **art. 450 CP**; y, por otro, una resolución dentro de un proceso de ejecución (garantías penitenciarias) que aplica el delito de **"extralimitación en la ejecución de un acto servicio"** tipificado en el art. **293 COIP.**

110. Ahondando en el **"principio de favorabilidad"**, se debe reparar que aquel se aplica en las siguientes hipótesis: **(i)** cuando existen dos normas o interpretaciones aplicables a un caso; **(ii)** cuando con posterioridad a la comisión del delito o a la emisión de una sentencia, el sistema jurídico dispone la imposición de una norma o interpretación más favorable. En cualquiera de las dos hipótesis, hay que aplicar aquella norma o interpretación que más favorezca efectivamente el ejercicio de derechos y la persona condenada necesariamente debe beneficiarse de la nueva disposición jurídica.

111. En ese sentido, se evidencia –en principio- que el Juez de Garantía Penitenciarias, si podría aplicar favorabilidad entre diferentes tipos penales, siempre y cuando los hechos sean los mismos y se encuadren en el mismo tipo penal.

112. Por lo tanto, en razón de lo expuesto y para discernir completamente el caso que nos ocupa, corresponde determinar: si el cambio de tipo penal establecido en el artículo 450 numerales 1, 4, 5 del Código Penal que determinaba que: *"(…) Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1.- Con alevosía; …4.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; …5.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; (…)"; correspondía o no a que sea cambiado por el tipo penal establecido en el artículo 293 del COIP, que determina: "Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio.- La o el servidor de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o seguridad penitenciaria que se extralimite en la ejecución de un acto del servicio, sin observar el uso progresivo o racional de la fuerza, en los casos que deba utilizarla y que como consecuencia de ello, produzca lesiones a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad que corresponda, según las reglas de lesiones, con el incremento de un tercio de la pena. [-sic-] Si como consecuencia de la inobservancia del uso progresivo o racional de la fuerza se produce la muerte de una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de diez a trece años."*

113. En razón de lo antes expuesto, no se debe perder de vista que el COIP, determina también en su artículo 140, al delito de asesinato, señalando que: *"Asesinato.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las*

[30] PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, Ob. Cit., p. 184. Actualmente existen criterios divididos: por un lado, se dice que combinar normas, es "crear" leyes, facultad exclusiva del legislador y no del juez; y, por otro lado, cuando el juez combina normas no "crea" otra, "integra" disposiciones. Y la "integración" es plenamente válida como una forma de hacer hermenéutica jurídica.

siguientes circunstancias:… 2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación…6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima. (…)"

114. Por lo tanto, se evidencia que el **"principio de favorabilidad"**, de lo cual se ha ahondado *in extenso* y que en términos de la Corte Constitucional consiste en que: *"cuando una nueva ley penal contiene previsiones más favorables, se aplicará, incluso, a los hecho ocurridos con anterioridad a su vigencia"*. Es decir que: *"si con posterioridad a la comisión del delito o a la emisión de una sentencia, la legislación dispone la imposición de una pena más leve, el condenado necesariamente debe beneficiarse de ello"*. De allí que, por lo tanto, debe entenderse como ley penal más favorable a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos y a aquella que despenaliza una conducta anteriormente considerada como delito.

115. En ese sentido, se puede concluir que, en el caso que nos ocupa y en el marco del problema jurídico planteado, en efecto existió una **"indebida aplicación del principio de favorabilidad"**, por parte del Juzgador de Garantías Penitenciarias-ahora procesado y recurrente-. Toda vez que, el tipo penal de asesinato ha subsistido en el tiempo, tal es así que inclusive las circunstancias constitutivas propias del tipo penal contempladas en el artículo 450, numerales 1, 4 y 5 del Código Penal, se mantienen en el artículo 140 numeral 1 y 2 del COIP, dando como resultado que la norma más beneficiosa sea el tipo penal contemplado en el artículo 450 numerales 1,4,5 del Código Penal, tomando en consideración que este tiene una pena privativa de libertad de dieciséis a veinticinco años, mientras que en el artículo 140, del COIP tiene una pena de veintidós a veintiséis años.

116. Es así que, se evidencia a las claras, que el Juez de Garantías Penitenciarias de la Unidad Judicial de Portoviejo, al dictar la "resolución" dentro del caso No 13283-2019-0213, en la que acogió la solicitud de aplicación de favorabilidad, modificando la pena de 25 años por el delito de asesinato tipificado en el Art. 450 numerales 1,4,5 del Código Penal y en su lugar impone la pena de 13 años por el delito contemplado en el artículo 293 del COIP, extralimitación en la ejecución de un acto de servicio; **aplicó de manera indebida el principio de favorabilidad.**

117. Dejando sentado aquello, corresponde ahora, dado los argumentos vertidos por la defensa técnica del casacionista, realizar el abordaje de aquello relacionado con las normas del COGEP (arts. 100 y 101). Sobre dicha base, se debe precisar que siendo norma supletoria el referido cuerpo legal, la aplicación de los artículos 100 y 101, si resultan compatibles con el sistema penal acusatorio, ya que la sentencia no puede ser modificada, es irrevocable y para determinar su alcance deberá tomarse en cuenta la motivación de la misma. Por lo tanto, una vez más, la aplicación del **"principio de favorabilidad"** exige también un ejercicio argumentativo suficientemente motivado, por lo que, los Jueces de Garantías Penitenciarias deben identificar todas las cuestiones y razones válidas, para que, de esta manera, su concesión se funde en premisas que justifican plenamente la factibilidad de modificar el cómputo de la pena.

118. Continuando con el análisis, el casacionista refiriéndose a la misma modalidad del prevaricato de **"fallar contra norma expresa"**, menciona que no se ha configurado un perjuicio a una de las partes, ya que en la audiencia que se concedió el principio de favorabilidad a uno de los beneficiarios, tanto Fiscalía como la acusación particular o víctimas indirectas no se opusieron, más aún cuando si se considera la sentencia No 768-15-EP/20 de la Corte Constitucional que determina que la Fiscalía es quien tiene la pretensión punitiva. Por lo que, a su decir, no se configura el elemento normativo de fallar contra ley expresa en perjuicio de las partes.

119. Frente a esta alegación, más allá de que se mantiene bajo la misma esfera de pretender provocar nuevamente un análisis de los hechos que ya fueron conocidos en instancia; la misma carece de sustento y/o se desvanece, pues, si nos concretamos en que dentro del proceso penal originario (el de asesinato) existió el reconocimiento y reparación a las víctimas (acusadores particulares) dentro de la sentencia condenatoria. De allí que, aun en el caso de que no haya existido oposición en la fase de ejecución de la pena, lo que se analizó a la final –y aquello en el caso que ahora nos ocupa y que llegara hasta esta sede casacional- es la conducta del Juez de Garantías Penitenciarias y sus consecuencias dentro de la administración de justicia, de ahí que no corresponde un examen de acciones u omisiones de terceros.

120. Es así que respondidos y/o desvanecidos que han quedado aquellos argumentos en torno a la indebida aplicación del artículo 268 COIP (delito de prevaricato), en el marco de la primera modalidad de fallar contra ley expresa; corresponde ahora despejar el segundo enfoque argumentativo, con relación a su reproche casacional; esto es:

121. En cuanto a aquello de que hay indebida aplicación del artículo 268 COIP (delito de prevaricato), en el marco de la segunda modalidad de proceder contra ley expresa; y que a decir de la defensa técnica del casacionista, conforme la sentencia impugnada son las normas prescritas en los artículos 666 (regla de competencia) y 670 (trámite) del COIP; y, artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial (competencia), las mismas, dice, que no tienen una prohibición y tampoco un mandato.

122. Es así que, al adentrarnos en el marco del enfoque del problema jurídico planteado, y en aras de responder al mismo, cabe partir de señalar que:

123. En razón de las normas referidas, precisamente se determina que la competencia para la ejecución de las penas privativas y no privativas de la libertad corresponde a las y los Jueces de Garantías Penitenciarias, conforme así claramente se encuentra establecido en el Libro III del Código Orgánico Integral Penal, artículo 666 y siguientes. Normativa que preceptúa que la ejecución de penas y medidas cautelares corresponderá al Organismo Técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los Jueces de Garantías Penitenciarias.

124. Por lo tanto, no queda en discusión de si el Juez de Garantías Penitenciarias podía o no conocer el **"pedido de favorabilidad"**; sino más bien, lo que queda en evidencia es que el trámite realizado por parte del referido juzgador –al ahora procesado casacionista- no se lo efectuó conforme lo descrito en el artículo 563 del COIP, más aun cuando ***los incidentes relativos a la ejecución de la pena son orales y públicos, para lo cual se dispone la obligatoriedad de notificar a las partes.***

125. Evidenciándose que existió una omisión de trámite y una interpretación extensiva de la norma que buscaba beneficiar a los sentenciados que cumplían la pena; toda vez que, conforme incluso así lo reconoció –y se saluda aquello- la propia defensa en un cabal ejercicio de honestidad profesional y sobre todo lealtad procesal, señaló que en efecto se extendió el **"beneficio"** a otros sentenciados sin convocar audiencia y sin tener competencia respecto de las demás personas privadas de la libertad tomando en consideración que estas se encontraban en la ciudad de Quito.

126. Es por ello que, de manera general, si nos remitimos a normas de competencia y de trámite, cabe reparar que aquellas no resultan ser meros permisos, sino, por el contrario, revisten una trascendencia mayor, en tanto restringen los actos hacia quien van dirigidos, a fin de que bajo ciertas circunstancias tengan validez; por lo tanto, en su mismo contenido se entiende las propiedades del sujeto y las propiedades de los actos en su carácter mandatorio, prohibitivo o permisivo.

127. Ahora bien, en el contexto y planteamiento que nos ocupa, si bien es cierto que el recurrente casacionista por intermedio de su defensa técnica, plantea **"interpretaciones posibles"** sobre las normas acusadas; no es menos cierto que este Tribunal de Casación, en cabal ejercicio de su rol de Órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia –obviamente en el caso de haberlos- al despejar y dar respuesta jurídica a las alegaciones casacionales esbozadas, no encuentra un planteamiento sobre dudas interpretativas plausibles. Por el contrario, se avizora que el tema nuclear pasa por la existencia de obligaciones claras para los Jueces de Garantías Penitenciarias.

128. Siendo así, ni siquiera haciendo un mayor esfuerzo interpretativo, como lo plantea el casacionista, trayendo como ejemplo lo que dispone el artículo 652, numeral 5 del COIP y un fallo dictado por esta Alta Corte dentro de la causa No 02281-2016-00074, permite asimilar que sea posible que en la fase de ejecución de la pena, se considere que los beneficios de un sentenciado sean extensivos automáticamente a otros sentenciados, ya que tal situación señalada comporta la aplicabilidad dentro de las reglas de impugnación y no de la resolución de los incidentes relativos a la ejecución de la pena.

129. Por lo tanto, sobre la base de lo que queda analizado, se desvanecen también aquellos argumentos en torno a la indebida aplicación del artículo 268 COIP (delito de prevaricato), en el marco de la segunda modalidad de proceder contra ley expresa.

130. Finalmente, este Tribunal de Casación, dejando sentado una vez más la altura del debate y el respeto a la lealtad y profesionalismo con que sea han defendido las tesis tanto de parte y contraparte, dada a su vez, la profundidad de los problemas jurídicos traídos hasta esta esta sede casacional; y las respuestas motivadas y sustentadas que ha dejado sentadas esta Sala de Cierre, con la luz del derecho y la aplicación normativa (cobertura legal). Empero, considera necesario reiterar en aquello que ya en innúmeras resoluciones se ha determinado, en cuanto que la casación debe interponerse únicamente con base y por

los motivos previstos en el artículo 656 COIP; pues no cualquier clase de "inconformidad" con la sentencia es susceptible de ser recurrida por esta vía; ya que debe quedar claro que la naturaleza y/o esencia de este recurso, es corregir los errores, que al momento de aplicar el derecho, cometen los juzgadores de instancia, y los parámetros para fijar la existencia, de dicho error, vienen dados por el indicado artículo y sobre todo por el carácter extraordinario y técnico de este medio de impugnación.

131. Bajo las consideraciones expuestas, este Tribunal de Casación establece que los argumentos propuestos por el recurrente, no comportan que la sentencia impugnada dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, haya incurrido en indebida aplicación del artículo 268 del COIP, por lo que se declara su improcedencia.

132. Finalmente, es menester también hablar sobre la facultad oficiosa en sede de casación; la misma que se activa siempre y cuando los jueces se cercioren de que la sentencia de segundo grado ha transgredido la ley, en el caso que nos ocupa, al no observarse hecho atentatorio alguno hacia la ley, imposiblemente se podría actuar por iniciativa exclusiva de este tribunal en cuanto a la casación.

VI. DE LA RESOLUCIÓN

A la luz de todo lo que queda desarrollado, 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"**, al amparo de los artículos: 76, numeral 7, literal l) CRE; y, 656 y 657.5 del COIP, resuelve por unanimidad:

6.1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el procesado recurrente Javier Vicente López Vintimilla, al no haberse observado su procedencia de falta de motivación, ni tampoco el cargo de indebida aplicación de la ley.

6.2.- Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. JULIO CÉSAR INGA YANZA **JUEZ NACIONAL (e) PONENTE** DR. PABLO LOAYZA ORTEGA **CONJUEZ NACIONAL (e)** DR. DIEGO GORDILLO CEVALLOS **CONJUEZ NACIONAL (e)**

Resumen de fácil comprensión

El Tribunal de Apelación (fuero) de la Sala Especializada de lo Penal, Penal, Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, mediante sentencia de 05 de julio de 2023, a las 14h20, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el procesado JAVIER VICENTE LÓPEZ VINTIMILLA, en consecuencia ratificó en todas sus partes la sentencia condenatoria subida en grado dictada en su contra. Por tal razón, el mismo interpuso recurso de casación. La presente sentencia, establece que la alegación de falta de motivación de la sentencia y el cargo casacional de indebida aplicación del artículo 268 del COIP, son improcedentes. Finalmente, no existen motivos para que en el presente caso se active la facultad oficiosa del artículo 657.6 COIP

VI

Juicio Nro. 08256-2019-00205
Fecha: miercoles 9 de octubre del 2024, las 15h50
Jueza Ponente: Dra. Mercedes Jhoana Caicedo Aldaz

TEMA

Improcedencia del recurso de casación por falta de fundamentación del error de derecho.

SÍNTESIS

El recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación que exige la identificación precisa del error jurídico atribuido a la sentencia recurrida; cuando el recurrente no señala la norma infringida ni demuestra la incidencia del error en la decisión, el recurso deviene improcedente. En recurso de casación interpuesto contra una sentencia condenatoria, la sala Penal de la Corte Nacional examinó si el recurrente había cumplido con los requisitos técnicos propios de este medio extraordinario de impugnación. La Corte advirtió que el recurrente no identificó con precisión el error de derecho atribuido a la sentencia de segunda instancia, ni señaló las normas presuntamente infringidas, ni explicó la incidencia del supuesto error en la decisión impugnada, limitándose a formular alegaciones propias de un debate de instancia. En consecuencia, al no cumplirse los principios que rigen la técnica casacional y verificarse que la sentencia recurrida cuenta con motivación suficiente, la Sala declaró improcedente el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

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) ponente, y los doctores Javier de la Cadena Correa y Julio Inga Yanza Jueces Nacionales (E) quienes avocan conocimiento de la causa, en virtud del recurso de casación interpuesto por el procesado RODRIGO ÓBER PADILLA ARROYO; 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 (en adelante COIP) se ha procedido a emitir la resolución oral del recurso, el indicado Tribunal dicta la presente sentencia escrita dentro de la causa penal N° 08256-2019-00205, 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 (en adelante CRE) y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como las reglas del COIP, aplicables al caso.

PRIMERO.- ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1.- Hechos materia del juzgamiento:

2) Según se desprende de la sentencia de apelación recurrida, la teoría del caso propuesta por Fiscalía, a través de su representante abogado José Cevallos, es la siguiente:

> **2.1)** *"El 15 de abril del 2019, a las 02:00 aproximadamente, la Policía Nacional de la ciudad de San Lorenzo que se encontraba en operativo por cierre de locales, se traslada al sector 'Las Terrazas', barrio SIATE, para verificar sobre un incidente con disparos, del cual se habría producido la muerte del Sr. Manuel Guillermo Querecuto Delgado, por 4 heridas producidas por disparos de arma de fuego. Al llegar personal policial, los sospechosos ya se habrían dado a la fuga y moradores del sector indicaron que el responsable sería alias 'Yogurt' quien se sabe responde a los nombres de Rodrigo Óber Padilla Arroyo, por lo que Fiscalía lo procesa como responsable directo del delito de Asesinato, conforma señala el Art. 140 numeral 4 del COIP"* (Sic).

3) Los hechos materia de juzgamiento se han adecuado al delito de Asesinato, sancionado en el

artículo 140 numeral 2 del COIP, en el grado de autor directo, según lo referido, tanto por la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, como de la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas.

1.2.- Inicio del proceso.

4) El presente proceso se inicia en audiencia de calificación de flagrancia, celebrada ante el abogado Óscar Andrés Corozo Cortez, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de San Lorenzo, provincia de Esmeraldas, el día 16 de abril de 2019, en contra de Darwin Alberto Márquez Porozo, por un presunto delito contra la vida, tipificado y sancionado en el artículo 140 del COIP, realizándose posteriormente, con fecha 16 de mayo de 2019, audiencia de vinculación en contra de Rodrigo Óber Padilla Arroyo; y, más adelante, en audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio efectuada el día 22 de octubre de 2019, ante el mismo juzgador antes referido, este dicta auto de llamamiento a juicio en contra del encausado Rodrigo Óber Padilla Arroyo, por el presunto cometimiento del delito de asesinato, establecido en el artículo 140 del COIP, y sobreseimiento del ciudadano Darwin Alberto Márquez Porozo.

1.3.- Juzgamiento.

5) Luego del trámite respectivo dado a la presente causa, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Esmeraldas, provincia de Esmeraldas, integrado por los Jueces doctor Walter Patricio Caicedo Merizalde (PONENTE), doctor Johnny Fernando Bedoya Medina y abogado Ginnio Washington Estupiñán Bamba, dicta sentencia de lunes 17 de mayo de 2021, las 16h29[1], en que por unanimidad resuelve:

> **5.1)** *"[…], ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por decisión unánime, declara a: Rodrigo Óber Padilla Arroyo, ecuatoriano, C.C. 0851111146, de 26 años de edad, nacido el 8 de junio de 1994, de instrucción primaria completa, soltero, andes de su detención se dedicaba a la pesca, con residencia en la ciudad de El Coca, RESPONSABLE del delito de ASESINATO, tipificado en el artículo 140, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de Autor Directo, de conformidad al Art. 42, numeral 1, literal a) del mismo cuerpo legal; por lo que se le impone LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE VEINTISEIS AÑOS, PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD que cumplirá el sentenciado en el Centro de Rehabilitación Social donde se encuentre guardando prisión, conforme lo dispuesto en el Art. 77, numeral 12 de la Constitución de la República, debiendo descontarse el tiempo que haya estado privado de su libertad por esta causa, se le impone la MULTA DE UN MIL SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, tal como lo dispone Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, calculados al tiempo de cometida la infracción. Se dispone la interdicción del sentenciado, durante el tiempo que dure la pena, en virtud de lo dispuesto en el Art. 64 numeral 2, de la Constitución de la República, Art. 81 del Código de la Democracia; y, Art. 56 del COIP; para lo cual remítase el oficio correspondiente al Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, Consejo Nacional Electoral de esta Ciudad, y Registro Civil. Se establece de conformidad con los Art. 77 y 78 del COIP, como REPARACIÓN INTEGRAL a la víctima, la cantidad de CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, dinero que deberá ser cancelado a los herederos directos de la víctima. […]"* (Sic).

1.4.- Apelación.

6) De la sentencia antes referida, el procesado Rodrigo Óber Padilla Arroyo, dentro del término legal, interpone recurso de apelación[2], siendo concedidos los mismos, el día viernes 21 de enero de 2022, a las 14h29, mediante auto dictado por el tribunal a-quo[3].

7) Dado el trámite de apelación, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, integrada por la doctora Elvia del Pilar Montaño Mina (Ponente), el doctor Genaro

[1] Sentencia dictada por el Tribunal a-quo, de fecha 17 de mayo de 2021, a las 16h29, constante a fs. 94 a 100 vta., del expediente de primera instancia.

[2] Escrito de interposición de recurso de apelación presentado por el acusado, con fecha 19 de mayo de 2021, constante a fs. 102 a 104 ibídem.

[3] Auto dictado por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, de 21 de enero de 2022, las 14h29, constante a fj. 97, del expediente de primera instancia.

Reinoso Cañote, y el abogado Carlos Vinicio Aguirre Tobar, Jueza y Jueces Provinciales, dicta sentencia de miércoles 25 de agosto de 2021, las 13h08[4], en que de manera unánime resuelve:

7.1) *"[…], **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad este Tribunal de Sala; rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sujeto activo, confirmando la sentencia recurrida; decretando que **PADILLA ARROYO RODRIGO OBER**, es responsable y culpable en el grado de AUTOR del delito de ASESINATO y que se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 140.2, en concordancia con el artículo 42, todos del Código Orgánico Integral Penal, consecuentemente se le impone **LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE VEINTISEIS AÑOS, PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** que cumplirá el sentenciado en el Centro de Rehabilitación Social donde se encuentre guardando prisión, conforme lo dispuesto en el Art. 77, numeral 12 de la Constitución de la República, debiendo descontarse el tiempo que haya estado privado de su libertad por esta causa, se le impone la MULTA DE UN MIL SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, tal como lo dispone Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, calculados al tiempo de cometida la infracción. Se dispone la interdicción del sentenciado, durante el tiempo que dure la pena, en virtud de lo dispuesto en el Art. 64 numeral 2, de la Constitución de la República, Art. 81 del Código de la Democracia; y, Art. 56 del COIP; para lo cual remítase el oficio correspondiente al Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, Consejo Nacional Electoral de esta Ciudad, y Registro Civil. Se establece de conformidad con los Art. 77 y 78 del COIP, como REPARACIÓN INTEGRAL a la víctima, la cantidad de CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, dinero que deberá ser cancelado a los herederos directos de la víctima […]" (Sic).*

1.5.- Casación.

8) Del fallo referido en el punto anterior, dentro del término legal, con fecha 30 de agosto de 2021, a las 14h12[5], el encausado señor Rodrigo Óber Padilla Arroyo, plantea recurso de casación, el mismo que es concedido por el tribunal ad-quem, mediante auto de martes 31 de agosto de 2021, las 11h20[6].

9) Recibido el proceso en la Corte Nacional de Justicia, y realizado el sorteo respectivo, se convoca a la audiencia de casación, la que se ha llevado a efecto el día jueves 06 de junio de 2024, a partir de las 09h45[7], ante el Tribunal de Casación conformado por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz (Ponente), Jueza Nacional (E), y los doctores Javier de la Cadena Correa y Julio Inga Yanza, Jueces Nacionales (E).

SEGUNDO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

2.1.- Jurisdicción.

10) La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la CRE, y artículo 172 del COFJ.

2.2.- Competencia.

11) 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 extraordinarios de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal, de conformidad con el artículo 184 numeral 1 de la CRE; así como los artículos 183 y 186 reformados del COFJ, y 656 y siguientes del COIP.

12) El Tribunal de Casación designado para la resolución de la presente causa, conforme se indicó en el párrafo 9 que antecede y en virtud del acta de sorteo de martes 14 de septiembre de 2021, las 08h21[8], se encuentra conformado por el doctor Byron Guillén Zambrano (Ponente), y los abogados Walter Macías Fernández y Luis Rivera Velasco, actuando en la audiencia de casación, la abogada Mercedes Caicedo Aldaz (Ponente) y los doctores Lauro Javier de la Cadena Correa y Julio César Inga Yanza, respectivamente, al encontrarse encargados de los despachos

[4] Sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, de fecha 25 de agosto de 2021, las 13h08, constante a fs. 13 a 17 vta., del expediente de apelación.
[5] Escrito de interposición de recurso de casación, constante a fs. 20 a 24, ibídem.
[6] Auto dictado por la Sala Provincial, de 31 de agosto de 2021, a las 11h20, constante a fj. 26 ibídem.
[7] Acta de audiencia de 06 de junio de 2024, a las 09h45, constante a fs. 27 a 33 vta., del expediente de casación.
[8] Acta de Sorteos por Recursos, de 14 de septiembre de 2021, las 08h21, constante a fj. 2 del expediente de casación.

de los Jueces titulares antes referidos, por finalización de los períodos para los cuales fueron designados, desde el día 08 de febrero de 2024 los dos primeros Magistrados, y desde el día 08 de abril de 2024 el último, conforme oficios Nos. 148-SG-CNJ-2024 y 148-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero de 2024, y 484-SG-CNJ-MMV-2024, de 04 de abril de 2024, suscritos por el doctor José Suing Nagua, Presidente (E) de la Corte Nacional de Justicia[9].

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL:

13) En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según audiencia de calificación de flagrancia, de martes 16 de abril de 2019, 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.

14) 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 COIP; 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:

4.1.- Cargos planteados por el recurrente.

15) En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, el doctor Segundo Martínez Quiñónez, defensor técnico del procesado recurrente Rodrigo Óber Padilla Arroyo, principalmente sustentó lo siguiente:

15.1) La sentencia que deseo que se case es la dictada por la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, el día miércoles 25 de agosto del 2021, a las 13h08 minutos, dentro del juicio 08256-2019-00205 en segunda instancia.

15.2) Para fundamentar este recurso lo he dividido en cuatro partes, la segunda parte son las razones que el sentenciado tuvo para presentar este recurso; entre esas razones tengo testimonio anticipado, nombre de los autores e inseguridad jurídica.

15.3) Testimonio anticipado: según el proceso, se encuentra en el en el folio 125; el testimonio anticipado rendido por una persona que comparece después que el señor Fiscal había hecho las investigaciones y procesado al verdadero autor de este hecho y aparece una señorita de nombre Castillo Burbano Lilibeth Estefy; ella comparece a la Cámara de Gesell, llevada por el doctor Christian Rivadeneira Medina, en su calidad de Fiscal; el doctor Óscar Corozo Cortez en calidad de Juez, el abogado Darwin Quintero Lastra abogado de la parte procesada del que habían detenido y el abogado Fernando Girán, Secretario; desde aquí ya faltó una persona, faltó el nombre del procesado y faltó el nombre del abogado defensor; significa que en ese testimonio anticipado no tuvo defensa, no concurrió ningún abogado defensor, ni siquiera el defensor público, porque no se lo notificó y eso aparece aquí en el testimonio anticipado. Ahora, el testimonio anticipado, la defensa lo consideró sumamente malicioso, porque no fue sometido a una contradicción; en vista de ello se le pidió al señor Juez, en audiencia de juicio, que excluya dicho testimonio porque carece de solemnidades; pero lo más insólito es que la que comparece a rendir el testimonio anticipado es la conviviente del verdadero autor de este hecho. Como ya les dije anteriormente, el hecho sucedió en Esmeraldas en una discoteca denominada La Terraza, la señorita que rindió el testimonio anticipado vive en el barrio 5 de junio y el hecho sucedió en un sector de Esmeraldas que se llama La Siate, siquiera 5 kilómetros de distancia, y ella se presenta, pero lo que me enerva es que se lo dejó en indefensión, por qué razón, el señor Fiscal de la causa o el señor Juez no le notificaron al abogado para que estuviera presente en dicho testimonio anticipado, eso se deja a criterio de la sana crítica de este Tribunal.

15.4) Los verdaderos autores de este hecho, Márquez Porozo Darwin Alberto, es la persona que manejó la motocicleta, y la persona que disparó se llama Martínez Márquez Jahir

[9] Oficios Nos. 148-SG-CNJ-2024 y 149-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero de 2024, y 484-SG-CNJ-MMV-2024 de 04 de abril de 2024, constantes a fs. 23, 26 y 27 ibídem.

Fernando, pero entonces por qué razón no se investigó bien, violando algunas normas y el principal artículo que violaron es el artículo 22 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, que dice que no se debe juzgar a una persona por su etnia, por sus características y por su grado de peligrosidad, y se supone que a él lo han juzgado de esa forma a sabiendas que el señor Fiscal tenía preso a uno de los autores. Se observa en este testimonio inseguridad, existe una total inseguridad jurídica, violando la norma el artículo 82 de la Constitución ecuatoriana.

15.5) El tercer punto es las normas violadas; como principal norma violada por Fiscalía y por el Juez, el artículo 502.2 del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 503.1 y 13, donde manifiesta que todo juramento de este tipo y las personas que actúan como testigo deben prestar juramento a los hechos que ellos han presenciado y, este testimonio anticipado al que yo me estaba refiriendo anteriormente, lo han hecho de manera superficial, rápida y sin juramento, no entiendo esa parte. Otra norma que se violó es el artículo 615.2 del Código Orgánico Integral Penal; así mismo, en vista de que nadie representó al sentenciado hoy, se lo dejó en indefensión y se violó el artículo 75 de la Constitución de la República, y no solamente eso, todos los seres humanos tenemos derechos y la Constitución se ha hecho para garantizar los derechos de esa persona. Se viola también aquí el artículo 417 de la Constitución ecuatoriana, también se viola el artículo 424.2 inciso dos y el artículo 425 de la Constitución y como dice lo sentenció por considerarlo como una persona peligrosa y eso para mí y según la ley es inconstitucional.

15.6) El cuarto punto: objetividad; el señor Fiscal de la causa violó el artículo 5.21 porque se supone que debe actuar con absoluta objetividad y produciendo elementos de cargo y elementos de descargo, porque dentro de este asesinato hubo una persona que presenció el hecho, más sin embargo en el momento de llamar a juicio y el señor Fiscal presentó su prueba, excluyó el artículo 5.21 del Código Orgánico Integral Penal; por qué razón si había una persona que había presenciado el hecho, y la víctima de nombre Querecuto García, era trabajador del señor que presenta la denuncia, que fue el que presenció el hecho. El señor que presenta la denuncia y presenció el hecho y que existe en el proceso la versión de él indicando quién disparó y por qué motivo disparó, el señor Fiscal no lo llama para que preste su versión, a pesar de haber presenciado el hecho, y qué dice entre otras cosas, él manifiesta que llegó la Policía a las 02h00 de la mañana y le pidió a los señores que cierren la discoteca y como la víctima era trabajador de Ángel César Caicedo Cortez le pidió que vaya a recoger las botellas, empezó la discusión con los dos hermanos que estaban sentados y discutieron con la víctima, lo empujaron y le dijo uno de ellos, espérame que ya regreso voy a ver mi pieza; va y regresa y a quemarropa lo dispara y lo mató a Querecuto, de nacionalidad venezolana, y además dice, todo el mundo lo vio, y con esta denuncia empezó el señor Fiscal, tenía preso y con el testimonio anticipado sacan el preso y lo procesan a él, sin haber participado en la causa, solo porque esta señorita comparece en un testimonio anticipado que está viciado de nulidad por carecer de solemnidades y lo culpan al señor y dice no, el que disparó fue tal fulano sin haberlo hecho; este hecho sucedió el 15 de abril. Para concluir, el procesado, el sentenciado, comparece recién el día 19 de agosto al proceso, cuando todo estaba cerrado, se le pidió al señor Fiscal que le dé oportunidades para que presente elementos probatorios y no se procedió de esa forma, por lo tanto, por el hecho de no ser notificado de manera legal y en debida forma y no pudo comparecer al proceso, la defensa de él que asumió de ahí cuando ya habían cerrado, se le pidió al Juez de Esmeraldas, al Tribunal de Esmeraldas, que llame a este testigo para que esta persona testifique, pero el Tribunal no aceptó y se le pidió de conformidad con el artículo 617.2 del Código Orgánico Integral Penal; se llevó al testigo y el Tribunal le negó.

15.7) En resumen, por haber violado los artículos mencionados de la ley y porque este testimonio anticipado carece de toda solemnidad, mi petición son tres o cuatro, pero empiezo con la primera, que se case la sentencia. La segunda petición, de tener la razón, que se oficie a la Fiscalía General del Estado haciéndole conocer que en toda investigación debe haber elementos de culpa y elementos de cargo y de descargo. La otra petición es que se oficie al Consejo de la Judicatura de la ciudad de Esmeraldas por la inseguridad y porque no se

prestaron las garantías pertinentes para que el hoy sentenciado de manera injusta, sin haber cometido el delito, esté pagando una pena que no le corresponde.

16) En réplica, el procesado recurrente, a través de su defensa técnica señala:

16.1) El recurso de casación está interpuesto en contra de la sentencia dictada por el señor Juez y está interpuesto porque se lo dejó en indefensión; por otra cosa, el señor Fiscal hace un análisis superficial de la sentencia, porque a la Fiscalía solo le interesó mantener un culpable, porque todos los indicios no conducen a que él sea culpable.

16.2) Dentro de este recurso no hay un solo elemento que guíe y que indique que señor es el responsable, del proceso se darán cuenta que todos los indicios conducen a las personas que el Fiscal procesó y que el testigo ocular de los hechos ayudó a la Policía a capturar a uno de los responsables, no puede ser justo que una persona pague un hecho que no cometió, a él también tienen que hacerle ver por qué lo castigan para que él en lo posterior corrija su conducta, pero si él no sabe por qué se lo castiga entonces no va a corregir su conducta, va a mantener ese remordimiento porque los Jueces están obligados a no hacer otra cosa más que lo que la ley dice, a no hacer otra cosa más que escuchar y de acuerdo a la sana crítica resolver el hecho; y, la Fiscalía es la institución que tiene ayuda por doquier, sin embargo guiaron mal una investigación y los elementos que han servido para juzgarlo son inconstitucionales; por lo tanto, no existe fundamento en lo que dice el señor Fiscal, porque actúan como en cualquier lugar.

16.3) Para determinar un culpable hay que llegar a los hechos y como dice, en el imperio más grande que fue Roma y fue destruido y decían todos los caminos conducen a Roma y aquí los caminos que tenemos no conducen a que él sea responsable, por eso pido analicen esto, resuelvan en Derecho, casen la sentencia de acuerdo a la sana crítica o actúen en Derecho y resuelvan este conflicto, porque no podemos mantener como siempre la Fiscalía culpables y culpables en las cárceles del país a sabiendas que no investigan bien un hecho, y el señor Fiscal sabe, por lo último el señor Fiscal sabe que sin prueba no se puede sancionar a una persona.

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

17) El doctor Alfredo Rodríguez Ramos, delegado de la señora Fiscal General del Estado, procede a dar contestación al fundamento del recurso, señalando lo siguiente:

17.1) Sintetizando las alegaciones, se ha referido a cuatro aspectos que a criterio de la parte recurrente, serían el núcleo esencial de la fundamentación del recurso. Estos se han dedicado al cuestionamiento del testimonio anticipado por carecer de formalidades, se ha referido a los autores del hecho que a criterio de la parte recurrente no habría sido el hoy procesado, que se ha dejado indefensión por la falta de notificación para hacer contrainterrogatorio a la diligencia del testimonio anticipado, y finalmente ha cuestionado la actividad fiscal por falta de objetividad en el desarrollo y práctica de prueba de cargo y de descargo.

17.2) Frente a estos argumentos y al indicarse que por estas razones se han vulnerado varias o un cúmulo de normas tanto legales como constitucionales debe indicarse los siguientes aspectos que resultan relevantes para este tipo de audiencias; primero que nada se debe indicar que el recurso de casación pone en debate dos aspectos importantes, primeramente pone en debate el razonamiento del Juzgador en la interpretación y aplicación del Derecho para resolver la controversia y, en segundo lugar, respecto de la ley, si es que se la ha vulnerado, y cuando se habla en este segundo aspecto de que si se la ha vulnerado esta, corresponde indicarse por qué presupuesto se ha vulnerado la ley y el legislador ha diseñado en el artículo 656 las 3 formas de fraccionamiento de la ley, esto es por contravención expresa al texto de la ley, o una indebida aplicación, y finalmente una errónea interpretación.

17.3) Pero estas causales de casación y en las argumentaciones que se hace en toda audiencia se basan sobre 3 principios fundamentales que son taxatividad, es decir enunciarse la causal con la cual se está indicando la sentencia de segundo nivel habría vulnerado la ley; segundo, indicar que por estas causales se ha vulnerado una norma del ordenamiento jurídico y en segundo lugar, tenemos el principio de autonomía, y este principio de autonomía es trascendente porque aquí es donde se cuestiona el razonamiento del Juzgador para cuando interpretó y aplicó el Derecho y resolvió la controversia y, así mismo se debe indicar la parte concreta de

la sentencia donde está este razonamiento del Juzgador cuando interpretó y aplicó el Derecho para justificar el siguiente principio, que es el de trascendencia, es decir el agravio final que ya ha obtenido la parte recurrente merced de haber contravenido, indebidamente aplicado o erróneamente interpretado la ley. Si no se cumplen estos 3 aspectos fundamentales, el recurso se vuelve inocuo para ser conocido por los Tribunales de casación, porque no estamos partiendo de una causal en concreto.

17.4) Si atendemos a la literalidad de lo que se ha indicado en esta audiencia, tenemos que la parte recurrente estaría enfocada en delimitar o extralimitar los límites y alcances del estudio del Tribunal de Casación, porque nos estaría llevando a que se ubiquen en un escenario pre procesal y en este sentido para que se analice las diligencias de llevarse a cabo del testimonio anticipado, posteriormente el escenario de la audiencia preparatoria de juzgamiento y justamente en audiencia de juzgamiento cuando se evacuaron los elementos probatorios para identificar si existieron o no temas inherentes a las formalidades de llevarse a cabo, en este caso, en el escenario probatorio. Por estas razones, Fiscalía y respetando las alegaciones de la parte recurrente, encuentra que sus alegaciones constituyen un debate de instancia fuera del escenario casacional, porque no se está haciendo aquí un debate estrictamente de interpretación y aplicación del Derecho cuestionando el razonamiento del Juzgador.

17.5) Sin embargo de aquello, debe indicarse los siguientes aspectos; he mencionado que consistiría un debate de instancia porque la Sala de apelación conoció el recurso de apelación donde se plantearon varios aspectos que fueron, que prácticamente otros habrían sido los autores del hecho, que se indicó que Fiscalía no procesó a los ciudadanos Carlos Márquez Poroso y Jair Martínez Márquez, quienes habrían sido a criterio del apelante quienes provocaron la muerte del ciudadano víctima; se pidió también que se excluya el testimonio de Stefy Castillo por el 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador y que no habían elementos para la comprobación del delito. Luego la Sala en el considerado Quinto desarrolla el caudal fáctico con el cual se sustenta el juicio de tipicidad y va respondiendo a los temas cuestionadores del testimonio anticipado, luego hace un juicio de valoración y finalmente termina calificando en el considerando Octavo la conducta penalmente relevante y en el considerando Séptimo, aquí es donde prácticamente se hace todo el análisis de las respuestas jurídicas al cuestionamiento probatorio. Por estas razones y considerando que Fiscalía no es sujeto procesal en ese sentido de impugnación, porque no ha ejercido casación respecto de esta sentencia, no se puede referir a cuestiones de fiscalizarla a esta sentencia en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho, simplemente a considerar que la contradicción que se hace en esta audiencia es respecto a que la parte recurrente no ha hecho una fundamentación conforme primeramente a los principios del recurso de casación y estaría trastocando el inciso segundo del artículo 656, es decir que no se puede entrar a hacer pedidos de valoración de la prueba, ni tampoco hacer alusiones al acontecer fáctico.

17.6) Finalmente, resulta inoportuno indicar que los pedidos de casarse la sentencia no resulta beligerante pues no hay causales de casación expuestas y tampoco que se guíe a Fiscalía sobre asuntos inherentes a que se adoctrine sobre la obtención de elementos de pruebas de cargo y de descargo, y sobre el Consejo de la Judicatura de Esmeraldas sobre el estado de indefensión, es decir no se habría argumentado el recurso de casación, por ende deviene su improcedencia, más allá de sus propias facultades oficiosas para analizar esas sentencias y nada más que alegar, más que para que se deje en evidencia la improcedencia del recurso.

4.3.- Intervención de la acusación particular.

18) El doctor Luis Guerrero, defensor técnico de la víctima Manuel Guillermo Querecuto Delgado, expresa lo siguiente:

18.1) Hago mía la intervención del señor representante de la Fiscalía General del Estado, en todas sus partes y en toda su réplica y, con el fin de aportar información, de parte de la víctima, debo indicar que la sentencia recurrida se encuentra debidamente motivada, presenta una fundamentación jurídica suficiente tanto en lo fáctico como en lo jurídico y por otra parte, este al ser un recurso especial, el cual requiere de la aplicación de principios, en este caso en cuanto a la fundamentación de este recurso, los mismos no han sido cumplidos por el recurrente, tanto es así que dentro de estos principios

como es la taxatividad, si bien es cierto la defensa ha hecho mención a supuestas normas en las cuales se habría vulnerado posiblemente derechos en cuanto ha hecho relación al testimonio anticipado y demás, no establece conforme ya lo ha referido Fiscalía, una de las causales que establece nuestra norma en el artículo 656 en una de las causales en las cuales fundamentaría su recurso de casación.

18.2) Por otra parte, tampoco la defensa de la persona procesada ha identificado claramente en qué apartado o en qué considerando de la sentencia materia del recurso se ha vulnerado este derecho; por otra parte, de igual manera en la fundamentación no se cumple otro principio, que no es un debate de instancia, por cuanto las mismas alegaciones de fundamentación que ha hecho en este recurso, lo mencionó tanto en el Tribunal de Primera Instancia, en el cual fue sentenciado el señor procesado, así como también ante la Corte Provincial ante el recurso de apelación, exactamente es la misma alegación que se ha manejado, en cuanto al testimonio anticipado, en cuanto a otros posibles participantes del hecho que fue materia del juicio, en este caso nombrando exclusivamente a las dos personas que supuestamente tendrían una participación e inclusive se ha hecho referencia que fueron solicitados estas dos personas como prueba nueva, llamándolos como testigo como prueba nueva, pero sin embargo de lo cual esto ya fue resuelto por las etapas correspondientes.

18.3) Y por último con relación a lo que tiene que ver con el principio de trascendencia, no se ha mencionado nada al respecto, la manera en cómo se ha vulnerado, cómo ha violado en este caso supuestamente estas normas dentro de la sentencia que ha sido materia del recurso.

18.4) Al no cumplirse con estos principios que tienen relación directa con la fundamentación de este recurso de casación, solicito se rechace este recurso por improcedente, por cuanto no se ha hecho mención ni siquiera una de las causales por las cuales debería haberse justificado en esta audiencia para fundamentar este recurso.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

19) Ante la fundamentación efectuada por el casacionista señor Rodrigo Ober Padilla Arroyo, se extraen los siguientes planteamientos:

19.1) Determinar si el impugnante ha realizado una debida fundamentación de su recurso, en el marco técnico y extraordinario del recurso de casación.

19.2) **<u>Pretensión:</u>** En lo principal solicita se case la sentencia.

SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

6.1.- Sobre el Derecho a Recurrir.

20) La CRE establece en su artículo 76, 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".*

21) 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 (…)".*

22) Dentro de nuestra normativa, el COIP 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".*

23) En el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

23.1) *"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" [10].

23.2) *"[...] La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho [...] Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad [...]"* [11] .

24) En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, dice:

24.1) *"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"* [12].

6.2.- Sobre el recurso de casación:

25) 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, 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 COIP, y es respecto a estos errores de derecho o *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 inadmisible conforme el inciso segundo de la norma últimamente señalada.

26) 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.

27) La Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación en los siguientes términos:

27.1) *"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*

[10] 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.
[11] Corte Constitucional, Sentencia N° 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014, caso N° 2230-11-EP.
[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de Enero de 2014, párr. 85.

contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores. (...) 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 (...)" [13].

27.2) *"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"* [14].

28) 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.

29) 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 que la perjudica, exigiendo la correcta aplicación de la norma jurídica.

30) Dice el profesor Gilberto Martínez Rave, 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"* [15].

31) 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"* [16].

32) 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.

33) Además, en cuanto a la temporalidad, encontramos que se puede proponer el recurso de casación, conforme el artículo 657.1 del COIP, en concordancia con los artículos 652.1 y 573 ibídem, *"Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia".*

6.3.- De la fundamentación del recurso planteado.

6.3.1.- Parámetros de la debida fundamentación.

34) En materia de fundamentación del recurso de casación, los Tribunales de la 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

[13] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero de 2013, Caso N° 1647-11-EP.
[14] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 310-15-SEP-CC, de 23 de septiembre de 2015, Caso N° 1630-14-EP.
[15] Gilberto Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.
[16] Orlando Rodríguez Chocontá, Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

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[17], 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.**

35) 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-, 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:

> **35.1)** *"(…) 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"* [18].
>
> **35.2)** *"(…), 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"* [19].

36) 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 existir mérito para ello, se habrá cumplido con 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.

37) Corresponde al Tribunal de Casación, analizar la fundamentación del recurso, a fin de observar si se ha 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 análisis:

6.3.2.1.- Sentencia impugnada.

38) Conforme lo señalado anteriormente, dentro de los parámetros para la fundamentación de un recurso de casación, se ha establecido la obligación de la individualización de la sentencia impugnada mediante dicho recurso, que para el caso, es la emitida por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, de miércoles 25 de agosto de 2021, las 13h08, que resuelve el recurso de apelación planteado, y que en cumplimiento de este parámetro de la

[17] "Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código".
[18] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 076-16-SEP-CC, de 09 de marzo de 2016, Caso N° 1956-13-EP.
[19] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero de 2013, Caso N° 1647-11-EP.

fundamentación del recurso, correctamente señala el procesado al fundamentar su recurso casacional.

6.3.2.2.- Planteamiento en casación.

39) Con una advertencia previa respecto a que el recurso de casación es un medio de impugnación técnico, limitado, extraordinario, que implica que su presentación se da no ante simples inconformidades, sino ante violaciones a la ley conforme el artículo 656 del COIP, observamos que en su exposición en audiencia de casación, el recurrente señor Rodrigo Óber Padilla Arroyo, realiza argumentaciones de violación de derechos fundamentales del recurrente durante el desarrollo del proceso y principalmente del debido proceso, que no conducen a una casación de la sentencia, sino a declaratoria de nulidad.

40) Prima facie encontramos que existe, por parte del recurrente, un desconocimiento total de la técnica casacional, pues en la argumentación en casación omite por completo referirse a los principios que rigen este medio impugnatorio técnico, extraordinario y limitado señalados ampliamente en los puntos anteriores; así, inobservando uno de sus principios fundamentales como lo es la taxatividad, no señala qué error in iure o violación a la ley de las previstos en el artículo 656 del COIP habría cometido el tribunal de instancia, esto es contravención expresa, indebida aplicación, o errónea interpretación; igualmente, en autonomía no precisa las normas violadas, no realiza una argumentación individualizada al respecto, no señala la parte de la sentencia que contiene el error de derecho, ni realiza la confrontación entre lo resuelto y lo que considera debía haber sido lo que se resuelva; tampoco expresa en trascendencia, la influencia del error sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, limitándose a señalar que no es el responsable; y, en definitiva, sus argumentaciones sin la técnica de este medio impugnatorio, se convierten en alegaciones de instancia, que se plantean, y en efecto se han planteado como veremos más adelante, ante los tribunales de instancia, incurriendo en la prohibición de debate de instancia. Consecuentemente, ante la pregunta de si **¿existe un argumento técnico en la fundamentación del recurso?**, la respuesta es no, por lo que debe declararse la improcedencia del mismo.

41) Ahora, a pesar de ello, los planteamientos expuestos ante este Tribunal, deben recibir una contestación; así, como primer punto, tenemos que el yerro que se acusa por el casacionista, obligatoriamente debe existir en la sentencia de apelación que se recurre, por lo que cabe la pregunta de que si **¿en la sentencia impugnada se encuentra determinado el supuesto error o violación que se acusa?**; al respecto, sobre si existen otros participantes en el delito, no corresponde a una violación del debido proceso, al igual que la aplicación del principio de objetividad por parte de Fiscalía; sin embargo, sí se observa que se alega falta de defensa técnica en el testimonio anticipado, en el primer y tercer argumento que plantea el casacionista, correspondiendo determinar si esas alegaciones se efectuaron ante el tribunal adquem, encontrando en la sentencia de 25 de agosto de 2021, las 13h08, en el considerando Cuarto, numeral 4.1, las alegaciones efectuadas por el procesado Rodrigo Óber Padilla Arroyo a través de su defensa técnica abogado Segundo Martínez Quiñónez, respecto a que no es el responsable, que no estuvo presente, que otros cometieron el delito, y hace referencia al testimonio anticipado de Estefi Castillo Burbano, en el que no consta la firma del abogado del acusado, alegaciones coincidentes con las expuestas en esta sede.

42) Ante las alegaciones efectuadas por el señor Rodrigo Óber Padilla Arroyo, respecto a *"Que se ha probado la existencia material de la infracción, pero no la responsabilidad del procesado, que el testimonio anticipado rendido por la señora LILIANI ESTEFI CASTILLO BURBANO, no reúne los requisitos del art. 502.1.2. del COIP, por lo que no se lo debe tener como prueba de cargo y que se debe excluido"* (Sic), el tribunal provincial responde:

> **42.1)** *"Que dice el Art. 502 COIP.- La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas. 2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio..' El testimonio anticipado como prueba fundamental en el proceso penal investigativo está sujeta al principio de oralidad; por cuanto, los intervinientes del proceso rinden sus testimonios y versiones de manera oral, el mismo que está amparado en nuestra Constitución del 2008 en su artículo 168 numeral 6' de ahí que tal como lo determina el maestro Ferrajoli en su obra sobre las garantías jurídicas donde manifiesta que 'no existe ni existirá una manera más idónea*

para el administrador de justicia en la determinación de la sentencia la valoración de la prueba, en especial la oralidad de los testimonios y versiones de las personas víctimas e involucradas en el proceso' en este sentido tenemos que dando con el cumplimiento irrestricto de este principio durante la investigación previa y consecuentemente en las etapas procesales subsiguientes se estaría evitando incurrir en la vulneración del derecho a la no revictimización de la víctima; dando como resultado de tal manera, que se estaría cumpliendo en este sentido con todas las garantías constitucionales en las cuales se encuentran amparados los derechos de la víctima como tal, es decir simplemente con el hecho de receptar en legal y debida forma - tal como lo determina la normativa y observando los principios constitucionales y legales sobre el mismo - el testimonio anticipado, el mismo que tiene como finalidad dar la certeza al juzgador sobre lo sucedido y dar con la culpabilidad del presunto infractor, destruyendo con ello el estado de inocencia, rendidos por los policías conjuntamente con los testimonios que rindieron los testigos, en el caso en examen, la señora LILIANI ESTEFI CASTILLO BURBANO, que rindió testimonio anticipado, y su recepción, cumplió con el COIP, determina: Art. 444.- Atribuciones de la o el fiscal. - Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes: 7. Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados aplicando los principios de inmediación y contradicción, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. Art. 454.3.- 'Contradicción. - Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.' El recurrente indica que había solicitado al Tribunal la exclusión de este testimonio, el único momento procesal en el cual se pueda hacer efectiva esta garantía es en la Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio, ya que esta audiencia tiene como finalidad un control de legalidad con la verificación de vicios formales (vicios de procedimiento, procedibilidad, prejudicialidad y competencia del jugador) y una vez que este filtro ha sido pasado se procede a realizar la dictaminación por parte del titular de la acción penal pública, pero en este sentido una vez que se ha hecho efectiva la acusación fiscalía como la defensa y de ser el caso el causador particular de existir, están obligados a anunciar su prueba la cual será practicada ante el tribunal correspondiente de ser el caso que el juez de garantías penales proceda a llamar a juicio; es por esto que el jurista Alberto Cruzado R. establece que: 'El Sistema Penal Acusatorio tiene como fundamento el respeto por el debido proceso y la garantía de los derechos fundamentales de los procesados, en contraposición de la potestad del estado para sancionar las conductas punibles y el derecho de las víctimas a obtener justicia y reparación; …', si el recurrente no lo hizo en el momento oportuno precluye el momento procesal. El recurrente indica que existe una versión rendida dentro de la instrucción fiscal que señala a los verdades culpables de la muerte del occiso, era en esa etapa procesal que debió esclarecer los hechos conjuntamente con el fiscal, y no en esta etapa que nos corresponde valorar las pruebas presentadas en la etapa del juicio".

43) Ante lo señalado, cabe preguntarse si ¿**se ha violentado el derecho a la defensa de la persona procesada recurrente, al receptarse un testimonio anticipado sin la asistencia técnica de su defensa particular**?; sobre esta interrogante, como lo dice la Corte Provincial, se advierte que el momento procesal para solicitar la exclusión probatoria, es la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en donde se resuelven los vicios formales y los incidentes que guarden relación con la prueba y su exclusión. Ahora, el derecho a la defensa implica, entre otras garantías, el contar con un defensor, no una defensa formal, sino un defensor técnico preparado para asumir la defensa de la persona procesada, lo que se denomina defensa material. Hemos de advertir además que el artículo 453 del COIP establece la finalidad de la prueba, que la de llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias de la infracción, y la responsabilidad penal del procesado; y, el artículo 454 ibídem, señala cuáles son los principios que rigen el anuncio y práctica de la prueba, dentro de los cuales, consta el de oportunidad y dice que la prueba es anunciada en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, por lo tanto, el análisis de lo que tiene que ver con la prueba, que antes del juicio corresponde a elementos de convicción, se realiza en dicha diligencia judicial, y solamente en la etapa del juicio, se convierte en prueba como tal, existiendo según la misma norma 454 numeral 1, casos de excepción previstos en el Código, y concretamente el testimonio anticipado.

44) Por otra parte, la misma norma del COIP, en su numeral 3 habla sobre el principio

de contradicción, y dice que las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las producidas en la audiencia de juicio, cuanto las testimoniales que se practiquen de forma anticipada. Ahora, la contradicción tiene tres momentos: **1.** Primero, conocer qué prueba se va a presentar para poder contradecirla en el momento procesal oportuno, lo cual se conoce en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, ya que en ese momento procesal, se realiza la exposición de los elementos de convicción que se convertirán en prueba en la etapa del juicio; **2.** La contradicción se efectúa en la audiencia de juicio, en donde se contradice la prueba y se puede realizar alegaciones sobre la misma; y, **3.** ¿Cuándo se examina la prueba?, únicamente en el momento en que se está evacuando, lo que incluye el momento en que se practica el testimonio anticipado, y ¿cuándo surte efectos o se convierte en prueba este testimonio anticipado?, en la audiencia de juicio, pero se lo recibe por excepción legal antes de la audiencia de juicio, eso sí con los mismos parámetros de la recepción de cualquier testimonio. Esto es ejerciendo la contradicción por parte de quien está siendo procesado; pero, se convierte en prueba únicamente cuando se reproduce en la audiencia de juicio y se escucha las alegaciones o los planteamientos que se propusieron durante el desarrollo del indicado testimonio.

45) Con esta explicación, nos trasladamos al proceso, y encontramos que se dispuso por parte de este Tribunal, que Secretaría siente razón de la fecha en que se recibió el testimonio anticipado, certificándose que fue tomado con fecha 15 de mayo de 2019, encontrando que a esa fecha, el procesado recurrente, no era sujeto procesal, ya que no era a ese momento, procesado en la causa, y es el día 16 de mayo de 2019, cuando se realiza su vinculación al proceso. Así también, en el desarrollo de la causa se observa que el defensor técnico del casacionista, abogado Segundo Martínez Quiñónez, no defiende al recurrente en la audiencia de formulación de cargos en su contra, pero sí ejerce la defensa en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en la audiencia de juicio, y en apelación, lo que quiere decir que el profesional del derecho indicado, ha sido el defensor técnico del señor Rodrigo Óber Padilla Arroyo, durante las diferentes etapas del proceso, y en esa virtud pudo: **1)** solicitar la exclusión de la prueba en la audiencia de evaluación y preparatoria del juicio, que no puede ser revisada por el suscrito Tribunal por no ser la naturaleza del recurso de casación, más sin embargo no lo ha hecho; **2)** también pudo pedir la ampliación del testimonio anticipado durante el desarrollo de la audiencia de juicio, pero se entiende que tampoco lo ha hecho; **3)** pudo realizar su objeción respecto de si habían violaciones al proceso durante la audiencia de apelación, que en efecto eso sí lo ha efectuado, señalando que el testimonio anticipado debería ser excluido, aunque el término correcto por el momento procesal ya no era exclusión, sino que se considera que habría una vulneración al derecho a la defensa, sobre lo cual, como se precisó anteriormente, ha recibido la contestación correspondiente.

46) En este contexto, el suscrito Tribunal advierte que no se ha violentado el derecho a la defensa del recurrente Rodrigo Óber Padilla Arroyo, dado que: **1)** el mismo ha contado siempre con un defensor particular de su confianza; **2)** así, el defensor técnico ha comparecido a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, pudiendo en la misma solicitar la exclusión de la prueba que cuestiona; **3)** estuvo en la etapa de juicio en la que podía solicitar la ampliación del testimonio anticipado; **4)** participó en la audiencia de apelación en la que objetó dicha prueba, y **5)** en la actualidad representa al encausado en sede casacional, manteniendo la alegación de apelación sobre la violación del derecho a la defensa que se está contestando, pues al respecto consta de la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, de miércoles 25 de agosto de 2021, las 13h08, dentro del considerando Cuarto, en el numeral 4.1:

> **46.1)** *"fundamento esta apelación, a pedido de mi cliente, quien impugna esta sentencia por ser injusta, y porque es improcedente, ya que ninguna persona por buena o mala que sea puede pagar un hecho que otros cometieron, el delito del que se le acusa está tipificado en el art 140 del COIP, y nunca estuvo presente, fiscalía tiene conocimiento de todo esto, a los verdaderos criminales, no los capturaron, pues gozan de libertad, mientras mi cliente está recluido, de esta manera no se puede acusar a nadie pues se está cometiendo una injusticia, a la fiscalía se le indicó los nombres y yo les indicó a uds, estas personas que mataron al venezolano QUEREMBUN DELGADO GUILLERMO, son: MARQUEZ POROZO CARLOS ALBERTO, y el otro que mató al venezolano MARTINEZ MARQUEA JAHIR. En el testimonio aparece la firma de Castillo Burbano Estefi, quien es mentirosa, y hay varias firmas, pero no aparece la firma del*

*abogado del acusado, como puede ser justo esto cuando se debe llevar el debido proceso, el art. 76.4 de la Constitución es claro, que la pruebas actuadas en contra de ley carecerán de eficacia, por eso en la audiencia rechacé ese testimonio forjado; por lo que es improcedente, injusto e inconstitucional juzgar a una persona con estos elementos, el art 534 núm. 1 y 2 que deben haber elementos suficientes para ser juzgados, en este proceso no hay elementos para juzgar a una persona, deba haber pruebas de cargo y descargo, y fiscalía tiene conocimiento que YOGURT no cometió el delito, solicito que se acepte la apelación y se lo declare inocente.-**REPLICA:-** Nunca he estado en la audiencia preparatoria de juicio, yo lo hice en la audiencia de juicio, y pedí que vincularan a otras personas, y la instrucción fiscal ya estaba cerrada.- Consta la versión de la persona que dice que vio a YOGURT que disparó, solo digo que peleo en lealtad, y que según fiscalía dice que los testigos comparecieron, no fue así".*

47) Cabe señalar que la presente contestación, a pesar de la inobservancia del tecnicismo del recurso de casación, se realiza en virtud de que existe sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ruano Torres vs. El Salvador, que hace alusión a la obligación de todos los tribunales, independientemente de la instancia o grado en que se encuentre el proceso, de dar contestación a todas las alegaciones que se planteen, que sean de carácter fundamental para el debido proceso dentro del cual se encuentra el derecho a la defensa, teniendo que la violación a este derecho fundamental se puede dar bajo dos facetas, la defensa material de defenderse por parte de los sujetos procesales, y la defensa técnica de contar con una abogado.

48) Al respecto, el Diccionario Pahispánico del Español Jurídico señala que la Defensa Material es: *"Defensa que realiza el propio imputado, generalmente mediante el ejercicio de su derecho a ser oído en juicio, por declaración o abstención de rendirla, formulación de preguntas y la potestad de presentar prueba.- La defensa material comprende, para la persona procesada, «la posibilidad de oponerse a la imputación, hablar, negar los cargos, entregar información adicional, evidenciar contradicciones, demostrar falta de credibilidad en la prueba testimonial de cargo, plantear una versión alternativa, manifestarse como actor en el proceso y hacer valer sus puntos de vista. Pero […] su participación es voluntaria lo que supone también el derecho que tiene de guardar silencio»"* [20], y que la Defensa Técnica es: *"Defensa que realiza un licenciado en derecho, ya sea particular o de oficio, a favor del imputado, a fin de otorgarle a este una real y efectiva defensa, desde la averiguación previa y durante todo el proceso. […] Derecho que tiene el imputado de designar un abogado de su confianza o de que se le asigne un abogado defensor, previéndose la posibilidad de sustituir al defensor elegido o designado"* [21]. Además, en este orden de ideas, el COIP prevé: ***"Art. 452.- Necesidad de defensor.-*** *La defensa de toda persona estará a cargo de una o un abogado de su elección, sin perjuicio de su derecho a la defensa material o a la asignación de una o un defensor público. […]".*

49) En este contexto, en el caso se observa que hay una defensa material, pues la persona procesada ha estado presente en el proceso, y una defensa técnica al haber contado con un abogado particular de su confianza, que ha ejercido una defensa efectiva, pues ha estado presente durante el desarrollo del proceso.

50) En relación a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ruano Torres vs. El Salvador antes referida, debemos verificar si existen defectos evidentes a ser contestados, y si los mismos fueron puestos en conocimiento; al respecto, el Tribunal considera que no hay defectos evidentes, y de lo que se ha puesto en conocimiento, se acusa de un defecto de violación al derecho a la defensa, evidenciando al respecto que el mismo no existe ya que la defensa de la persona procesada, ha estado presente y ha tenido las armas suficientes para ejercer correctamente ese derecho fundamental, en las diferentes etapas del proceso como se explicó ut supra, sin que haya hecho el uso correcto de sus derechos, en lo cual este Tribunal, al igual que los demás tribunales que han actuado en la causa, puedan entrometerse en la línea de defensa que proponga la defensa técnica particular.

51) En conclusión, de todo lo analizado en los párrafos que anteceden, se desprende que no existe violación del derecho a la defensa respecto al encausado señor Rodrigo Óber Padilla Arroyo.

[20] https://dpej.rae.es
[21] Ibídem.

6.3.3.- Facultad oficiosa.

52) Dentro de las facultades del Tribunal de Casación, se encuentra la de poder determinar de oficio, errores de derecho en la sentencia impugnada, conforme lo prevé el artículo 657.6 del COIP; 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.

53) Para ello, conforme se señaló anteriormente, se debe revisar la sentencia impugnada, 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[22], con especial atención a los parámetros establecidos en la sentencia constitucional N° 1158-17-EP/21, 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.

54) En este contexto, nos preguntamos, **¿la sentencia recurrida se encuentra debidamente motivada?**, ante lo cual, revisada la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, de 25 de agosto de 2021, las 13h08, encontramos que la misma sí cumple con los parámetros mínimos de motivación, contiene fundamentación fáctica y jurídica, las mismas que son suficientes, contiene una determinación de hecho y de derecho, observa una estructura lógica, hay un hilo conductor que relaciona los argumentos con el criterio jurídico vertido en la sentencia y la conclusión a la que se ha llegado, es decir no existe contradicción y por ende es congruente, se ha dado la respectiva contestación a los alegatos de apelación, encontrándose relacionadas las premisas y las conclusiones, cumpliéndose así con los parámetros de motivación de la sentencia, por lo que, ante la interrogante efectuada se concluye que la sentencia impugnada sí se encuentra debidamente motivada, pues reúne los requisitos mínimos de motivación, y por lo tanto la sentencia es válida.

55) 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, sí 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; […]"* [23] (el énfasis nos pertenece), pronunciamiento que es coadyuvado con el voto concurrente del Juez Constitucional Agustín Grijalva Jiménez, que en su párrafo 21 señala:

> **55.1)** *"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***

[22] **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".

[23] *Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 8-19-IN y acumulado/21, de 08 de diciembre de 2021, párr. 35.*

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 merito 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).

56) En este contexto, se ha procedido a la respectiva revisión y análisis de la sentencia dictada por el tribunal ad-quem, encontrando que la misma, ha efectuado la correcta aplicación de la ley, sin que se avizoren errores in iudicando que declarar de oficio, guarda una estructura lógica en forma coherente entre sus partes expositiva, considerativa y resolutiva, con fundamento fáctico y jurídico, que le lleva a una resolución correcta del caso, por lo que, ante la interrogante de que si ¿existen errores de derecho que permitan casar de oficio la sentencia?, la respuesta es no existen en la sentencia errores in iure que lleven a una casación oficiosa.

SÉPTIMO.- DECISIÓN:

57) 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,

57.1) Declarar improcedente el recurso de Casación interpuesto por el procesado señor **RODRIGO ÓBER PADILLA ARROYO**, al no haber un argumento técnico de casación, desechando en consecuencia la impugnación propuesta, advirtiendo que la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, de miércoles 25 de agosto de 2021, las 13h08, es una sentencia válida al tener un parámetro mínimo de motivación que es suficiente, y no existe mérito para emitir una casación oficiosa. Además, respecto a las alegaciones de violación de un derecho fundamental, al debido proceso en el ámbito de derecho a la defensa, derecho a la defensa formal, contar con un defensor técnico, conforme se analiza en la presente sentencia, el Tribunal no advierte que exista la violación al derecho a la defensa que ha sido alegada, ya que el recurrente siempre ha contado con un defensor técnico de su confianza, que ha sido el mismo profesional desde la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio hasta la presente.

57.2) 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 **JUEZ NACIONAL (e)** DR. JULIO INGA YANZA **JUEZ NACIONAL (e)**
Certifico.-

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia se analiza la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el procesado, determinando que hay indebida fundamentación por falta de argumento técnico, se da contestación a alegaciones de violación al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa conforme lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se concluye que la sentencia de la cual se ha interpuesto el recurso es válida al encontrarse mínimamente motivada, así como también que no existen errores de derecho en la sentencia que permitan aplicar una casación de oficio conforme lo prevé el artículo 657 numeral 6 del COIP.

VII

Juicio Nro. 13572-2020-00331
Fecha: jueves 5 de diciembre del 2024, las 09h57
Juez Ponente: Dr. Manuel Enrique Cabrera Esquivel

TEMA

Improcedencia de la retractación de la víctima en sede de casación en delitos sexuales.

SÍNTESIS

En sede de casación no es posible alterar los hechos fijados por los tribunales de instancia ni valorar nuevas pruebas; por ello, la retractación de la víctima producida en la audiencia de casación resulta improcedente. En recurso de casación interpuesto contra una sentencia condenatoria por un delito sexual, la Sala Penal de la Corte Nacional analizó las alegaciones de falta de motivación y errónea interpretación de la norma. La Corte determinó que la sentencia de apelación se encontraba debidamente motivada y que el recurrente no cumplió con los parámetros técnicos para estructurar el cargo casacional, pues su argumentación pretendía reabrir el debate probatorio. Durante la audiencia de casación la víctima se retractó de su testimonio inicial; sin embargo, la Sala señaló que en esta etapa procesal no es posible alterar los hechos fijados por los tribunales de instancia ni valorar nueva prueba. En consecuencia, la retractación resulta improcedente en sede de casación, por lo que se declaró improcedente el recurso interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS:
PRIMERO: ANTECEDENTES
I. Antecedentes procesales.
1. El Tribunal de Garantías Penales, en sentencia de 26 de mayo de 2021, las 10h20, declaró a B. B. autor directo del delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el segundo inciso del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de nueve años tres meses; multa de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general; y, ordenó como medidas de reparación la rehabilitación de la víctima y el pago de trescientos dólares américanos. De esta sentencia, el procesado interpuso recurso de apelación.
2. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia, en sentencia de 20 de septiembre de 2021, las 11h27, rechazó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia subida en grado.
3. Inconforme con esta decisión, el procesado interpuso recurso de casación.
II. Hechos acusados y hechos probados.
4. La hipótesis fáctica de la acusación se contiene en lo siguiente:

> (...) la menor de edad de iniciales S.P.Z.N, durante la investigación manifiesta que su padrastro, el señor B. B. tocaba sus partes íntimas, es decir su vagina y que estos hechos ocurrían en la casa de ella, esto en N. N., es más la menor refiere que le contaba a la madre pero que no le creyó. Con estos antecedentes se formularon cargos en su contra dando inicio a la etapa de instrucción fiscal, al concluir la misma, en la audiencia evaluatoria y preparatoria a juicio la Jueza de la Unidad Judicial Segunda de Violencia contra la Mujer y Familia de la ciudad de XX, abogada XX dictó Auto de Llamamiento a juicio contra el ciudadano B. B. en calidad de presunto autor directo del delito tipificado y sancionado en el artículo 170 inciso 2do del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42 numeral 1, literal a) ibídem, ordenando la prohibición de enajenar los bienes muebles e inmuebles; ratificando las medidas cautelares dictadas en su contra contempladas en el Art. 522 en los numerales 1 y 2 del cuerpo de ley antes invocado.

5. Luego del análisis correspondiente, la Corte de Apelaciones, concluyó:

> (...) dado que en el caso in examine, TANTO LA MATERIALIZACIÓN DEL DELITO

COMO LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO SE ENCUENTRAN DEBIDAMENTE ACREDITADAS MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE, PUES ADEMÁS DE LA VERIFICACIÓN DEL NEXO CAUSAL EXISTENTE, SE TIENE QUE EL RESULTADO LE ES IMPUTABLE OBJETIVAMENTE, TODA VEZ QUE EL PROCESADO HA COMETIDO UNA CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE, A TRAVÉS DE SU ACCIÓN, PRODUCIENDO UN RESULTADO LESIVO, DESCRIPTIBLE Y DEMOSTRABLE, LESIONANDO, SIN JUSTA CAUSA, EL BIEN JURÍDICO CONTRA LA INDEMINIDAD SEXUAL. DADO QUE ES IMPUTABLE Y HA ACTUADO CON CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE SU CONDUCTA, CON LO QUE HA ADECUADO SU CONDUCTA MILIMÉTRICAMENTE AL TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL tipificado y sancionado en el Art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal; en donde el procesado participó de manera directa e inmediata con lo que se positiviza, la teoría del dominio del hecho, que es aquella que define al autor directo como aquel que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del delito. En este orden de ideas, Roxin afirma respecto a esta forma de autoría, que es: "quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central, ...No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se pude tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano" (Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. 1984. Pág. 127); por lo su participación fue en el grado de autor directo, originándose la destrucción de su estado jurídico de inocencia contemplado en el numeral 1 del Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en concordancia con el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República, todo lo cual fue debidamente analizado por el Tribunal a quo así como la imposición de la pena que al existir la agravante prevista en el Art. 48 numeral 5 del COIP se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal aumentada en un tercio. Constituyendo el abuso sexual una manifestación grave de maltrato hacía los individuos, y ocurren cuando se utiliza la seducción, el chantaje, las amenazas, la manipulación psicológica o cuando se valen de su posición jerárquica para involucrar a una persona en actividades sexuales de cualquier tipo. Estos actos repulsivos, representan un problema social de grandes dimensiones, los daños que deja en las víctimas son devastadores, incluso pueden llegar a no superarse, constituyen una potencial amenaza al desarrollo psicosocial de niños y jóvenes que han sufrido este tipo de delitos, así el Art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece (…) El estado parte debería reforzar las medidas contra el abuso y la explotación de los niños y realizar campañas de sensibilización. Siendo estas las razones por las que se desecha el recurso de apelación interpuesto toda vez que la sentencia del Tribunal a quo reúne los requisitos del Art. 622 del Código Orgánico Integral Penal.

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 virtud del sorteo de 17 de noviembre de 2021, las 08h16, correspondió conocer este recurso casación al Tribunal integrado por el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional; el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; y, el doctor Iván Saquicela Rodas, ex Juez Nacional en calidad de ponente.

8. En la audiencia de fundamentación del recurso intervino el doctor Manuel Cabrera Esquivel, Juez Nacional (e) ponente, en reemplazo del doctor Iván Saquicela Rodas, en virtud del oficio No. 1394-SG-CNJ-2024.

9. Conocida oportunamente la integración del Tribunal y consultadas de manera expresa a los sujetos procesales, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integran.

II. Validez procesal

10. 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, reservada 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.

11. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa. En consecuencia, al no existir omisión sustancial, que determine la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 652.10 del COIP, el infrascrito Tribunal declara la validez procesal de la causa penal antes singularizada.

III. Alegaciones de los sujetos procesales

12. Fundamentación del recurso de casación.- La abogada L. L., defensa técnica del procesado B. B., como fundamento del recurso de casación, expresó:

- Como antecedentes fácticos que el día 09 de septiembre del año 2019 a las 15h46, se denunció al procesado por delito de abuso sexual en contra de la niña de iniciales Z.N.S.P, quien es hija de M. E., actual pareja del señor B. B. Señala que entre el padre de la niña y la pareja habían conflictos de tenencia de la niña y de pensiones de alimentos. La imputación que hace el denunciante en contra del recurrente se realiza en circunstancias en que se encontraba acorralado por obligaciones alimentarias, lo cual constituyó un móvil lo suficientemente vinculante, para que el propusiera a su hija menor edad, en ese tiempo 8 años, una falsa acusación por abuso sexual, con el fin de chantajear a la señora M. P. para que no le cobre las pensiones alimenticias. Explica que la hermana mayor de la presunta víctima, la señorita D.N.S.P., compareció en juicio y dijo todo lo que su hermana había declarado era falso por cuanto el papá las había obligado a acusarle al señor B. B. para chantajear a la mamá.
- Relata los antecedentes de hecho para que el Tribunal los tenga claro al momento de hacer los cargos a la sentencia por falta de motivación.
- Acusa violencia vicaria, que es aquella que se produce cuando existe entre padre y madre separados, conflictos de orden legal, y uno de ellos busca alianza con uno de los hijos menores, manipulándolo para ejercer actos que alteren la estabilidad emocional, social, económica de la otra parte, en este caso de la madre de la niña.
- Acusa falta de motivación en la sentencia y errónea interpretación de la ley, puntualizando que en el considerando 7.2 del fallo, se, indica que en el artículo 457 del COIP (valoración de la prueba), porque se ha condenado cuando fiscalía en ningún momento probó la autenticidad del testimonio. Para admitir ese testimonio, en la sentencia se invoca el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia (interés superior del niño), pero indica que dicho principio no se puede aplicar contra norma expresa; entonces, si en la sentencia la Sala dice que está aplicando el artículo 457 del COIP, y para sentenciar dice que aplica el artículo 11, está actuando contra norma expresa, porque el artículo 457 del COIP, da un parámetro específico de la prueba.
- Para motivar la sentencia, la Sala no invoca el testimonio de la señorita D.N.S.P., siendo que este testimonio era parte importante dentro de las pruebas de la persona procesada, el haber excluido ese testimonio llevó al tribunal a incurrir en un error de motivación, porque en el apartado 7.4, análisis de la Sala, se establece por probada la materialidad de la infracción con el testimonio de D. A. (perito de reconocimiento del lugar de los hechos), quien indicó "que la mamá de la niña había dicho, que el señor había abusado sexualmente de la niña", sin valorar el testimonio de la madre que en la audiencia de juicio dijo: "lo que declaró mi hija es falso, el padre de mi hija me debe pensiones alimenticias, me quiere quitar la custodia de mi hija y por eso le obligó a mentir". Y añade que la perito de psicología indicó que la niña nunca fue llevada a la valoración psicológica. Lo que a su criterio genera una incongruencia en la sentencia.
- La sentencia viola las reglas de interpretación y con ello el artículo 13 del COIP, que establece que los tipos penales y las penas se interpretan de manera estricta y en sentido literal, y prohíbe realizar analogía, resaltando que es una analogía afirmar que la materialidad de esta infracción, se prueba con el reconocimiento del lugar de los hechos.
- Solicita nulidad por falta de motivación en el considerando 7.4 de la sentencia, pues se indica la necesidad de la determinación de la evidencia cómo resultado del abuso sexual, pero indica que aquello no se invoca y no existe en la sentencia, con lo que se produce otra violación expresa del texto de la ley, específicamente del artículo 502.1 del COIP.
- Pide que se declare la nulidad de la sentencia por falta de motivación por vicio de incongruencia, y solicita que se case la sentencia y se ratifique la inocencia del procesado.
- De conformidad con el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, el artículo 60 del

Código de la Niñez y Adolescencia, y el artículo 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece el derecho de todo niño, niña o adolescente de ser escuchado, en los asuntos que directamente les afecten, indica que la víctima desea ser escuchada.

13. Contestación al recurso de casación.- El abogado Wilson Espín Rosales, delegado de la Fiscalía General del Estado, expresó:

- Se hacen alegaciones sobre la incredibilidad subjetiva del testimonio de la víctima, al aducir que habría motivos espurios como cuestiones de pensiones alimenticias, conflictos entre el denunciante y el procesado, que es conviviente de la madre de la víctima.
- Si bien la defensa dice que va hacer un recuento de los antecedentes fácticos, menciona más bien alegaciones sobre que, a su parecer, habría un motivo espurio para no considerar la credibilidad del testimonio de la víctima, e indica que eso contradice los hechos dados por probados en la sentencia de segunda instancia.
- Se pretende revictimizar a la víctima en sede de casación, para beneficiar con su relato al procesado, dado que ya no es la etapa procesal oportuna y que su testimonio anticipado ha sido rendido en la audiencia de juicio, con las debidas garantías y justamente ha sido motivo de valoración, tanto en primera como en segunda instancia.
- La defensa no ha individualizado la sentencia de la cual recurre.
- La sentencia de Corte Constitucional 1158-17-EP/21, establece en el parágrafo 100, que quien alega una falta de motivación, debe hacerlo con total claridad y precisión, y eso es lo que no ha ocurrido en la presente audiencia, pues los parámetros de la Corte Constitucional, ni siquiera han sido mencionados por la defensa técnica, no dice cuál es el vicio motivacional. Habla de una incongruencia, pero dice que hay una contradicción entre las premisas, no dice si hay incongruencia frente a las partes o frente al derecho, y tampoco sustenta en los términos de esta sentencia 1158 la incongruencia, porque más bien se refiere a una incoherencia, es decir contradicción entre varios fragmentos de la sentencia, que respondería más bien a una incoherencia lógica. Nada de aquello ha sido mencionado por la defensa técnica, no ha dicho exactamente en qué parte está el vicio motivacional y cómo afecta la parte decisional de la sentencia, es decir el principio de trascendencia de la deficiencia motivacional.
- Detecta una inconformidad con la valoración probatoria, un argumento vacío de contenido, que más bien contiene una pretensión valorativa, lo cuál se encuentra prohibido en el artículo 656 inciso final, al aducir que no ha sido valorado el testimonio de la madre de la víctima, y otros testimonios que han sido practicados como medios probatorios.
- La defensa ha dicho que no pretende la revaloración, sin embargo de forma indirecta es lo que finalmente solicita.
- La defensa ha manifestado que no se dio la valoración psicológica de la víctima, y esto ha sido una cuestión que ya ha sido planteada en segunda instancia.
- La defensa acusa que la materialidad se prueba únicamente con el reconocimiento del lugar, pero se evidencia de la sentencia en el considerando 6 que se establecieron cuáles fueron los problemas jurídicos, se cuestionó la categoría de la culpabilidad, se cuestionó precisamente la materialidad de la infracción, se alegó contradicción del testimonio de la víctima, y finalmente, que no había incredibilidad subjetiva, cuatro argumentos planteados en sede de apelación, los cuáles fueron resueltos a partir del considerando séptimo de la sentencia, específicamente a partir del considerando 7.4.
- Respecto del cargo de errónea interpretación de la ley el principio de taxatividad, pues ha mencionado el artículo 457 y el artículo 13 y por ello hay una mezcla de argumentos dentro de la parte motivacional, con respecto a un cargo de mérito, como la errónea interpretación, es decir, no cumple tampoco el principio de autonomía. Tampoco ha indicado cuál es la interpretación que el juzgador dio a la norma y cuál es la que se debía dar. Por lo indicado no se ha cumplido con absolutamente ninguna técnica casacional y mucho menos ha dicho en qué parte de la sentencia se encuentra el error y como influyó en la decisión de la causa la errónea interpretación que se alegó.
- La defensa, al invocar el artículo 502.1 del COIP, que dice que el testimonio debía valorarse en todo contexto de la prueba, nuevamente cuestiona la valoración probatoria y desconoce lo que la propia sentencia de segunda instancia ha hecho, que es, aplicar el test de cautelas sobre el testimonio de la víctima, siendo que consta como cargo de apelación justamente cuestionar la contradicción del testimonio de la víctima, y lo que ha hecho el tribunal de segunda instancia es analizar la incredibilidad subjetiva, hacer

corroboración periférica, y determinar la credibilidad del testimonio precisamente como un hecho probado.

- Por un lado, la defensa solicita la nulidad constitucional de la sentencia por falta de motivación, pero la pretensión es que se case la sentencia y se declare el estado de inocencia, sin distinguir el efecto jurídico entre la nulidad casacional o la errónea interpretación.
- Por todo lo expuesto, al no cumplir con ningún estándar para alegar falta de motivación o cargo de mérito alguno y al no haberse cumplido el principio de debida fundamentación, solicita que este recurso sea rechazado y la sentencia en grado sea confirmada en todas sus partes.

14. Contestación del recurso de casación.- La abogada Cristina Rodríguez Barahona, por parte de la Defensoría Pública a favor de la víctima, contestó:

- Pese a que se encuentra presente aquí la víctima menor de edad, junto a su madre, considera que es una revictimización, el hecho de que se pretenda hacer que comparezca la niña a determinar cualquier argumento dentro de la presente audiencia, no obstante de su derecho de comparecer en cualquier momento.
- La defensa alegó falta de motivación por el vicio de incongruencia y sin argumentar en qué consistiría esta incongruencia, no se ha alegado si es incongruencia frente a las partes o frente al derecho, no se ha hecho una debida argumentación respecto de lo que indica la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional respecto de los vicios de la garantía de motivación y, por ende, se desconoce en qué parte estaría alegando este vicio dentro de la sentencia de segunda instancia.
- De la revisión de la sentencia, se encuentra debidamente motivada y no existe ninguno de los vicios que se encuentran determinados por parte de la Corte Constitucional, para que puedan ser motivo de algún tipo de nulidad constitucional.
- Respecto de la alegación de errónea interpretación, la defensa no ha indicado cuál es la errónea interpretación ni cuál era la interpretación correcta en este caso, sino que ha hecho alusión a hechos, y a elementos probatorios para que se consideren los mismos, lo cual dentro del recurso de casación está prohibido, ya que no puede ser motivo de revisión la carga probatoria.
- Solicita que se declare improcedente el recurso de casación y se confirme la sentencia de apelación.

15. Réplica del recurso de casación.- La abogada Liliana del Rocío Arcentales Zamora, en representación del procesado recurrente, señor B. B., replicó:

- Existe falta de motivación por el vicio de incongruencia en la sentencia de segunda instancia, el tribunal para decidir indica que cuenta con el testimonio del señor que hizo el reconocimiento del lugar de los hechos, y que con eso prueba la materialidad de la infracción, y que esto consta en el numeral 7.4 de la sentencia.
- En la sentencia se afirma que para determinar la materialidad de la infracción debe existir la determinación de la evidencia como resultado del abuso sexual y que de la única evidencia que se habla en esa sentencia es del testimonio que hizo el perito del reconocimiento del lugar de los hechos, cuando en materia de abuso sexual, la prueba madre es el testimonio, no el reconocimiento del lugar de los hechos, en cuanto a la materialidad.
- Explica que no quiere inducir al Tribunal a que valore prueba, sino que resalta que existe incongruencia en la sentencia en cuanto a que dice, que tal prueba es relevante para sentenciar a una persona a nueve años de prisión, cuando hay un testimonio totalmente contradictorio.
- En cuanto a la errónea interpretación del artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, consiste en que dicho artículo habla del interés superior del niño, y que aquello no puede ser aplicado contra norma expresa, que para el caso son los artículos 75 y 76 de la Constitución del Ecuador (debido proceso).

16. Defensa material.- El procesado B. B., en ejercicio de su derecho a la defensa material, expresó:

- El procesado recurrente manifestó que está de acuerdo con la intervención de su defensa técnica.

17. Derecho a ser oída.- La víctima Z.N.S.P., acompañada de su madre, ejerce su derecho a ser escuchada: "Yo mentí en la parte de que dije que mi padrastro me había abusado."

IV. Reflexiones del Tribunal

Sobre el recurso de casación.

18. 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.

19. 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.

20. Estos pedidos se pueden realizar de manera directa cuando el reclamo se realiza directamente sobre estos juicios sobre los aspectos fácticos o probatorios; o, de manera indirecta, cuando sin ser expreso el pedido de valoración de prueba o revisión de hechos, este ejercicio es necesario para atender al reproche.

21. 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.

22. 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 orsdenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

23. 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 alterado.

24. 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.

25. 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.

26. 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.

27. 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).

28. 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.

Delimitación del análisis del recurso de casación.

29. En la audiencia la defensa técnica de B. B., alegó en lo principal falta de motivación y un cargo casacional en contra de la decisión de segunda instancia:

29.1. La falta de motivación de la decisión por deficiencia de motivación aparente, bajo el criterio de incongruencia, pues considera que no

se da respuesta al argumento relevante sobre la determinación de la materialidad de la infracción con base en el testimonio del perito de reconocimiento del lugar de los hechos, y sin tomar en cuenta los testimonios de la madre y la hermana de la víctima.

29.2. Errónea interpretación de los artículos 13, 457, 502.1 COIP, reclamando que el testimonio de la víctima, por sí solo, es insuficiente y es contradictorio frente a otros testimonios.

Sobre la motivación de la decisión

30. Tomando en cuenta que la falta de motivación puede afectar la validez de la decisión, es el primer cargo atendido por este Tribunal, pues de confirmarse la nulidad de la decisión resulta inoficioso el análisis de los demás cargos formulados en la audiencia.

31. 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:

31.1. 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 adecue a una de las causales previstas en la norma referida.

31.2. Como medio de control de legitimidad en cuanto a la garantía de la motivación, por mandato expreso del artículo 76.7.l) 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.

32. La Corte Constitucional en Sentencia No. 1158-17-EP/21, fijó como criterio rector para la determinación de la motivación de las sentencias judiciales el estándar de suficiencia en fundamentación normativa o la fundamentación fáctica de una argumentación jurídica. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación adolece de deficiencia motivacional. La deficiencia motivacional puede ser de tres tipos: (1) de inexistencia motivacional; (2) de insuficiencia motivacional; y, (3) de apariencia motivacional.

33. Todo cargo de falta de motivación se debe analizar desde estos tipos básicos de deficiencia argumentativa. Una argumentación jurídica es *aparente* cuando, cuenta con fundamentación normativa y una fundamentación fáctica, es decir, pese a lucir como una respuesta completa, está afectada (en cuanto a lo normativo o fáctico) por algún tipo de *vicio motivacional*. La Corte Constitucional ha encontrado, hasta el estado actual de su jurisprudencia cuatro formas de vicio de motivación (o motivación incorrecta):

33.1. Argumentación jurídica aparente por vicio de motivación de incoherencia: ocurre cuando la argumentación luce suficiente, pero alguna de sus partes normativa o fáctica está viciada por contener enunciados *incoherentes, y estos no sirven para fundamentar una decisión.* Un enunciado es incoherente cuando es contradictorio: ya sea entre sus premisas y conclusiones (esto es incoherencia lógica) es decir un enunciado niega lo que otro afirma; o, entre la conclusión final de la argumentación y la decisión final (incoherencia decisional), es decir, cuando la decisión es contraria a las conclusiones establecidas en la exposición de las consideraciones previas.

33.2. Argumentación jurídica aparente por vicio de motivación de *inatinencia*: ocurre cuando la argumentación contiene razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido y por tanto con el problema jurídico que se trata, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La inatinencia no se refiere a la *pertinencia jurídica* que es el acierto o no en la selección de la norma aplicable al caso, pues esto corresponde a un asunto de estricta legalidad que rebasa a la garantía de la motivación y puede y deber ser subsanado por el juzgador competente.

33.3. Argumentación jurídica aparente por vicio de motivación de *incongruencia:* ocurre cuando alguna de sus partes (fáctica o jurídica) esta viciada por ser incongruente con el debate judicial. Es *incongruente frente a las partes* cuando se deja de contestar un argumento relevante de las partes, que son aquellos que inciden significativamente en la resolución del problema jurídico. La *incongruencia frente al Derecho,* se produce cuando no se ha tomado en cuenta en la respuesta alguna cuestión que el sistema jurídico impone abordar en la resolución de un problema jurídico determinado.

33.4. Una argumentación jurídica aparente por vicio de motivación de *incomprensibilidad:* ocurre cuando la respuesta judicial contiene enunciados *incomprensibles* es decir la argumentación jurídica no es razonablemente inteligible. El tipo de *incomprensibilidad* que puede vulnerar la garantía de la motivación tiene que ver exclusivamente con la excelencia que debe perseguir la motivación de un juez.

34. 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.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) [El énfasis añadido]

35. En la causa en concreto, el único argumento para alegar la falta de motivación de la decisión es que el tribunal habría fijado la materialidad con base en la pericia del reconocimiento del lugar de los hechos, sin tomar en cuenta que los testimonios de la madre y hermana de la víctima contradicen el testimonio de la ofendida, por lo que alegó vicio de incongruencia, que sí bien es una de las modalidades, no identificó si esta es respecto de las partes o respecto del derecho.

36. Para dar contestación al reproche corresponde determinar cuáles fueron los argumentos en apelación y si estos fueron respondidos.

37. De la revisión de la sentencia, la defensa de B. B., en la audiencia de apelación reclamó:

(...)1.- Intervención de la Ab. Liliana Arcentales Zamora patrocinadora del procesado B. B., al fundamentar el recurso de apelación alega: Que el tribunal en forma equivoca y errónea dicta sentencia condenatoria en contra del señor B. B. condenándolo a una pena privativa de libertad de 9 años por el presunto delito de abuso sexual en contra de una niña menor de edad quien es su hijastra. El tribunal para dictar sentencia se basó únicamente en el testimonio de la presunta víctima sin contar con ninguna otra prueba de cargo para determinar tanto la materialidad como la responsabilidad de su representado, testimonio deberá ser corroborado con otras pruebas, materialidad de la infracción se radica en la pericia psicológica, técnica del CBCA, jamás fue practicada a la víctima, la Dra. Jessenia Rodríguez perito asignada a la presente causa, ella indicó que jamás practicó ninguna pericia a la presunta víctima, no llevaron a la niña para la pericia psicológica, testimonio de la presunta víctima es incongruente inconsistente y no se encuentra corroborado por ninguno de los testigos que declararon en la audiencia de juicio. Al haberse justificado en esta fundamentación del recurso que el testimonio de la presunta víctima es inconsistente y no se encuentra corroborado por ninguno de los testigos que declararon en audiencia de juicio y tanto más que la psicóloga llamó al padre de la presunta víctima para que la niña fuera a rendir sus entrevistas y así poder consolidar el CBCA, declara que por haber asistido la niña a las entrevistas no pudo establecer ninguna credibilidad ni nexo causal entre la materialidad de la infracción y el procesado, solicita que se revoque la sentencia condenatoria y se confirme el estado de inocencia. (...)

38. De la lectura de la cita, se encuentra que en el recurso de apelación se alegó:

- La condena se basa únicamente en el testimonio de la víctima.
- El testimonio no se encuentra corroborado.
- No se realizó la pericia psicológica para determinar la credibilidad.

39. Estas mismas alegaciones son nuevamente recogidas en los considerandos 7.4 y 7.5 de la sentencia por el mismo Tribunal de Apelación, y se da una respuesta a estos argumentos:

7.4.- ANÁLISIS DE LA SALA Y MOTIVACIONES PARA DECIDIR.- (...) Por tales antecedentes este Tribunal de alzada tiene el CONVENCIMIENTO DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS MATERIA DE LA INFRACCIÓN, sin que exista alguna causa de exclusión de la conducta o de exclusión de la antijuridicidad; habiéndose PROBADO LA EXISTENCIA O MATERIALIDAD DE LA INFRACCIÓN: 1.- Certificado digital de datos de identidad otorgados por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación otorgado a Z.N.S.P. (...) 2.- Testimonio de la Dra. DAYSI DE LA CARIDAD VIRGILI JIMÉNEZ, (...) 3.- Testimonio de DIEGO ARMANDO NAVARRETE, agente investigador (...). En cuanto a que no se realizó la pericia psicológica para demostrar el daño, esta pericia sirve para para determinar alteración emocional o daño psicológico; que por sí sola, no se podría ser concluyente para determinar la existencia material de la infracción, la misma que debe ser valorada en conjunto con las demás pruebas aportadas conforme al principio de libertad probatoria, siendo un factor importante la edad de la menor (ocho años), el tiempo que transcurre el episodio, por lo que según la Psicología forense en la evaluación de credibilidad se debe considerar la edad del niño, por sus capacidades cognitivas y en consecuencias, las características de la evocación de los recuerdos y la formulación de relatos propios de cada edad; y, al tratarse de un delito de abuso sexual el testimonio de la víctima se constituye en un testimonio directo y prueba principal por ser denominados delitos ocultos, o clandestino, en donde la pericia psicológica y con ello el test de credibilidad es una prueba más para llegar a la verdad histórica de los hechos, así el juzgador no puede dejarse llevar solo por el resultado de una pericia psicológica, como si se tratara de medios matemáticos. Quedando demostrada la materialidad de la infracción que fue motivo de impugnación, (...) Por lo que este Tribunal de Alzada tiene el CONVENCIMIENTO DE LA CULPABILIDAD PENAL DE LA PERSONA PROCESADA B. B., MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE, con las siguientes pruebas: 1.- TESTIMONIO URGENTE DE LA MENOR ZNSP, (...) 2.- Testimonio del agente investigador DIEGO ARMANDO NAVARRETE, (...) 3.- Testimonio de PAOLA ANDREA MOREIRA ESCALANTE, quien realizó la pericia de entorno social a la menor Z.N.S. (...) Prueba practicada por la Fiscalía que no pudo ser desvirtuada por la defensa del procesado, B. B., quien al rendir su testimonio que es un medio de defensa y de prueba a su favor dijo (...) Presentando como medio de defensa y de prueba a su favor los testimonios de M. E., madre de la menor y esposa del procesado (...) [Testimonio de la] hermana de la niña ZNSP, dice que (...) NORMA BRICIDA MONGE MENDOZA, vecina del B. B., dice que (...) MARÍA YESSENIA RODRIGUEZ PONCE, quien fue designada para practicar una pericia psicológica a la menor ZNSP (...) C. C., es hermana de xx; y, la niña es su sobrina, (...) JACINTA OLAYA INTRIAGO PINARGOTE.- hizo una pericia de trabajo social en el año 2017, (...) Prueba que al ser valorada en conjunto no contradice a la practicada por la Fiscalía, pues se trata del testimonio de la esposa del procesado quien ejerce una relación de poder sobre ella porque a pesar que trabaja necesita del apoyo económico del procesado toda vez que el padre de la víctima no cumple con el pago de las pensiones alimenticias; y, debido a esta situación ha puesto en riesgo a su hija la menor ZNSP, quien le contó lo sucedido pero la trató de mentirosa, por lo que la menor le comentó a su padre. En cuanto al testimonio de la menor D.N.S.P., indica que su padrastro B. B. es respetuoso, sin embargo en el contra interrogatorio dice que el procesado le hizo un moretón en el brazo; y, por esa razón su padre presentó una denuncia en la Junta Cantonal, aceptando que el procesado aporta económicamente en la casa, que ella prefiere vivir con su mamá porque la deja salir, por lo que su testimonio ha sido manipulado; y, no creíble; negando que su hermana ZNSP le haya contado que el procesado le tocó sus partes intima, como el hecho de decir que su dormitorio donde duerme con su hermana tiene picaporte, cuando de la pericia practicada por el perito DIEGO ARMANDO NAVARRETE, señala que la habitación no tenía puerta; lo que tapaba la visibilidad de la habitación era una cortina; y, lo que se aprecia de las fotografías adjuntadas. Con respecto al testimonio de C. C., quien negó que la menor le comentó que el procesado le tocaba sus partes íntimas, la misma hizo conocer que el procesado trabaja para ella como chofer de su hija.

Sobre los testimonios de MARÍA YESSENIA RODRIGUEZ PONCE, BRICIDA MONGE MENDOZA; y, JACINTA OLAYA INTRIAGO PINARGOTE, sobre los hechos no aportan nada. Por lo que se ha llegado comprobar la culpabilidad del procesado B. B., ya que existen recaudos probatorios testimoniales rendidos bajo juramento que fueron presentados como medios de prueba de cargo por parte de la acusación fiscal, (...) 7.5- MOTIVACIÓN PARA RECHAZAR EL RECURSO DE APELACIÓN.- Conforme al fundamento del recurso de apelación este se centra en que el testimonio anticipado de la víctima Z.N.S.P. es contradictorio, pues indica haber contado de lo sucedido a su madre quien la tilda de mentirosa, a su hermana D.N.S.P; y, a su tía H. quienes al rendir su testimonio negaron lo indicado por la menor. Lo que ya fue analizado por este Tribunal en el acápite anterior prueba testimonial del procesado que carece de credibilidad toda vez que son testimonios acomodaticios (...) Por lo que las alegaciones de la defensa del procesado no constituyen una contradicción en el relato de la víctima, (...) En el caso sub judice, el testimonio de la menor ZNSP se ha visto corroborado con declaraciones testificales de diferente origen e incluso informes periciales como ya se indicó. Es por eso que el primer relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, testimonio de la menor que ha sido persistente en el tiempo. El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social anterior o posterior al evento criminal acaecido en pruebas. En efecto el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia. A efecto de evitar la revictimización en especial de los menores de edad se debe tener: a) Reserva de las actuaciones judiciales, b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. (...) Por lo tanto, lo esgrimido o alegado por la defensa del procesado, no se probó conforme a Derecho, NO DESVIRTUÓ, DESACREDITÓ O DESVANECIÓ, LOS MEDIOS PRUEBA DE CARGO DE LA FISCALÍA, LOS QUE ADEMÁS SE ENCUENTRAN RELACIONADOS ENTRE SÍ. En definitiva, de lo analizado se infiere que el referido procesado B. B., ha actuado en evidente ejercicio de sus decisiones de voluntad y conciencia para este fin; es decir, con el designio de causar daño; ya que le era exigible otra conducta, pues se hallaba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no obró ejerciendo esa posibilidad (...)

40. En el análisis del Tribunal *Ad quem*, se responde de manera puntual y concreta cada uno de los argumentos propuestos en la audiencia de apelación, y se explica de manera racional y suficiente cómo las pruebas actuadas en el juicio son válidas y suficientes para demostrar la existencia material de la infracción, cómo se toma en consideración el testimonio anticipado de la menor y la corroboración del mismo frente a las pericias médico legal, de trabajo social y de investigación, todas relevantes para la conclusión a la que llegó el Tribunal. Por lo señalado se verifica que el testimonio por sí solo no fue el único elemento utilizado para llegar a la conclusión de condena, como fue alegado por la defensa, sino que dicho testimonio fue corroborado con otros y contrastado con los elementos de descargo presentados por la defensa, y se ha practicado el test de cautelas, donde se verifica el valor del testimonio anticipado; y, tras ser analizada toda la prueba en conjunto, el tribunal de apelación llegó a la conclusión de marras.

41. Tratándose de delitos sexuales, el testimonio de la víctima es fundamental, por cuanto usualmente son cometidos en clandestinidad. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Guzmán Albarracín VS Ecuador, indicó:

> Por otra parte, como se ha indicado con anterioridad, debe tenerse en cuenta que los actos de violencia sexual, en particular cuando incluyen actos de penetración, configuran "un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima ´y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales" (Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, párr. 100, y Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 146). Por eso, como surge también de la jurisprudencia aludida, en la generalidad de los casos, cuando la víctima de agresión sexual se encuentra viva, su declaración constituye una prueba fundamental sobre el hecho...

42. Dicho criterio se ha acogido por la Corte Nacional de Justicia, por ejemplo, dentro de la sentencia de casación dentro del expediente 13244-2014-0031, en el que se señala:

> De ahí que el testimonio de la víctima en los delitos de violación cobra una particular importancia al ser infracciones penales que suelen cometerse en la clandestinidad, en lo oculto, sin la presencia de otros agentes aparte de la víctima y del o los victimarios; por ello la doctrina suele catalogar a estas conductas como delitos impúdicos.

43. Así mismo, sobre la base del testimonio de la víctima, se debe valorar la prueba periférica para constatar su verosimilitud, la persistencia en la incriminación y la ausencia de causas de incredibilidad subjetiva, lo que ha ocurrido, según lo citado y explicado en líneas anteriores.

44. De lo indicado, este Tribunal de Casación sí encuentra razonamientos suficientes que permiten comprender las respuestas a los argumentos propuestos en apelación. En consecuencia, no existe la ausencia reclamada en esta audiencia, respecto de la apariencia de la incongruencia. No se encuentra el déficit motivacional alegado en la sentencia.

45. En conclusión, se encuentra que 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 inatinente; 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.

46. 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 la decisión se encuentra debidamente motivada.

Sobre la causal de errónea interpretación.

47. Sobre la causal de errónea interpretación como una de las tres causales de casación previstas en el artículo 656 COIP, ha sostenido esta Corte que implica que la norma aplicada por el juez es la pertinente al caso, sin embargo, se ha disminuido o extralimitado los efectos de la consecuencia jurídica, previstos por el legislador, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

48. La errónea interpretación implica siempre que quien la reclama está de acuerdo con la selección de la norma aplicada, es decir ha sido utilizada como fuente en la respuesta judicial, pero se considera que la consecuencia jurídica que le asignó el juez sobrepasa o limita indebidamente los efectos previstos por el legislador para esa norma determinada. De ahí que no se puede reclamar la omisión de la consecuencia jurídica de una norma alegando que esta ha sido mal interpretada, pues lo que se reclama es un error de omisión, no uno de interpretación.

49. Por lo tanto, para alegar la errónea interpretación se debe identificar cuál es la norma que fue aplicada por los juzgadores, para demostrar que la misma sustentó la decisión impugnada, el mecanismo más elemental es señalar el razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia donde se selecciona y aplica la norma erróneamente interpretada. Con este paso se excluye al error de omisión y se evita confusión respecto de la causal de contravención expresa.

50. Y, para excluir el error de selección y evitar confusión respecto de la causal de indebida aplicación, se debe razonar por qué la norma que se alega es pertinente para la resolución del caso concreto. Con estos pasos, se determina efectivamente que se reclama un error de interpretación y se salva una proposición técnicamente contradictoria.

51. Parámetros que no cumple el recurrente, no plantea la pertinencia de las normas ni cuál es el efecto errado dado por los jueces. El argumento central del recurrente se basa en un pedido de revalorización de prueba, y la inconformidad con la sentencia del Tribunal, porque reclama un juicio de valor sobre la suficiencia y contradicción del testimonio de la víctima, pero en ningún momento identifica cómo es que existe un error de derecho en la sentencia.

52. Además, el recurrente invoca de manera desordenada las normas que acusa erróneamente interpretadas, señalando una misma causal para varias normas, sin establecer un argumento independiente para cada una de ellas, con lo que incumple el principio de autonomía, más aún cuando utiliza los mismos fundamentos que realiza en su alegación de falta de motivación y posteriormente de errónea interpretación.

53. Finalmente, al argumentar cargos respecto de pedidos sobre la valoración probatoria, incumple el

principio de no debate de instancia, pues aquellas consideraciones corresponden a las etapas de juicio y apelación, y ya no al recurso extraordinario de casación, según lo explicado en la presente sentencia.
54. En consecuencia, al no haber realizado un análisis técnico de la causal de errónea interpretación, sino que fundamenta su cargo en una premisa que afecta el relato fáctico fijado por el tribunal de apelación, su cargo lleva al tribunal a un ejercicio de revisión de hechos que exige a la vez que el tribunal se pronuncie sobre la aptitud de la prueba para fijar o no los elementos que establecieron la materialidad de la infracción. Por lo que no se encuentra que el cargo se haya fundamentado acorde a la naturaleza de la causal invocada, incumpliendo con los criterios de taxatividad, autonomía y argumentación suficiente, además de incurrir en la prohibición del segundo inciso del artículo 656 COIP, cuya consecuencia es el rechazo de su recurso.
55. Del análisis de la decisión no se encuentra error de derecho que pueda afectar la decisión de la causa que tenga mérito para proceder con la casación de oficio.
Sobre la intervención de la víctima en la audiencia de casación.
56. El Tribunal de casación, tras sopesar los derechos de la víctima menor de edad, como es el de no revictimización y de ser oída en los casos que le afecten (artículo 45 CRE), permitió que la víctima, acompañada de su madre, se exprese en la audiencia de fundamentación del recurso, por cuanto ese fue su petición y así lo indicó por escrito y de forma verbal. Sin embargo, el contenido de sus dichos, corresponden a una retractación, es decir, niega los hechos relatados en su testimonio anticipado, sin aportar una hipótesis fáctica distinta a la ya fijada por los jueces de instancia, y que no afectan el análisis de corroboración, hechos que no pueden ser revisados en sede de casación, lo que fue advertido a las partes procesales en audiencia.
57. Sin embargo de lo advertido en líneas anteriores, cabe destacar que a pesar de que la víctima indica en su participación en la audiencia de casación que el procesado no habría abusado de ella, planteando una retractación ante este Tribunal. Ante esta circunstancia, esta Corte ya ha referido en la sentencia del juicio No. 1772-2015-1507, que en los casos especiales de violencia sexual, y más en contra de niños, niñas y adolescentes, el relato sobre la agresión que mayor credibilidad debe tener, es el primero, mediante el cual la víctima exterioriza el hecho a individuos capaces de ayudarle a detener o sancionar la mentada agresión, pues posteriormente a ello, es alto el riesgo de retractación, debido a las especiales características de este tipo de sujetos pasivos del delito.
58. En consecuencia, su retractación en la audiencia de casación, es formal y materialmente mente improcedente, pues en sede de casación, no es posible alterar los hechos fijados por el tribunal de apelación, ni practicar o valorar prueba; y, por otro, la retractación en delitos sexuales, como es el caso, no es viable por lo señalado en el criterio desarrollado en el párrafo que antecede.
TERCERO: DECISIÓN
59. 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, por unanimidad resuelve:
59.1. Declarar improcedente el recurso de casación propuesto por el procesado B. B.
60 En firme esta decisión, se devolverá el expediente al Tribunal de origen para su ejecución.
f) DR. MANUEL ENRIQUE CABRERA ESQUIVEL **JUEZ NACIONAL (e) (p)** DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ **JUEZ NACIONAL** DR. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

Esta sentencia analiza la falta de motivación por deficiencia de motivación aparente y la errónea interpretación de los artículos 13, 457 y 502.1 del COIP. En base a los parámetros constitucionales de motivación fijados por la Corte Constitucional, determina que en la decisión impugnada se ha dado respuesta concreta a los argumentos relevantes planteados por las partes de manera suficiente en lo fáctico y jurídico. Se revisan los requisitos técnicos y argumentales para el cargo casacional de errónea interpretación, estableciendo que el procesado no fundamentó correctamente su recurso y que su pretensión en la valoración de prueba no se puede conceder en casación. En consecuencia se declara improcedente el recurso de casación interpuesto.

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I

Juicio Nro. *17230-2020-13958*
Fecha: *25 de Noviembre del 2024 a las 15h24*
Juez Ponente: *Dr. Luis Adrian Rojas Calle*

TEMA

"Prescripción extintiva y obligación natural: Subsistencia, efectos jurídicos y ausencia de declaración judicial".

SÍNTESIS

La declaratoria judicial de prescripción extintiva únicamente impide exigir el cumplimiento de la obligación por la vía judicial, sin afectar la subsistencia de la obligación natural ni los efectos jurídicos que el Código Civil le reconoce. La Sala de la Corte, rechazó el recurso de casación interpuesto por la causal quinta, dentro de un proceso de prescripción extintiva relacionada a una obligación originada por el uso de tarjeta de crédito, determinando que la declaración judicial de prescripción no extingue la obligación natural ni requiere un pronunciamiento expreso para su existencia, limitándose sus efectos a impedir la exigibilidad judicial de la obligación civil.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 31 de octubre del 2014, reinstalada el 07 de noviembre del mismo año, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por la doctora Gean Aguirre Benalcazar, en su calidad de Procuradora Judicial del Banco de Guayaquil; dentro del juicio ordinario de prescripción extintiva seguido por la señora N.N. 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 N.N., comparece a la administración de justicia, señalando que mediante Contrato de Emisión y Uso de la tarjeta de Crédito América Express Banco de Guayaquil celebrado entre el Banco Guayaquil S.A y la compareciente, recibió la tarjeta de crédito No. xx, contrayendo la obligación de pagar todos los consumos y deudas que por utilización de dicha tarjeta de crédito haya autorizado el Banco Guayaquil S.A., y demás obligaciones derivadas de dicho contrato. Que mediante estado de cuenta de fecha corte de 15 de enero del 2004, el Banco determinó el incumplimiento de sus obligaciones derivadas de dicho contrato y declaró vencida sus obligaciones y en base a dicho incumplimiento inició una acción ejecutiva en su contra el 3 de mayo del 2004 a las 10h06, la misma que por auto de fecha 2 de mayo del 2011, las 16h41 fue declarada en abandono. Que desde el 15 de enero del 2004, fecha del último corte de estado de cuenta que sirvió al Banco de Guayaquil S.A., para iniciar la acción ejecutiva de la cual se declaró su abandono, han transcurrido más de 16 años, sin que se haya ejercido acción alguna o exigido el derecho por parte de la demandada por obligaciones que se hayan derivado del contrato de emisión y uso de tarjeta de crédito AMERICAN EXPRESS BANCO DE GUAYAQUIL. Con estos antecedentes, demanda al Banco de Guayaquil S.A., para que en sentencia se declare la extinción por prescripción de los derechos, acciones u obligaciones que se hayan originado del contrato de emisión y uso de la tarjeta de crédito AMERICAN EXPRESS BANCO DE GUAYAQUIL (tarjeta de crédito No. xx) suscrito entre la compareciente y el Banco de Guayaquil S.A.

2. La parte demandada compareció contestando la demandada, oponiéndose a la pretensión de la actora, proponiendo como excepciones error en la forma de proponer la demanda, improcedencia de la acción, falta de derecho de la actora, y subsidiariamente la existencia de obligación natural por parte de la deudora respecto de la obligación crediticia.

3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito, con fecha 20 de julio

del 2021, resuelve aceptar la demanda parcialmnte, declrando extinguido el derehco de acción del Banco de Guayaquil S.A., Con relación a la obligación constante en el estado de cuenta de fs. 1, con fecha de corte 2004/01/15, proveniente del uso de la Tarjeta de Crédito AMERICAN EXPRESS BANCO GUAYAQUIL, signada con el No. xx.

4. La parte demandada, propone recurso de apelación, resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 11 de enero 2022, las 10h04; decidiendo rechazar el recurso y confirmar la decisión de primera instancia.

5. De la decisión del ad quem, la parte accionada Banco de Guayaquil S.A, propone recurso de casación, calificado y admitido a trámite mediante auto interlocutorio de 1 de septiembre de 2022, por el Conjuez Nacional, doctor 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 actualmente se encuentra conformado por los señores doctores: David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Rita Bravo Quijano, Jueza Nacional encargada, 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 conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces 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 lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Adrián Rojas Calle (Ponente), David Jacho Chicaiza y doctora Rita Bravo Quijano en calidad de Jueza encargada del despacho del doctor Roberto Guzmán Castañeda, según oficio N.501-SG-CNJ-MMV-2024 de 5 de abril de 2024; 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. En tan razón, avocamos conocimiento de la presente causa.

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 Nº 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 cumplimento 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 irregularidades[1].

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 pudiere 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[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].

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable 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 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 Constitución[4]; 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. 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.

---

[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).

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 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.

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]

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", la parte casacionista BANCO DE

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

GUAYAQUIL S.A., a través de su defensa técnica, fundamentó el recurso en torno al caso cinco del artículo 268 del "COGEP", refiriendo en lo principal que:

25.1. Denuncia la falta de aplicación del artículo 1486 inciso sexto del Código Civil, según el cual, son obligaciones naturales, las obligaciones civiles extinguidas por prescripción.

25.2. Que al comparecer al proceso contestando la demanda, en su calidad de demandado, solicito que subsidiariamente, ante la procedencia de la demanda, se declare la existencia de una obligación natural, alegación que según indica, fue también fundamento del recurso de apelación.

25.3. Que sin embargo, en ninguna de las instancias existió pronunciamiento al respecto, pese a la necesidad y pedido efectuado por la parte demandada, en el sentido de que pese a que la acción de cobro prescribió por el paso del tiempo, dicha obligación subsiste como natural. Finaliza su impugnación, requiriendo que se case el fallo impugnado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

26. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 25 *ut supra*, este Tribunal se plantea como problema jurídico objeto de resolución:

26.1. ¿Determinar si existe falta de aplicación del artículo 1486. 6 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

27. 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).

28. 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 democrática[7].

29. 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.

30. 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.

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

[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.

7.1. Resolución de los cargos por el caso quinto del artículo 268 del "COGEP"

31. 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.

32. 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.

33. 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]

34. 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.

35. En el recurso propuesto, se denuncia la falta de aplicación del inciso sexto del artículo 1486 del Código Civil, norma que su texto determina:

> Las obligaciones son civiles o meramente naturales.
>
> Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.
>
> Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.
>
> Tales son:
>
> Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;
>
> **Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;**
>
> Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida; y,
>
> Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.
>
> Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

36. A decir de la parte impugnante, en su contestación a la demanda como en el recurso de apelación solicitó que subsidiariamente, ante la procedencia de la demanda de prescripción de la acción civil de cobro de la obligación civil, se declare la subsistencia de la obligación natural, que al tenor de la norma trascrita, faculta al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

37. En ese contexto, según aparece en la demanda planteada, la pretensión de la actora radicó en que: *"mediante sentencia se declare la extinción de los derechos, acciones u obligaciones que se hayan originado del contrato de emisión y uso de la tarjeta de crédito AMERICAN EXPRESS BANCO DE GUAYAQUIL (tarjeta de crédito Nº xx) suscrito entre la compareciente y el Banco de Guayaquil S.A, mediante prescripción…"*.

[8] Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

38. A fojas 64-69 del cuaderno de primer nivel, el BANCO GUAYAQUIL, al contestar la demanda, propone como defensa varias excepciones, entre ellas la de improcedencia de la demanda por inexistencia de interés sustancial para demandar la prescripción extintiva, al no existir a la fecha ninguna acción judicial iniciada por el acreedor para exigir el pago, alegando subsidiariamente: *"inexistencia de obligación natural por parte de la deudora y hoy actora N.N. para con el acreedor hoy demandado BANCO GUAYAQUIL S.A., respecto de la obligación crediticia cuya prescripción extintiva es materia de la presente demanda"*. Y como petición concreta solicita: *"se rechace la demanda en su totalidad"*

39. Siendo estos los asuntos sobre los que se trabo la litis, conforme costa en el acta de la audiencia preliminar de fojas 102-103:

> **(…) 4.3 Determinación del objeto de controversia**
>
> DETERMINAR SI PROCEDE LA PETICIÓN FORMULADA POR LA N. N., QUIEN DEMANDA A BANCO GUAYAQUIL S.A, SE DECLARE LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS, ACCIONES U OBLIGACIONES QUE SE HAYAN ORIGINADO DEL CONTRATO DE EMISIÓN Y USO DE TARJETA DE CRÉDITO AMERICAN EXPRESS BANCO DE GUAYAQUIL S. A, N. xx; O, EN SU DEFECTO EL RECHAZO DE LA DEMANDA...

40. De lo esgrimido, se establece que no fue parte de las pretensiones de esta controversia, la declaratoria de existencia de obligación natural, que exige la parte demandada, pues no existió reconvención al respecto, reduciéndose a meras alegaciones su posición de defensa en cuanto a la subsistencia de la obligación natural. Por tanto, los juzgadores de instancia no estaban obligados a pronunciarse sobre este tópico.

41. Dicho sea de paso, conviene recordar que la prescripción abarca dos aspectos: uno a través del cual, se adquiere el dominio de cosas ajenas y otro en cuya virtud se extinguen derechos y acciones ajenas; como consecuencia de este último, cuando el derecho no se ejercita por determinado tiempo, el obligado requerido puede alegar prescripción de la acción. La prescripción de la acción, produce como efecto la inexigibilidad de la obligación civil, su extinción, la que la transforma en consecuencia en obligación natural.

42. Así, atendiendo a la clasificación de las obligaciones del artículo 1486 del Código Civil, según se tenga derecho o no para exigir su cumplimiento se dividen en civiles y naturales. Civiles las que confieren derecho de acción para exigir su cumplimiento y naturales las que no dan acción para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

43. En el caso de las naturales, que interesan a la discusión traída a casación, la doctrina las clasifica en dos: 1) Obligaciones naturales desde su origen; y 2) Obligaciones civiles desvirtuadas[9].

44. Las primera son las denominadas puramente naturales, es decir las que nacen siendo inexigibles judicialmente, como las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces de obligarse según la ley o las derivadas de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para su perfeccionamiento.

45. Mientras que las denominadas obligaciones civiles desvirtuadas, se refieren a aquellos casos en la obligación se constituye válidamente como una de carácter civil, pero después pierde su eficacia o exigibilidad, por haberse declarado prescrita como la del caso en análisis o negado en juicio por falta de prueba.

46. En estos casos, la obligación civil se convierte en natural como consecuencia de la emisión de la sentencia que acoge la prescripción extintiva de la acción o que la niega por falta de prueba. Sin pronunciamiento judicial sobre la prescripción o rechazado de la acción, la obligación sigue siendo civil, aun cuando haya trascurrido el tiempo necesario para la prescripción; i el deudor no la alega y paga la obligación, lo hace cumpliendo una obligación civil. Pero en ambos casos, la obligación natural subsiste, a pesar del rechazo de la acción por falta de prueba o de la declaratoria de prescripción, de manera que lo que se extingue es el derecho para exigir su cumplimento no así la obligación natural.

47. La persistencia de las obligaciones naturales, en la ley, tiene como único fundamento entregar acreedor una excepción o defensa para retener lo que se le ha dado o pagado voluntariamente por el

[9] Barros Alfredo, Curso de Derecho Civil (Primera parte), Editorial Nascimiento, Chile, pág. 47

deudor en razón de ellas, pago que produce efectos civiles.

48. Bajo este análisis, no existe la necesidad de declaratoria judicial de la existencia de una obligación natural, pues aquellas nacen y subsisten de pleno derecho hasta el momento de su pago, como en el caso, en que extinguida la obligación civil, queda vigente la natural, pero con los únicos efectos determinados en el artículo 1486 del Código Civil, de retener lo voluntariamente pagado por la deudora si fuera el caso.

49. Bajo estas consideraciones, 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 demostrados en juicio, por lo tanto, se niega el cargo.

VIII. DESICIÓN

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. Rechazar el recurso de casación planteado por el BANCO GUAYAQUIL S.A.

Resumen de fácil comprensión

Examinada la sentencia del tribunal de apelación, en sede casacional, no se ha encontrado vulneración de las normas que regulan la prescripción de las acciones civiles y la subsistencia de las obligaciones naturales.

II

Juicio Nro. *17322-2017-00332*
Fecha: *viernes 19 julio 2024 a las 14h20*
Jueza Ponente: *Dra. Rita Annabel Bravo Quijano*

TEMA

Recurso de casación: Prohibición de revaloración probatoria en sede casacional.

SÍNTESIS

El recurso de casación no constituye una nueva instancia de debate y no permite la revaloración de la prueba realizada por los tribunales de instancia. La Corte Nacional analizó un recurso de casación interpuesto dentro de un proceso de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. La Sala reiteró que el recurso de casación no abre una nueva instancia de debate ni permite realizar una nueva valoración de la prueba practicada en el proceso. Al advertir que los argumentos del recurrente buscaban reexaminar el análisis probatorio efectuado por los tribunales de instancia, la Corte concluyó que el recurso contravenía la naturaleza del recurso extraordinario de casación y declaró su improcedencia.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS:

I
ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia.

1. Los señores Gladys Aurora Nieto Valenzuela y Miguel Ángel Solórzano Pisco plantearon la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en contra de Mauricio Esteban Rodas Espinel por los derechos que representa del Ilustre Municipio de Quito en calidad de Alcalde y Gianni Frixone Enríquez en calidad de Procurador Metropolitano de Quito.

2. En sus fundamentos de hecho, la parte accionante manifiesta:

> "[…] Debemos indicar que somos poseedores pacíficos e ininterrumpidos, con ánimos de señores y dueños por más de quince años, de un lote de terreno con su respectiva infraestructura mixta destinada a la venta de comidas, ubicado en la avenida Quito o vía Calacalí La Independencia y calle Sucre (esquina) del Barrio Central, parroquia Nanegalito, del cantón Quito, provincia de Pichincha, que consta como propietario el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, el mismo que está comprendido entre los siguientes linderos y dimensiones: Superficie: 44,18 m2; Numero Predio: 1212952; Clave catastral: 4783208043000; Identificación propietario: 01760003410001; Linderos: Norte: propiedad municipal en 13,20m; Sur: En vértice 0,00m; Este: Propiedad Municipal en 7,50m; Oeste: Avda. Quito o vía Calacalí La Independencia en 7,50m. Desde el día 1 de junio de 1990. Es el caso Señor Juez, que desde el día 1 de junio de 1990 hemos mantenido posesión legítima, pacífica e ininterrumpida con ánimo de señores y dueños sobre el bien inmueble descrito. En este inmueble debemos señalar que colocamos nuestros puestos de trabajo en un inicio con kioskos individuales en los cuales nos dedicábamos a las ventas de comidas como son fritada, caldo de gallina, morocho con empanadas de viento, y otras comidas típicas del sector, trabajo que lo veníamos realizando con otras personas más del sector.
>
> Con posterioridad el 21 de julio de 1999, las personas que mantenemos la posesión del predio nos organizamos como Asociación de Comerciantes Nanegalito en Kioskos; con estas condiciones y a fin de garantizar un mejor servicio a los turistas o comensales de nuestros comercios de comida el Consejo Metropolitano de Quito, con fecha 09 de abril del 2007, resolvió el cambio de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado y la enajenación directa del área de terreno de propiedad municipal, ubicada en la vía Calacali-Nanegalito-La Independencia, parroquia Nanegalito, a favor de la Asociación de Comerciantes Nanegalito en kioskos, para que destine a la construcción de la edificación desmontable que conforma

el "Patio de comidas Nanegalito, que se realizó a través de autogestión de los miembros de la asociación, sin embargo que dicha enajenación no pudo darse el respectivo trámite hasta la culminación del mismo y su inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Quito, por la enajenación del predio se procedió a cancelar la cantidad de $ 700,26 (setecientos dólares con veinte y seis centavos de los Estados Unidos de Norteamérica), sin embargo por los problemas de organización de la Asociación las únicas personas que hemos quedado en posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida como poseedores pacíficos e ininterrumpidos, con ánimos de señores y dueños somos los comparecientes quienes hemos venido realizando los respectivos pagos prediales año a año, así como los respectivos valores de servicios básicos como son agua potable y luz eléctrica.

En consecuencia en este predio al inicio con kioskos personales comenzamos a laborar en venta de comidas y en el año 2007 acondicionamos con nuestros propios recursos económicos, una edificación mixta, destinada a la comercialización de comidas típicas, en la que junto a nuestras familias hemos venido usando durante más de QUINCE AÑOS, sin interferencia de nadie y siempre manteniendo el ánimo de señor y dueño, tal como lo prueba con los documentos adjuntos.

Como antecedentes debemos dejar indicado que con fecha 6 de febrero del 2007, la Comisión de Propiedad y Espacio Público, del Concejo Metropolitano de Quito, en sesión de martes 6 de febrero del 2007, emitió dictamen favorable para que el Concejo Metropolitano, al amparo de lo prescrito en los Artículos 258, 271, 272 y 277 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal codificada, autorizó el cambio de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado, del bien inmueble que tiene como propietario el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, número de predio 1212952, clave catastral 47832-08-043, razón remanente vial.

Los fundamentos de derecho, se encuentran establecidos en los numerales 23 y 26 del Art. 66 de la Constitución de la República, en concordancia con los numerales 1, 2 y 5 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial y Arts. 142, 143, 144, 289 y 290 del Código Orgánico General de Procesos.

Así mismo la norma sustantiva señalada en los artículos 603, 715, 2398, 2405, 2410 y 2411 del Código Civil…PRETENSIÓN: Con los antecedentes expuestos y al amparo de lo establecido en los numerales 23 y 26 del Art. 66 de la Constitución de la República en concordancia con los numerales 1, 2 y 5 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial y Arts. 142, 143, 144, 289 y 290 del Código Orgánico General de Procesos y los Artículos 603, 715, 2398, 2405, 2410, 2411 y siguientes del Código Civil, concurrimos ante su autoridad para demandar como en efecto demandamos al Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, y a todas las personas que puedan haber tenido derechos que quedaron extintos por la acción de prescripción que ejerzo en este acto de dominio, para que en SENTENCIA se sirva DECLARARNOS como dueños y/o propietarios del predio y construcciones que forman un solo cuerpo, identificado con el número de predio: 1212952; Clave catastral: 4783208043000, ubicado en la avenida Quito o vía Calacalí La Independencia y calle Sucre (esquina) del Barrio Central, parroquia Nanegalito, del cantón Quito, provincia de Pichincha, el mismo que está comprendido entre los siguientes linderos y dimensiones: Superficie: 44,18 m2; Linderos: Norte: propiedad municipal en 13,20m; Sur: En vértice 0,00m; Este: Propiedad Municipal en 7,50m; Oeste: Avda. Quito o vía Calacalí La Independencia en 7,50m, por PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO. Debiendo ordenar que se inscriba la SENTENCIA de PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, en el Registro de la Propiedad del cantón Quito, una vez que se haya protocolizado en una de las Notarías Públicas del país, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2413 del Código Civil vigente […]"

3. El Ilustre Municipio de Quito a través del doctor Marco Proaño Durán en calidad de Subprocurador Metropolitano de Patrocinio contestó la demanda en los siguientes términos:

"[…] Señor Juez, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, concretamente artículo 2398 del Código Civil, a través de un juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, se puede obtener el dominio de bienes corporales raíces que están en el comercio humano y que se han poseído en las condiciones legales presupuestadas.

El artículo 414 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina: "(...) Constituyen patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados los bienes muebles e inmuebles que se determinen en la ley de creación, los que adquieran en el futuro a cualquier título, las herencias, legados y donaciones realizadas a su favor, así como, los recursos que provengan de los ingresos propios y de las asignaciones del presupuesto general del Estado. (...)".
De acuerdo con el artículo 415 del mismo cuerpo legal, son bienes de los gobiernos autónomos descentralizados aquellos sobre los cuales se ejerce dominio.
En tal sentido señora Jueza, el bien materia del litigio consiste en un bien inmueble de uso y dominio público, por ser remanente vial, sobre el cual el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito ejerce dominio, por ende no puede ser objeto de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, conforme lo dispuesto por el artículo 2398 del Código Civil, pues no están dentro de comercio humano.
Es preciso señalar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, claramente determina el patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados, en los artículos señalados en el párrafo anterior. En ese sentido los artículos 416 y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, disponen que constituyen bienes de uso público:
"Art. 416.- Bienes de dominio público.- Son bienes de dominio público aquellos cuya función es la prestación servicios públicos de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado a los que están directamente destinados.
Los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; en consecuencia, no tendrán valor alguno los actos, pactos o sentencias, hechos concertados o dictados en contravención a esta disposición [...]
Art. 417. Bienes de uso público.- Son bienes de uso público aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita. Sin embargo, podrán también ser materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía. Los bienes de uso público, por hallarse fuera del mercado, no figurarán contablemente en el activo del balance del gobierno autónomo descentralizado, pero llevarán un registro general de dichos bienes para fines de administración. Constituyen bienes de uso público: [...]
a) Las calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación y circulación;
c) Las aceras que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refieren los literales a) y b);Por lo tanto, es importante tener presente lo determinado por el artículo 416 de COOTAD, el mismo que establece que los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; consecuentemente no tendrán valor alguno los actos, pactos o sentencias, que contravengan a esta disposición.
El artículo 605 del Código Civil dispone:
Art. 605.- Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los Límites territoriales, carecen de otro dueño.
En el presente caso por ser este un bien nacional que por estar dentro del Distrito Metropolitano de Quito, le pertenece a este, la demanda propuesta por la parte actora no procede.
Si bien la parte actora en su demanda indica que el 6 de febrero de 2007, la Comisión de Propiedad y Espacio Público del Concejo Metropolitano de Quito, emitió dictamen favorable para que de conformidad con lo establecido en los artículos 258, 271, 272 y 277 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se cambie de categoría este bien de dominio público a bien de dominio privado, el Municipio del Distrito Metropolitano ejerció su acto de señor y dueño del bien de propiedad municipal sobre el bien inalienable, imprescriptible e inembargable, más el trámite no fue concluido por la referida Asociación, y por tanto caduco el acto administrativo, conforme a lo señalado el artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente a esa fecha, que dice:
"Art. 278- Caducidad de los actos administrativos- Los actos administrativos del concejo municipal emanados de acuerdos, resoluciones u ordenanzas que autoricen adjudicaciones y ventas de inmuebles municipales, permutas, divisiones, reestructuraciones parcelarias, comodatos y donaciones que no se hayan ejecutado por cualquier causa en el plazo de tres años, caducarán en forma automática sin necesidad de que así lo declare dicho concejo."
En concordancia con el artículo 381.1 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y

Descentralización publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 166 de 21 de enero de 2014, que dispone:
"Art. 381.1.- Caducidad.- (Agregado por el Art. 26 de la Ley s/n, R. O. 166-S, 21-1-2014).-Los actos administrativos emanados de los órganos competentes en los que se autoricen actos judiciales o venta de inmuebles, donaciones, permutas, divisiones, restructuraciones de lotes y comodatos que no se formalizan o se ejecutan por cualquier causa en el plazo de tres años, caducarán en forma automática"
Es así que lo referido por la parte actora no genera ningún efecto jurídico (…)
EXCEPCIONES PREVIAS:
No hay excepciones previas.
EXCEPCIONES NO PREVIAS
1.- Improcedencia de la demanda puesto que el bien inmueble por ser remanente vial, pertenece al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, y por lo tanto imprescriptible, inalienable e inembargable, conforme lo disponen los artículos 416 y 417 del COOTAD.
2.- Falta de derecho de la parte actora para demandar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, puesto que al ser un bien de uso y dominio público por ende bien inmueble de propiedad municipal, es inalienable, imprescriptible e inembargable (…)
En virtud de lo expuesto, solicito señora Jueza DESECHAR LA DEMANDA propuesta por señora Gladys Aurora Nieto Valenzuela; y, señor Miguel Ángel Solórzano Pisco, en contra de los señores, Dr. Mauricio Esteban Rodas Espinel, Alcalde del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Dr. Gianni Frixone Enríquez, Procurador Metropolitano; y Procurador General del Estado, condenando a la parte actora en costas, pues está pretendiendo de muy mala fe que se le otorgue un bien inmueble de uso y dominio público, de propiedad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, y por ende inalienable, inembargable e imprescriptible, que no se encuentra dentro del comercio humano, y que en consecuencia no tendrán valor alguno los actos, pactos o sentencias, hechos concertados o dictados en contravención a las disposiciones legales enunciadas en la presente contestación a la demanda, lo cual contradicen los principios de buena fe, verdad y lealtad procesal establecidos en los artículos 26 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial[…]"

4. En la audiencia preliminar se determinó el objeto de la controversia, se anunció los medios de prueba, los cuales fueron calificados y admitidos.
5. Una vez sustanciada la causa conforme trámite ordinario (artículo 289 ss. del COGEP), la jueza competente emitió sentencia escrita el 17 de diciembre de 2018, en la que declaró sin lugar la demanda.
6. La parte accionante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido, y en virtud de ello, se remitió el expediente al superior orgánico.
7. En la audiencia convocada para conocer y resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Pichincha emitió resolución oral, en la que con voto de mayoría aceptó la demanda.
8. La sentencia escrita fue dictada el 06 de junio de 2019; y notificada a las partes procesales el mismo día y consta lo siguiente:

> "[…]ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, con voto de mayoría expedido por la Dra. Nancy López Caicedo y Dra. Marcia Flores Benalcázar, se acepta el recurso de apelación interpuesto por los actores NIETO VALENZUELA GLADYS AURORA y SOLORZANO PISCO MIGUEL ANGEL, se revoca la sentencia subida en grado jurisdiccional, se acepta la demanda y se declara a favor de los señores NIETO VALENZUELA GLADYS AURORA y SOLORZANO PISCO MIGUEL ANGEL, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble ubicado en la Avenida Quito o Vía Calacalí-La Independencia y calle Sucre, esquina, del barrio Central, parroquia Nanegalito, del cantón Quito, provincia de Pichincha, el que consta como propietario el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, de una superficie de 44,18 metros cuadrados, los que se encuentran circunscritos dentro de los siguientes linderos y dimensiones: NORTE.- propiedad municipal en 13,20 metros; SUR.- en vértice en 0,0 metros; ESTE.- propiedad municipal en 7,50 metros y OESTE.- Avenida Quito o Vía Calacalí-La Independencia en 7,50 metros, identificado como predio N° 1212952, clave catastral N° 4783208043000000000. Ejecutoriada esta sentencia se concederá las copias certificadas necesarias, para efecto de su protocolización

en una Notaría Pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad respectivo […]"

b. Actos de sustanciación del recurso

10. Respecto de la referida sentencia de segunda instancia, el Ab. Teo Balarezo Cueva en calidad de Subprocurador Metropolitano de Quito interpone recurso de casación.

11. Mediante auto de 29 de agosto de 2019, el Tribunal de alzada calificó la oportunidad del recurso, disponiendo remitir la causa al órgano de cierre de justicia ordinaria.

12. La causa se recibió en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 26 de septiembre de 2019.

13. Mediante auto de 24 de julio de 2020, el doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional temporal, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos -COGEP-.

14. Mediante sorteo efectuado el 17 de marzo de 2021, la causa accede al Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces Nacionales (e) doctores: Roberto Guzmán Castañeda en calidad de ponente, Wilman Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.

15. El doctor Roberto Guzmán Castañeda, mediante acción de personal 0864-DNTH-2024-DM que rige a partir del 20 de marzo de 2024, cesó en sus funciones de conjuez nacional titular por terminación del periodo de nueve años para el cual fue designado; en esta virtud, dicho despacho se encarga a la doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional, con oficio 501-SG-CNJ-MMV-2024 de 05 de abril de 2024, suscrito por el Presidente (e) de esta Corte Nacional de Justicia.

16. El doctor Wilman Terán Carrillo presentó su renuncia, 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, Conjuez Nacional, para que lo reemplace definitivamente, en esta razón actúa en la presente causa.

17. En auto de 19 de junio de 2024, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el 24 de junio de 2024, a las 14h45.

18. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, hace las siguientes consideraciones:

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación.

19. El recurrente en casación, interpone su impugnación extraordinaria con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP.

20. De manera precisa, acusa a la sentencia emitida por el tribunal de apelación, por falta de aplicación del Art. 278 de la ley Orgánica de Régimen Municipal, actual 381.1 del Código Orgánico Organizacional Territorial, Autonomía y Descentralización; aplicación indebida de los Artículos 604, 2397, y 2398 del Código Civil; falta de aplicación de los Arts. 414, 415, 416 y 417 del Código Orgánico Organizacional Territorial, Autonomía y Descentralización; falta de aplicación de los Art. 686, 690, 691, 702 y 703 del Código Civil.

II
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.

21. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto, en virtud de la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

22. Con base en la resolución, la Jueza Nacional (e) doctora Rita Bravo Quijano y los Jueces Nacionales (e) doctores David Jacho Chicaiza y Luis Adrián Rojas, han sido debidamente encargados de ejercer funciones, quienes avocan conocimiento de la presente causa.

23. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República -CRE, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 4; 184 y 190 del Código Orgánico de la Función Judicial -COFJ-.

2.2. Validez procesal

24. 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 CRE; 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.

2.3. Audiencia pública de fundamentación del recurso de casación.

25. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la CRE, 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, de conformidad al artículo 272 del COGEP y las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación para el 24 de junio de 2024, a las 14h45.

26. En el día y hora señalados, la Jueza Nacional (e) ponente, en calidad de directora de la audiencia (artículos 12 y 80 del COGEP), dispuso que la actuaria de la Sala, certifique la comparecencia de las partes procesales.

27. La secretaria de la Sala constató la presencia de las partes procesales, a través de medios telemáticos comparece la Ab. Elizabeth Córdova a nombre del demandado recurrente Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y en forma presencial comparece la parte actora Gladys Nieto y Miguel Solórzano acompañados de su defensa técnica la Ab. Cristina Torres.

28. Una vez que finalizó el debate, el tribunal de manera oral resolvió declarar improcedente el recurso de casación, con lo que dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 del COGEP.

III
FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

3.1. Fundamentos de la impugnación extraordinaria.

29. El demandado Municipio del Distrito metropolitano de Quito por intermedio de su defensa técnica manifiesta:

> "[…]Respecto a fundamentar este recurso de casación antes que nada quisiera realizar un breve resumen del caso toda vez que la controversia sometida a conocimiento de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia verso sobre la sentencia emitida por la Jueza Multicompetente del cantón San Miguel de los Bancos en la que se rechaza la demanda propuesta por los actores señores Gladys Aurora Nieto Valenzuela y Miguel Ángel Solórzano Pisco quiénes pretenden a través del presente proceso judicial que se les declare dueños del bien inmueble materia de la litis mismo que como ya se ha manifestado a lo largo del desarrollo del proceso judicial este es de propiedad municipal constituyéndose un remanente vial conforme el oficio número MDS-C-05879 del 24 de mayo del 2018 mismo que consta a fojas 69 del proceso judicial refiriéndome exclusivamente a la causal número 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos esto es cuando se haya incurrido en aplicación indebida falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derechos sustantivos en el presente caso determinantes en la parte de la sentencia para ello debemos señalar y puntualizar tres aspectos principales el primero es la falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal vigente al momento de la emisión del acto administrativo al que hace referencia dentro de este proceso judicial y que actualmente consta el artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial y Administración.
>
> Cabe señalar señor jueces que los actores en la demanda señalan que sobre el bien materia de la litis con fecha 9 de abril del 2007 por parte del Consejo Metropolitano se resolvió el cambio de categoría de conformidad con los artículos 258 271 272 y 277 de la Ley Orgánica de régimen municipal esto de conformidad con la Resolución número 1078 misma que consta a fojas 26 del proceso judicial sin embargo señores jueces no es menos cierto que el acto administrativo al que se hace alusión con el cambio de categoría dicho bien no se perfeccionó, lo señalado por los mismos actores en la demanda pues ellos manifiestan que si bien es cierto el bien materia de la litis a través de una resolución emitida por el Concejo Metropolitano cambió de categoría para ser enajenado y adjudicado a la asociación a la que ellos pertenecían este no se perfeccionó y no culminó con el trámite correspondiente por ende debemos señalar que dicha resolución que fue emitida en el 2007 de conformidad con el artículo 278 antes referido había caducado voy a explicar lo que señala el artículo 278.
>
> Falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo), actual artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.
>
> Aquí se explica como la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, mediante el voto de mayoría, incurrió en falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo de cambio de régimen del bien inmueble), actual artículo 381.1 del Código Orgánico de

Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ahora vigente.

¿Qué hechos dejó establecido el voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha?

El voto de mayoría definió su resolución después de citar los artículos 604, 2393, 2398, 2422 del Código Civil, diciendo: El bien inmueble objeto de la presente acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no es un bien nacional de uso público, sino privado, calificación dada por la misma entidad edilicia, sin que existe en el proceso prueba alguna que demuestre que la calificación otorgada al raíz, haya sido cambiada, como mal afirma la entidad edilicia, en la contestación a la fundamentación oral, efectuada en esta instancia, por tanto al no ser un bien nacional de uso público, las reglas de la prescripción le son plenamente aplicables, en específico el Art. 2397 del Código Civil que a la letra dice: 'Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor o en contra del Estado, de los consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo. Disposición sustantiva que hace que la pretensión prescriptoria de los accionantes sea procedente, por el destino y uso del bien materia de la acción, por constituir el raíz, un bien no de uso público, por lo que no alcanzan las condiciones de inembargable, inalienable e imprescriptible, razones estas por las que se encuentra en el comercio humano y al estar dentro de este, la acción se torna procedente.

Es así que el voto de mayoría incurre en la falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo), actual artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, puesto que si bien consta en el proceso que la Comisión de propiedad y Espacio público del el Concejo Metropolitano de Quito, el 6 de febrero del año 2007, emitió dictamen favorable para que el Concejo Metropolitano, al amparo de lo previsto en los artículos 258, 271, 272 y 277 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal codificada, emitió informe favorable para el cambio de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado, del bien inmueble que tiene como propietario el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, con clave catastral 47832-08-043, predio 1212952, según lo confirma el oficio emitido por la Dirección de Catastro, es un remante vial, respecto del cual no se concluyó con el trámite para su cambio de categoría y consecuente enajenación.

El artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo), actual artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dice claramente que:

Los actos administrativos del concejo municipal emanados de acuerdos, resoluciones u ordenanzas que autoricen adjudicaciones y ventas de inmuebles municipales, permutas divisiones, reestructuraciones parcelarias, comodatos y donaciones que no se hayan ejecutado por cualquier causa en el plazo de tres años, caducarán en forma automática sin necesidad de que así lo declare dicho concejo.

Art. 381.1.- Caducidad.- Agregado por el Art. 26 de la Ley s/n, R.O. 166-S, 21-1-2014).-Los actos administrativos emanados de los órganos competentes en los que se autoricen actos judiciales o venta de inmuebles, donaciones, permutas, divisiones, reestructuraciones de lotes y comodatos que no se formalicen o se ejecutan por cualquier causa en el plazo de tres años, caducarán en forma automática.

En efecto, de conformidad con las normas citadas al no haberse formalizado el acto administrativo que autorizo el cambio de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado este caducó de forma automática es decir el bien inmueble nunca cambio de categoría, y continuo siendo bien de dominio público, por tanto de propiedad del MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

Del voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha se coligen la falta de aplicación del artículo citado que es la base para su Sentencia, así:

El voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, llega a sostener que:

El bien inmueble objeto de la presente acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no es un bien nacional de uso público, sino privado, calificación dada por la misma entidad edilicia, sin que existe en el proceso prueba alguna que demuestre que la calificación otorgada al raíz, haya sido cambiada.

De modo que, a juicio del voto de mayoría de la Sala de los Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, es irrelevante la disposición legal contenido en el artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo), actual artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, pues, a pesar de que fue invocado por la Municipalidad, omitieron su aplicación y en tal virtud han forzado el régimen del bien materia de la controversia, pues, con esta inobservancia han convertido en un bien de dominio privado, indicando, además, que no existe prueba que justifique lo contrario, cuando bastaba aplicar la norma que indica claramente que toda resolución o acto caducará en forma automática en tres años en caso de no haberse formalizado, como ocurrió en este caso, pues, de la misma prueba que considera la Sala para determinar que es un bien de dominio privado, es claro que los actos municipales tendientes a la enajenación del bien no se concretaron por más de tres años; es decir en la sentencia con voto de mayoría no toma en cuenta la norma y por tanto que nunca se formalizo el acto administrativo, y por tanto caduco de pleno derecho.

De haberse aplicado el artículo 278 de la Ley de Régimen Municipal, actual artículo 381.1 del COOTAD, las señoras Juezas habrían declarado que los actos tendientes al cambio de régimen y enajenación del bien caducaron de pleno derecho y por tanto el bien no sería susceptible de adquisición por prescripción precisamente por encontrarse fuera del comercio humano porque se trata de un bien nacional de dominio público al tenor del artículo 604 del Código Civil y artículos 415, 416 y 417 del COOTAD, sin que por tanto sea necesaria la verificación de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio alegada por los accionantes.

Aplicación indebida de los artículos 604, 2397 y 2398 del Código Civil Código Civil.

Se indicará lo que dejó establecido el voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha que provocó la indebida aplicación de las normas; el efecto principal de esa indebida aplicación; y, señalaremos las normas que debieron aplicarse y el efecto de esa aplicación en la Sentencia que habría llevado a una resolución distinta, siempre estimando exclusivamente los hechos establecidos por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha con voto de mayoría.

¿Qué dejó establecido el voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, que provocó la indebida aplicación de las normas? En el considerando 5.4 de la Sentencia, el voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, se refiere a los arts. 604 y 605 del Código Civil, particularmente respecto a la definición de bienes nacionales de la siguiente manera: como aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y que bajo esta denominación general de bienes nacionales cuyo dominio pertenece al Estado se contiene dos clase de bienes a saber, los bienes nacionales de uso público o bienes públicos y los bienes del Estado o bienes fiscales. La distinción depende del uso, así si a más de pertenecer a la nación toda, su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, los nevados perpetuas y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metro de altura sobre el nivel del mar SE LLAMAN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO O BIENES PÚBLICOS y aquellos bienes nacionales que su uso pertenece generalmente a los habitantes de la nación, son los denominados bienes del estado o bienes fiscales. Los bienes nacionales de uso público, son los que no puedes ser objeto de apropiación algina, bajo ningún título y el derecho de uso que tienen los habitantes de una nación sobre estos, está debidamente reglamento por el Estado, bajo el entendido de que no se trata de un uso de carácter civil, que genera derechos patrimoniales a los particulares, por tanto nadie puede alegar con respecto a estos, un derecho patrimonial exclusivo; y debido a su afectación al uso público, estos están fuera del comercio, con las características que son inalienables e imprescriptibles. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes de la nación, se llaman bienes del estado o bienes fiscales y así lo determina el inciso tercero del Art. 604 del código Civil y su uso no está destinado al uso general de los habitantes. El bien inmueble objeto de la presente acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no es un bien nacional de uso público, sino privado, calificación dada por la misma entidad edilicia, sin que existe en el proceso prueba alguna que demuestre que la calificación otorgada al raíz, haya sido cambiada, como mal afirma la

entidad edilicia, en la contestación a la fundamentación oral, efectuada en esta instancia, por tanto al no ser un bien nacional de uso público, las reglas de la prescripción le son plenamente aplicables, en específico el Art. 2397 del Código Civil que a la letra dice: Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor o en contra del Estado, de los consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo. Disposición sustantiva que hace que la pretensión prescriptoria de los accionantes sea procedente, por el destino y uso del bien materia de la acción, por constituir el raíz, un bien no de uso público, por lo que no alcanzan las condiciones de inembargable, inalienable e imprescriptible, razones estas por las que se encuentra en el comercio humano y al estar dentro de este, la acción se torna procedente.

La Sala en su voto de mayoría aplica el artículo 604 del Código Civil y se vale de esta clasificación para determinar que el inmueble objeto de la acción es un bien de dominio privado y por tanto considerar aplicable el artículo 2397 del Código Civil que permiten la aplicación de las reglas de la prescripción en contra de las municipalidades; y, consecuentemente, el artículo 2398 del mismo cuerpo legal. (2422 antes de la codificación del Código Civil, mencionado en la sentencia), así como también implica que revisen el cumplimiento de las reglas establecidas para la prescripción establecidas en los artículos 2410 y 2411 del Código Civil, como si el bien estuviera en el comercio humano.

Pero esto lo hace bajo un entendimiento equivocado que se origina en la falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo), actual artículo 381.1 del COOTAD, y por lo tanto, considera que el bien materia de la controversia, que siendo un remante vial, con clave catastral 47832-08-043, predio 1212952, es de dominio privado y no de uso y dominio público.

El defecto en la aplicación del artículo 604 del Código Civil radica en que el bien inmueble objeto de esta demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es un bien de dominio público y no de dominio privado como mal afirman las Señoras Juezas que emiten su voto de mayoría, pues a su entender no existe prueba que demuestre que la denominación de bien de dominio público a bien de dominio privado ha sido cambiada, pero las señoras juezas al hacer referencia a este artículo no toman en cuenta lo determinado en los artículos 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en concordancia con el artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que dice que si no se ha ejecutado por cualquier causa el acto administrativo que autorice adjudicaciones en el plazo de tres años, caducarán en forma automática sin necesidad de que así lo declare dicho concejo.

Falta de aplicación de los artículos 414, 415, 416, y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y artículos 686, 690, 691, 702, y, 703 del Código Civil.

La sentencia debe ser casada en vista de que incurrió en una falta de aplicación de los artículos 414, 415, 416 y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, y artículos 686, 690, 691, 702, y, 703 del Código Civil. Primero se recordará los hechos fijados por el voto de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha; luego se expondrá qué es lo que disponen los referidos artículos; después se analizará la pertinencia de la aplicación de los mismos a los hechos fijados por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, con voto de mayoría; y, finalmente, se explicará cuál es la relevancia de este vicio en la decisión de la causa.

¿Qué hechos dejó establecidos el Tribunal en su Sentencia?

Como lo hemos venido señalando, la mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, con fundamento en el artículo 2397 del Código Civil que indican que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor o en contra del Estado, indicando que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, no ha justificado su pronunciamiento y excepciones planteadas respecto a la improcedencia de la demanda, falta de derecho del actor e imprescriptibilidad del raíz con la prueba aportada, y que al contrario los accionantes han demostrado los fundamento de hecho y derecho y por ende la procedencia de la acción propuesta, sin considerar el contenido de los artículos 414, 415, 416 y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, invocados por esta Municipalidad.

Es pertinente la aplicación de estos artículos pues los bienes considerados como materia de este litigio, al ser REMANENTE VIAL conforme consta de los documentos públicos que se anexó en el expediente, por tanto es un bien uso público conforme lo determina el literal a) de artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, por lo tanto imprescriptible e inalienable, tanto más cuando se encuentra justificado de autos que el trámite administrativo para que se modifique la naturaleza del inmueble no ha sido concluido, por lo que sigue siendo un bien imprescriptible, por lo que era indispensable aplicar los referidos artículos considerando los presupuestos esenciales de un bien de uso y dominio público, la interpretación que hace la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha se limita a considerar solo lo que dicen las normas anteriormente citadas en los numerales 5.1 y 5.2, sin tomar en cuenta que deben haber aplicado los referido artículos 414, 415, 416 y 417 que regula todo lo referente a los bienes de dominio público.

La Sala con voto de mayoría incurrió en una falta de aplicación de las normas que regulan todo lo referente a los bienes de dominio público, que determinan justamente que un bien nacional de uso público no puede ser objeto de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. En los referidos artículos se determina cuáles son los bienes que constituyen patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados, sobre los cuales los gobiernos autónomos ejercen dominio y definen cuáles son los bienes de dominio público, y de uso público, así como los de dominio privado.

Si la Sala hubiera aplicado esas normas, habría concluido que el bien inmueble es de uso y dominio público por ser un REMANENTE VIAL, y por lo tanto imprescriptible, inembargable e inalienable, y que por hallarse fuera del mercado no figuran contablemente en el activo del balance del gobierno autónomo descentralizado.

Como se menciona precedentemente, el voto de mayoría de la Sala, en lugar de aplicar los artículos 414,415,416 y 417, del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, aplico indebidamente el artículo 604 y 605 del Código Civil, y con base en ellas concluyo que el bien inmueble es un bien de dominio privado, sin tomar en cuenta que nunca se concluyeron con las solemnidades para el cambio de categoría y enajenación del bien materia de la controversia, por lo que todos los actos emitidos para ese efecto caducaron de pleno derecho de conformidad con el artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, actual 381.1 del COOTAD[…]"

3.2. Contradicción de la parte actora.

30. Los accionantes por intermedio de su defensa técnica manifiestan:

[…] La parte casacionista en lo principal lo que ha pretendido es que esta Sala revise tanto los hechos como las pruebas aportadas dentro del proceso, sin embargo previo pasar a mi fundamentación debo señalar señores jueces que nuestro Código Orgánico General de Procesos previamente ha establecido lo que debe contener la fundamentación esto se establecen al artículo 267 de lo que hemos escuchado no se ha cumplido con ninguno de los cuatro preceptos establecidos en el artículo 267 del COGEP y unicamente se ha hecho alegación a una supuesta violación al artículo 381 del COOTAD. Sin embargo hay que diferenciar que para que exista una recategorización de los bienes públicos osea de uso público o de afectación pública a un bien privado como se lo ha hecho previamente mediante resolución del Concejo Municipal de 7 de febrero del 2004 si no me equivoco sí esto se hizo mediante un acto administrativo este acto administrativo difiere completamente del acto administrativo en el que el Concejo Municipal después de haber recategorizado el bien realice la adjudicación a esta asociación de empleados de vendedoras es por eso que se da y hay una confusión terrible y que debe estar súper clara para ustedes señores jueces que una cosa es el acto de recategorización y otro caso es el acto de adjudicación.

Para que se revela este acto de recategorización el mismo Concejo Municipal de vía dictar una resolución administrativa fundamentada por la cual se hizo el cambio tanto de bien público a bien privado para luego retrotraer esta resolución no solamente con la mera enunciación de una norma se puede hacer esta situación es por eso que la el tribunal en el numeral 5.4 de la sentencia señala claramente que dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que la calificación otorgada al raíz haya sido cambiada como mala firma la entidad edilicia en la contestación a la fundamentación oral efectuada en esta instancia por tanto al no ser un bien nacional de uso público las reglas de la prescripción le son plenamente aplicables entonces ahora nos llaman a un recurso extraordinario en el que

únicamente se debe ver y se debe verificar la violación de las normas.

En este caso en la fundamentación no han podido aprobar esta situación no se puede ir contra lo que establece el artículo 277 del COGEP y pretender que se revisen tanto los hechos como las pruebas que ya se encuentran acortadas dentro del juicio sino únicamente a la sentencia dictada el 6 de junio del 2019 que es un voto con mayoría y en el cual se ha establecido claramente la razón y hace la corte es tan particular en el justamente en el numeral 5.1 establece por qué razón nos está dando la presunción y nos está diciendo que una cosa es el bien de uso público nos está delimitando lo que es el bien de afectación pública para finalmente establecer que no cae este bien este remanente vial no entran en ninguna de estas categorías.

Así también dentro de lo actuado del proceso en general no se ha establecido que el Municipio de Quito haya hecho alguna situación tendiente a prevalecer su derecho como dueño de dicho remanente vial y hay que considerar que para ser dueño no solamente es necesario que nos den una cédula catastral que es lo que obra del proceso sino que debe haber un documento de adjudicación porque la ley de registro nos dice claramente que debe haber un registro público en el cual se establezca que el dominio y la tenencia de un bien esté registrado en el Registro de la Propiedad como tal aquí en el cantón de Quito dentro del proceso han presentado una cédula catastral en la que sí señala que el Municipio es el titular del dominio pero no tenemos el documento como tal que sustancia dicha afirmación así también señores jueces un remanente víal no se encuentra y no está establecido como bien público según el artículo 415 ni el 416 o el 417 del COOTAD que hacen es el que sea fundamentado pues no está categorizado en ninguno de estos artículos un remanente vial y qué son remanente vial señores jueces un remanente vial se refiere a la pendiente o inclinación residual que queda en la superficie del terreno después de realizar un movimiento de tierras para la construcción de una carretera vía es decir que en principio el terreno por el que pasa esta vía que debe ser anterior al 95 la fecha en que la Administracion hizo un cambio de categorización con el acto administrativo de adjudicación proceso situaciones completamente diferentes actos administrativos completamente diferentes y que la única forma de revertir esta situación de la recategorización de un bien de dominio público es igual con una resolución del Concejo Municipal en el cual se establezca nuevamente el cambio de bien privado de bien de uso privado a bien de uso público hasta aquí mi intervención.

IV
CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER

31. 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, por los cargos de falta de aplicación de los artículos 381.1; 414, 415, 416 y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, falta de aplicación de los artículos 686, 690, 691, 702 y 703 del Código Civil; y, aplicación indebida de los Artículos 604, 2397, y 2398 del Código Civil, en los términos en que fue fundamentado en la audiencia oral.

V
RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL ASUNTO CASACIONAL

5.1. Sobre la motivación de las resoluciones judiciales.

32. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la CRE, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[1].

[1] 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.

33. La motivación es la justificación de la decisión judicial[2] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[3], en un sentido u otro[4]; 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 derecho[5].

34. 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 […]" [6]

35. 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 impugnar[7]; 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[8],[9].

36. 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 predecibilidad[10] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[11].

37. 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

---

[2] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.
[3] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.
[4] Jordi Ferrer, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 187-188.
[5] Alejandro Nieto, Arbitrio judicial, Barcelona, Ariel, 2000, p. 157.
[6] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.
[7] 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.
[8] Jordi Ferrer, Ob. *cit.*, p. 189-191.
[9] 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.)
[10] El juicio de predictibilidad es una suerte 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.
[11] Jordi Ferrer, *Ob. cit.*, p. 191

> conclusión […]"[12] […] 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 […]"[13]

38. 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.

39. 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.[14]

40. 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.[15]

41. 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.

5.2. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional.

42. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la CRE, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

43. 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.

44. A la vez, el artículo 169 de la CRE 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.

45. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan

[12] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.
[13] 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.
[14] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, p. 189.
[15] 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).

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.

46. 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".[16]

47. 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.

48. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[17] que prescribe el artículo 75 de la CRE, 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.

49. A su vez, la Corte Constitucional[18] 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.[19] 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.[20]

50. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la CRE, 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.[21]

51. 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

52. El artículo 8.1 del texto de la Convención Americana 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.

---

[16] Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), p. 27.

[17] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

[18] 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.

[19] 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.

[20] 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.

[21] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

53. 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.
54. 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.
55. 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.[22]
56. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica[23].
57. 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 consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva[24].
58. 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 alguna[25].
59. 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.
60. 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.
61. 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.

5.3. Análisis y resolución del cargo casacional.

62. 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.[26]
63. 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

[22] Osvaldo Gozaíni, *Ob. cit.,* p. 24.
[23] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[24] 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.
[25] Jorge Malem, *Ob. cit.*, p. 23.
[26] Jorge Rodríguez-Zapata, Fundamentos de lo contencioso-administrativo, Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4

se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[27]

64. 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.

65. 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.[28]

66. 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*.

67. Desde la doctrina se 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".[29]

68. 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 efectiva[30]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[31]

69. 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.

70. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara,

---

[27] *Ibíd.*

[28] Michele Taruffo, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, Boloña, Il Mulino, 1991, p. 72-73.

[29] Mario Nájera, *Derecho Procesal Civil,* 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, p. 649.

[30] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.

[31] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.

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.[32]

71. 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 al momento de fundamentar el recurso, 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, toda vez 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[33].

Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del COGEP, en el caso concreto.

72. El numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, 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".*

73. 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*

[32] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

[33] Ex Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, año XCVIII., serie XVI., No. 11., pág. 2783, Sala Civil y Mercantil: "[…] La actividad del organismo jurisdiccional de casación se mueve por el impulso de la voluntad del recurrente, quien en los motivos que el recurso cristaliza, condiciona la actividad del tribunal y señala de antemano los límites que no pueden ser rebasados; y dado el carácter de extraordinario del recurso, por la limitación de los medios de que es lícito valerse al utilizarlo e interponerlo; el Art. 6 de la Ley de Casación constituye norma formularia a la que es indispensable ajustar el escrito en el que se interponga el recurso, lo cual responde a la necesidad de que se señale de modo preciso los términos dentro de los que se ha de plantear el litigio entre el recurrente y la sentencia que por su intermedio se combate; esta naturaleza especialísima del recurso de casación es decisiva en la del escrito mediante el cual se lo interpone y se lo fundamenta, el cual ha de cumplir con los requisitos de forma que la Ley señala, bajo pena de no ser admitido y que en consecuencia el recurso no prospere […]". Ver también, Gaceta Judicial, año CIV., serie XVII., No. 11, pág. 3486, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil: "[…] La fundamentación, es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones que debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas, con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción […]".

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. 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.(…)" [34]

74. 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*).

75. 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 resolutiva, 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" [35]

76. 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 otros 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

[34] 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.
[35] 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.

el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (…)" [36]

77. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros in iure acusados.

78. En síntesis, la parte casacionista sostiene la falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo) actual artículo 381.1; 414, 415, 416 y 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; falta de aplicación de los artículos 686, 690, 691, 702 y 703 del Código Civil; y, la aplicación indebida de los artículos 604, 2397 y 2398 del Código Civil.

79. De los enunciados esbozados, 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.

80. Asimismo se invoca el cargo de **aplicación indebida**, el mismo, opera cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto aplicando una norma que no resulta pertinente para la resolución.

81. La aplicación indebida, 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.

82. 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.

83. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de principios que rigen el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido.

84. La parte recurrente incurre en una imprecisión, ya que, busca que el Tribunal de casación realice una consideración en cuanto a los hechos y una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en los siguientes relatos de la fundamentación:

> […]Es así que el voto de mayoría incurre en la falta de aplicación del artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (vigente al momento que se solicitó la emisión del acto administrativo), actual artículo 381.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, puesto que si bien consta en el proceso que la Comisión de propiedad y Espacio público del el Concejo Metropolitano de Quito, el 6 de febrero del año 2007, emitió dictamen favorable para que el Concejo Metropolitano, al amparo de lo previsto en los artículos 258, 271, 272 y 277 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal codificada, emitió informe favorable para el cambio de categoría de bien de dominio público a bien de dominio privado, del bien inmueble que tiene como propietario el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, con clave catastral 47832-08-043, predio 1212952, según lo confirma el oficio emitido por la Dirección de Catastro, es un remante vial, respecto del cual no se concluyó con el trámite para su cambio de categoría y consecuente enajenación.[…]
>
> […]Es pertinente la aplicación de estos artículos pues los bienes considerados como materia de este litigio, al ser REMANENTE VIAL conforme consta de los documentos públicos que se anexó en el expediente, por tanto es un bien de uso público conforme lo determina el literal a) de artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, por lo tanto imprescriptible e inalienable, tanto más cuando se encuentra justificado de autos que el trámite administrativo para que se modifique la naturaleza del inmueble no ha sido concluido, por lo que sigue siendo un bien imprescriptible, por lo que era indispensable aplicar los referidos artículos considerando los presupuestos esenciales de un bien de uso y dominio público, la interpretación que hace la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha se limita a considerar

[36] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

solo lo que dicen las normas anteriormente citadas en los numerales 5.1 y 5.2, sin tomar en cuenta que deben haber aplicado los referido artículos 414, 415, 416 y 417 que regula todo lo referente a los bienes de dominio público.[…]
[…]Como se menciona precedentemente, el voto de mayoría de la Sala, en lugar de aplicar los artículos 414,415,416 y 417, del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, aplicó indebidamente el artículo 604 y 605 del Código Civil, y con base en ellas concluyó que el bien inmueble es un bien de dominio privado, sin tomar en cuenta que nunca se concluyeron con las solemnidades para el cambio de categoría y enajenación del bien materia de la controversia, por lo que todos los actos emitidos para ese efecto caducaron de pleno derecho de conformidad con el artículo 278 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, actual 381.1 del COOTAD.[…]

85. La parte recurrente incurre en la vulneración del principio de no debate de instancia, pues como se dijo en líneas anteriores por la causal 5 del artículo 268 del COGEP, no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio.

86. Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas descritas en los párrafos que preceden, como primer punto corresponde delimitar la institución jurídica en debate y objeto de controversia judicial, cual es la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

87. La institución jurídica analizada, es un modo de adquirir el dominio de los bienes inmuebles que son susceptibles del comercio humano, con el tiempo necesario de quince años, contra toda persona. Pertenece a la órbita del derecho privado, consistente en un mecanismo o uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad como lo ordena el artículo 603 del Código Civil; y, como lo dice el artículo 2398 supra, 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.

88. Son presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio: a) Que la acción se dirija en contra de quien ostenta la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; b) Que el demandante se encuentre en posesión del mismo, con ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por más de quince años, al tenor de los artículos 715 y 2411 del Código Civil; c) Que el inmueble que se pretende prescribir se encuentre dentro del comercio humano; y, d) Que el inmueble se encuentre debidamente singularizado.

89. Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

"La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 715 del Código Civil define a la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y 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". En la jurisprudencia se destaca que "La prescripción adquisitiva, institución relativa a los derechos reales, es título constitutivo y originario de dominio...La causa de su adquisición es la prescripción, y el fundamento de ésta, es la posesión tenida y ejercida con los requisitos o condiciones y durante el tiempo exigido por la ley".[37]

90. Asimismo, ha señalado lo siguiente:

"Tercera.- 3.2.-(…) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere: ***1er. Requisito****: Que el bien sobre el que se pide la prescripción*

[37] Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

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 comunitarias, las cosas que están fuera del comercio. ***2do. Requisito****: La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una 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."* [38]
(Énfasis fuera del texto)

91. En el presente caso, se tiene como hechos fijados en la sentencia objeto de estudio, que sobre el inmueble pretendido el propietario es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y que además no es un bien nacional de uso público, sino privado, calificación otorgada por el mismo Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, sin que exista en el proceso que dicha calificación haya sido modificada, por lo que el inmueble objeto de esta controversia si es un bien prescriptible.

92. Ahora bien, el análisis que hace el Tribunal *ad quem*, parte de un argumento que todo pronunciamiento debe contener respecto de la institución jurídica objeto de análisis, en torno a los requisitos para que opere la misma; en la especie, al analizar el requisito relacionado con la imprescriptibilidad del bien inmueble, en la sentencia impugnada, se contrastan las proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias constantes en autos, luego de lo cual se arriba a la conclusión que dicho requisito se encuentra cumplido, el órgano judicial de apelación, al aplicar los artículos 2410 y 2411 del Código Civil y subsumir los hechos fijados como ciertos a dichas normas, determinó que estaban cumplidos todos los requisitos singularizados en las mismas, lo que evidentemente derivó en la aceptación de la demanda.

93. El Tribunal de apelación en su voto de mayoría, ha estudiado los requisitos establecidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia para que prospere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en base al planteamiento que han realizado las partes, y al observarse el cumplimiento de los elementos necesarios para validar la institución objeto de discusión, ha aceptado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; *per se*, no se avizora de forma alguna que se haya vulnerado las normas objeto de análisis.

94. Por todo lo indicado, se verifica en la propuesta casacional, la vulneración de los principios de no debate de instancia, debida fundamentación y demostración, por lo que el medio de impugnación, es improcedente.

95. A esto se agrega que la parte recurrente pretende que a través del recurso de casación este Tribunal declare que un acto que ha sido emanado por la administración municipal se encuentra caducado, lo cual no le corresponde por no ser materia de acción civil alguna, pues no se debe olvidar que la controversia que ha llegado a sede casacional se deriva de la acción civil de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la cual ha sido declarada como procedente por el ad quem, al concluir que los requisitos necesarios para que esta acción prospere si se han cumplido.

DECISIÓN.

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**

[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.

LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,

RESUELVE:

1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por el Ab. Teo Valarezo Cueva en calidad de Subprocurador Metropolitano, representante legal y judicial del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

2) En consecuencia, no casa la sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala De lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, emitida el 06 de junio de 2019. Sin costas.

3) Con el ejecutorial, se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

f) DRA. RITA ANNABEL BRAVO QUIJANO **JUEZA NACIONAL (e) PONENTE** DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (e)** DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (e)**

Resumen de fácil comprensión

En la presente resolución, el tribunal de casación rechazó los cargos planteados de indebida aplicación y falta de aplicación, debido a que los argumentos presentados por el casacionista se dirigen a controvertir los hechos fijados por el tribunal de segunda instancia, pues asevera que al no haberse formalizado el acto administrativo que autorizo el cambio de categoría de bien de dominio público a privado no podía ser objeto de prescripción, lo cual riñe con la naturaleza de la causal quinta, pues aquella se refiere únicamente a la violación directa de la ley, partiendo de la aceptación de los hechos que tiene por probados.

III

Juicio Nro. 07307-2018-00338
Fecha: 28 de noviembre del 2024 a las 15h29
Juez Ponente: Dr. David Jacho Chicaiza Isaías

TEMA

Reivindicación y litisconsorcio: Improcedencia del recurso por fundamentación abstracta.

SÍNTESIS

La alegación de déficit motivacional en casación exige una fundamentación jurídica y fáctica suficiente; cuando el recurso se sustenta en argumentos abstractos o no técnicos, debe ser rechazado. La Corte Nacional analizó un recurso de casación interpuesto dentro de un proceso de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Los recurrentes alegaron falta de motivación de la sentencia de apelación; sin embargo, la Sala determinó que los argumentos del recurso fueron formulados de manera abstracta y carentes de técnica jurídica. La Corte reiteró que quien invoca el déficit motivacional debe desarrollar una fundamentación normativa y fáctica suficiente que demuestre la vulneración denunciada, además sistematiza reglas para casos de reivindicación y litisconsorcio. Al no cumplirse esta carga argumentativa, la Sala rechazó el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Ulbio Enrique Oyola Honores y Julia Estila Marina Loayza Salazar, legitimados, 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; 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. El ciudadano Ulbio Enrique Oyola Honores, en juicio ordinario, demanda a Jecson Wilfrido Salas López, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble; en el siguiente contexto:

"(…)5.- FUNDAMENTOS DE HECHO.

a.- Que desde el 15 de Agosto de 1964, esto es más de 15 años, soy poseedor real de un lote de terreno de manera pública, pacífica, tranquila y no interrumpida con ánimo de señor y dueño, predio ubicado en el Barrio 24 de Mayo, calles 24 de Mayo y la Lomas vía a Conchales, Cantón Santa Rosa, Provincia de El Oro, con los siguientes linderos: POR EL NORTE: Calle las Lomas con 10, 93 metros. POR EL SUR: Solar número 27,12 metros. POR EL ESTE: Solar número 2 con 18,62 metros. POR EL OESTE: Avenida 24 de Mayo con 16, 39 metros. Dando un área total de 200 METROS CUADRADOS.

b.- Como demostración clara y fehaciente de mis actos posesorios derribé la construcción antigua que era primeramente de adobe, posteriormente de ladrillo y caña guadúa y techo de teja y en la actualidad de mi habitación casa y solar es de cemento armado, columnas de hormigón, paredes de bloque, techo de zinc, puertas de madera, y se encuentra dotada de los principales servicios como es; agua potable, luz eléctrica, instalación de tubería para aguas servidas, etc., y que habito junto a mi núcleo familiar.

6.-FUNDAMENTOS DE DERECHO.

De los Antecedentes expuesto brevemente, acudo ante su Autoridad, y deduzco la presente acción o demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio, amparado a lo prescrito

en título 40 Artículo 2392, 2393, 2398, 2401, 2405 y demás pertinentes del Código Civil, denuncia o demanda que la dirijo en contra de JECSON WILFRIDO SALAS LOPEZ, los mismos que de la certificación que adjunto, conferida por el señor Registrador del Cantón Santa Rosa tienen la calidad de propietario. (…)

9.- PRETENSIÓN.

La pretensión que persigo es ser legítimo propietario de este terreno materia de mi posesión, y para el efecto me acojo a las disposiciones de la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio. (…)" (Sic).

2. De autos se verifica que el accionado Jecson Wilfrido Salas Lopez, contesta la demanda, y a su vez, propone reconvención en contra de Ulbio Enrique Oyola Honores y Julio Estila Marina Loayza Salazar, en el siguiente sentido:

"(…) EXCEPCION PREVIA.

a) Fala de legitimación en la causa o ligitimatio ad causam (falta de legitimo contradictor), de ello me pronunciaré en la respectiva audiencia preliminar.

b) Cosa juzgada

NOVENO.- PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE MI OPOSICIÓN.- De acuerdo a los argumentos analizados en líneas anteriores son los siguientes:

a) Cosa juzgada;

b) Falta de legítimos contradictores pasivos la acción no se la ha entablado correctamente con todos los sujetos procesales pasivos.

c) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción;

d) Los linderos y dimensiones del solar materia de la prescripción difieren enormemente a los linderos y dimensiones del solar de mi propiedad que se reclama la prescripción.

e) Parte del solar materia de la demanda y que se trata prescribir pertenece a los herederos Oyola-Tamayo.

f) La cuantía señalada en la demanda no corresponde al caso contraviene lo prescrito en el numeral 2 del Art. 144 COGEP.

g.) Los fundamentos de hecho de la presente demanda son falsos y respecto a la prueba documental anunciada por el actor se relaciona a otro predio, como son las fotografías, pagos de consuma de energía eléctrica, agua potable, escritura de entrega de obra otorgada por Luis Alberto León Chuchuca. (…)

DECIMO.- RECONVENCIÓN:- (…)

Del certificado otorgado por el señor Registrador Municipal de la Propiedad del Cantón Santa Rosa, consta que mediante Escritura de Compraventa realizada en la Notaria Pública debidamente celebrada con fecha 22 de septiembre del 2014 e inscrita el 25 del mismo mes y año, en el Tomo 2.014, del Registro de la Propiedad con el No. 1964, en el Repertorio No. 2.730, justifico ser legítimo dueño y propietario del solar urbano ubicado en el barrio 24 de mayo, de esta ciudad, carretera a Conchales entre las calles las Lomas y "A", cuyos linderos y dimensiones son los siguientes: Por el NORTE, solar No: 01, con 11,70 mts.; por el SUR, solar No. 26, con 12,10 mts.; por el ESTE, con solar No. 02-26, con 6,60 mts.; y, por el OESTE, vía a Conchales con 6,60 mts. Cuya superficie es de 79,00 M2., que según datos catastrales de la Municipalidad de Santa Rosa son: clave catastral No. 07-12-01-01-03-19-027-000, de la parroquia No. 01, Sector No. 3, manzana No. 49, solar No. 027- PII:00, Barrio 24 de mayo de esta ciudad.

Con fecha 26 de Octubre del 2018, a eso de las 10h00, los esposos ULBIO ENRIQUE OYOLA HONORES, JULIA ESTILA MARINA LOAYZA SALAZAR Y su WILSON OYOLA LOAYZA, aprovechando que no me encontraba en esta ciudad y por la soledad del lugar, invadiendo mi propiedad procediendo a cerrarlo con planchas de zinc en la parte frontal del solar y poner techo de zinc sobre sentado con madera encontrándose ilegalmente en posesión del mismo pese a que existe una orden judicial de paralización de la construcción que me encontraba realizando en el interior del mi solar.

10.5.- FUNDAMENTO DE DERECHO.- Amparado en los artículos Arts. 66 Numeral 26 y art. 321 y 174 inciso segundo de la Constitución de la República, art. 715, 933, 957, 939 y siguientes del Código Civil; arts. 151 y 289 del Código Orgánico General de Proceso; art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 201 y 272 del Código Orgánico Integral Penal, concerniente al derecho a la propiedad privada; derecho a la posesión; interrupción a la posesión; la buena fe y falta de lealtad procesal, Fraude procesal; y, Ocupación, Uso Ilegal de suelo o tráfico de tierra, acudo ante su autoridad y dentro del juicio principal de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio signado con el No. 07307-2018-00338 seguido por Ulbio Enrique Oyola Honores, demando a los señores ULBIO ENRIQUE OYOLA HONORES, JULIA ESTILA MARINA LOAYZA SALAZAR Y WILSON OYOLA LOAYZA la REIVINDICACIÓN y RESTITUCIÓN del solar de mi propiedad cuyos linderos y dimensiones son: NORTE, solar No. 01, con 11,70 mts.; por el SUR, solar No.

26, con 12,10 mts.; por el ESTE, con solar No. 02-26, con 6,60 mts.; y, por el OESTE, vía a Conchales con 6,60 mts. Cuya superficie es de 79,00 M2., que según datos catastrales de la Municipalidad de Santa Rosa son: clave catastral No. 07-12-01-01-03-19. 027-000, de la parroquia No. 01, Sector No. 3, manzana No. 49, solar No. 027-PH:00, Barrio 21 de mayo de esta ciudad, ya que con fecha 26 de o octubre del 2018, está en posesión.

10.6. PETICIÓN CONCRETA Y QUE EXIJO.- Que en sentencia declare con lugar mi contrademanda o RECONVENCIÓN, ordenando en forma inmediata que los demandados señores: ULBIO ENRIQUE OYOLA HONORES, JULIA ESTILA MARINA LOAYZA SALAZAR Y WILSON OYOLA LOAYZA la REIVINDICACIÓN y RESTITUCIÓN del solar de mi propiedad cuyos linderos y dimensiones son: NORTE, solar No. 01, con 11,70mts.; por el SUR, solar No. 26, con 12, 10mts.; por el ESTE, con solar No. 02-26, con 6,60mts.; y, por el OESTE, vía a Conchales con 6,60mts. Cuya superficie es de 79,00M2., que según datos catastrales de la Municipalidad de Santa Rosa son: clave catastral No. 07-12-01-01-03-19-027-000, de la parroquia No. 01, Sector No. 3, manzana No. 19, solar No. 027-PH:00, Barrio 24 de mayo de esta ciudad, ya que con fecha 26 de octubre del 2018, está en posesión.

Además que en sentencia disponga:

a) Se condene al demandado al pago de los daños y perjuicios provenientes de la destrucción de una pared levantada en el interior del solar;

b) Se condene a los hoy demandados Ulbio Enrique Oyola Honores, JuliaEstila Marina Loayza Salazar y Wilson Oyola Loayza al pago de las costas procesales en caso de oposición a nuestro reclamo;

c) Al pago de los honorarios profesionales de mi Defensor técnico y del perito etc., en esta causa por acciones conexas o colaterales, que se refieren a esta misma acción.

d) Al pago del daño emergente y lucro cesante y demás prestaciones provenientes de la paralización de la obra y pérdida de los materiales de construcción y pago por la mano de obra al maestro constructor recibidos como anticipo por la obra a construir. (…)" (Sic)

2.1. Ulbio Enrique Oyola Honores, actor, contesta la reconvención, rechazando e impugnado la misma, por no cumplir con lo establecido en el artículo 156 del COGEP, y por ser incoada en contra de personas que no constan como actoras.

2.2. Con fecha lunes 6 de julio de 2020, el demandado reforma la reconvención, excluyendo de la misma al ciudadano Wilson Oyola Loayza.

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso y llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, el abogado Fausto Fabián Ortiz Poma, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Santa Rosa de el Oro, emite su sentencia declarando sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, y aceptando la reconvención por reivindicación, la misma que es reducida a escrito el 27 de enero de 2021, a las 11h13, en el siguiente contexto:

"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara sin lugar la demanda de PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO presentada por ULBIO ENRIQUE OYOLA HONORES por falta de identificación clara y precisa del inmueble reclamado en esta prescripción, siendo totalmente diferente el predio reclamado y el que es titular el demandado, además de no haberse probado que la posesión que mantiene sea pacífica y tranquila; y Al respecto de la reconvención planteada en base a las pruebas ya analizadas se declara CON lugar la demanda de REIVINDICACION presentada por JECSON WILFRIDO SALAS LOPEZ por haberse justificado cada uno de los elementos de la acción reivindicatoria en consecuencia se dispone que los señores ULBIO ENRIQUE OYOLA HONORES y JULIA ESTILA MARINA LOAYZA SALAZAR, en el término de quince días, restituyan y procedan a la entrega material a JECSON WILFRIDO SALAS LOPEZ, del inmueble ubicado en el barrio 24 de mayo, de esta ciudad, carretera a conchales entre las calles las Lomas y "A" cuyos linderos y dimensiones son los siguientes; Por EL NORTE solar N° 01, con 11,70 metros; Por EL SUR Solar N° 26 con 12,10 metros; Por EL ESTE con solar N° 02-26 con 6,60 metros; y por el OESTE vía a conchales con 6,60 metros, cuya superficie es de 79,00 metros cuadrados (…)" (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por Ulbio Enrique Oyola Honores, parte actora, el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de el Oro, en sentencia de fecha 30 de agosto de

2021, niega el medio de impugnación, y confirma la sentencia del Juez *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 REPUBLICA, por unanimidad NIEGA EL RECURSO DE APELACIÓN presentado por la ACTORA y CONFIRMA la sentencia de la jueza aquo, que declara sin lugar la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio presentada por los señores Manuel Guamán Ojeda y Carmelina Castillo Chávez. (…)" (sic)*

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, antes referida, dentro del término legal, Ulbio Enrique Oyola Honores y Julio Estila Marina Loayza Salazar, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. La doctora Rita Annabel Bravo Quijano, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de jueves 16 de febrero de 2023, admitió a trámite el recurso de casación, en el siguiente sentido:

> *"(…) DECISIÓN.- (…) la suscrita Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, resuelve: (…) ADMITE la demanda casacional por la causal 2 del Art. 268 ibídem (…)" (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 Código Orgánico General de Procesos (en adelante 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 las Resoluciones No. 02-2021 y 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda[1], Luis Adrián Rojas Calle[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], 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 6 de octubre de 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales (E); y, 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 a la doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional, para reemplazar al doctor Roberto Guzmán Castañeda, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), 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.

10.1. Así también, en aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama a la doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional (E), para reemplazar a la doctora Rita Bravo Quijano, Jueza Nacional (E), en virtud de la licencia legalmente otorgada.

11. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por la doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional (E), y los doctores Luis Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (E); y, David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

12. 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.

13. Tomando como referente el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad

[1] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Acción de personal No. 189-UATH-2023-JV
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

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 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, 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*, la Conjueza 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 2 del artículo 268 del COGEP**, respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

"(…) A.- SOBRE EL PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD: Este consiste en que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, sin que puedan incluirse criterios que contradigan dichos principios; (…) la Corte Nacional de Justicia deberá verificar que las fuentes de derecho aplicadas y los criterios vertidos por la Sala de la Corte Provincial se ajusten al estándar de razonabilidad expuesto.

En la sentencia Impugnada, tanto el Juez Aquo, como los Integrantes de la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de El Oro, al emitir su fallo no invocan norma jurídica alguna, ni realizan ningún ejercicio mental que les permite concluir cuales son las razones por las cuales permiten que el juzgador de primer nivel, realice autos incongruentes, incoherentes, y no lo observan por la tramitación irregular de esta causa, es más producto de la serie de actos es que obviamente llega a conclusiones erradas como es la de declarar sin lugar la acción propuesta, y solo se fijan como objetivo el de declarar con lugar la reconvención propuesta. Ya que dicha acción ni siquiera podría haber nacido, menos aún llegar a la conclusión que han llegado los Juzgadores de las dos instancias procesales

Los juzgadores para tratar de dar sustentación a este fallo que no lo tiene en ninguna de sus partes, invocan a varios tratadistas, pero se omite lo fundamental que tiene relación a que uno de los principios de la Prescripción Extraordinaria de Dominio, se sustenta en el demandado debe ser titular de derecho, pero en el presente caso el ciudadano en mención era solo titular de una parte del predio en cuestión, consecuentemente no podía haber seguido tramitando esta acción. Pero lo que no se ha dicho en este proceso, es que al no existir un titular íntegro del bien materia de la Prescripción, debió el Juzgador Aquo, el de configurar el litis consorcio para establecer quienes eran los propietarios de los 121.00 metros cuadrados, que se estaban demandando, pero no se dice absolutamente nada, razón por la que insisto en que no existe el parámetro de razonabilidad en dichos fallos. Los juzgadores de segundo nivel, expresan que como los recurrentes no dedujeron recurso de nulidad, no se pronuncian sobre ello, las normas nacionales, e internacionales, expresan en forma categórica que la observar uno o más actos que produzcan actos de indefensión están obligados a declarar la nulidad, pero no se quienen pronunciar sobre ello. (…)

En tal virtud, debe reiterarse que las sentencias impugnadas transgredieron el requisito de motivación al no aceptar que el demandado era solo titular de una parte del derecho del bien materia de la expropiación, por lo tanto, los fallos carecen de sustento jurídico y, por lo tanto, es arbitrario.

B). SOBRE EL PARÁMETRO DE LA LÓGICA: (…)

En el presente caso, la sentencia impugnada incumplió con el requisito de lógica ya que no contiene las premisas fácticas y jurídicas que justifiquen la conclusión del silogismo jurídico. Además, el razonamiento emitido en el fallo, adolece de falacias y saltos lógicos que resultan en una decisión arbitraria y sin sustento, toda vez que solo admiten que la reconvención propuesta es un hecho probado, razón por la cual declaran sin lugar la reconvención propuesta:

Presupuesto No.- 1.- En que parte del fallo se encuentra el análisis jurídico mediante el cual el Juzgador Aquo, y la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, llegan a la conclusión: "Acerca de la falta de citación de los Representantes Legales del Gad de Santa Rosa, y, consecuentemente de la Procuraduría General del Estado.

Presupuesto No.- 2.- Cual es la norma legal en la que se sustenta la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, mediante la cual se dispone que la persona que reconviene puede involucrar en el proceso, a la señora: Julia Estila Marina Loayza Salazar, en su calidad

de Cónyuge del Señor: Ulbio Enrique Oyola Honores; quien hasta antes de la reconvención no tenía participación en el proceso, o es que acaso debió haberlo realizado ante la calificar la demanda, al observar que el señor Oyola, era de estado civil casado.

Presupuesto No.-3.- No consta en el fallo las razones jurídicas por las cuales la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, sin conformar la litis consorcio, continua con la tramitación de la causa, ya que nadie sabe a quién corresponde los 110.00 metros cuadrados que también se reclaman en la demanda.

C.- EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE COMPRENSIBILIDAD. (…) La redacción utilizada en la sentencia por los juzgadores no permite comprender al lector porque razones se privilegió la documentación referente a la reconvención, sin que se hubiera cumplido con las solemnidades sustanciales inherentes a los procesos, como es la citación al GAD Municipal, Procuraduría General del Estado, la conformación del litis consorcio, etc. etc. (…)" (Sic)

15.1. Al aclarar el recurso, los recurrentes, señalan:

"(…) Tanto en la sentencia emitida por el Juzgador Aquo, y, la emitida por la Sala Civil, no las cuestiono por su falta de los aspectos formales contenidos en los Arts.- 90, 95 del Cogep, sino precisamente por no cumplir con el requisito de la motivación. (…) La Corte Constitucional, en su sentencia No.- 1158 17-EP/21, sobre el caso No.1158-17-EP, establece un alejamiento del test de Motivación y con base a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional establece varias pautas para examinar cargos acerca de la vulneración de dicha garantía (…)

DEBIDO PROCESO. (…) De la revisión de lo actuado se podrá establecer en forma categórica que esta garantía ha sido vulnerada por los Juzgadores como ha querido ya que no se ha cumplido en la tramitación de esta causa, ya que ni siquiera se ha conformado el litis consorcio.

Se ha vulnerado el contenido de la Constitución de la República del Ecuador, en su Art-76-(…)1. (…)

SEGURIDAD JURÍDICA.– (…) el accionar de los Jueces que han emitido sentencias en la presente causa defraudan la confianza de los ciudadanos que nos encauzamos en un proceso, a fin de que la Ley le otorgue a cada quien lo que le corresponde, peor del análisis realizado a la documentación que obra de autos, de ninguna manera Se cumple ese principio (…) (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 define el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿La sentencia emitida por el Tribunal de apelación, incurre en un vicio de deficiencia motivacional?

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…" [4].

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…".

[4] 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.

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 revisión[5]; 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 colusión[6].

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..."*[7].

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, 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 civil y mercantil.

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*

---

[5] **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. (…)".*

[6] **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;*

[7] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

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...".[8]

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."* [9]

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 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".*[10]

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 Calamendrei, 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*

[8] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[9] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[10] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...". [11]

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 civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de cada yerro acusado y admitido a trámite.

38. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso de casación, limitando el mismo al **caso 2 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.

39. 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 (…)*
>
> *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."*

40. 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 resolutiva (...) 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".* [12]

41. 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 la motivación.*

42. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[13], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

43. 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 l) de la CRE, 130 numeral 4 del COFJ, y 89 del COGEP.

44. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones

[11] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

[12] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade &Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

[13] **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".*

se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[14], doctrinaria[15], y jurisprudencialmente[16].

45. 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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".*

---

[14] 9 **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 Aptiz 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.)

[15] **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.)

[16] **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 acto2. 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"3. 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 resolutiva. 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 resolutiva 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 Nº .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).*

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".*

46. 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.

47. 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.

48. Además, se debe ser enfático en lo siguiente: 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).*

49. 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..."*[17] (Énfasis añadido).

50. 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 intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

51. 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 desarrollado pautas jurisprudenciales, que establecen el siguiente criterio rector:

[17] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

"…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" [18]

52. Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, 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.

53. 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"* [19].

54. 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?

55. 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.

56. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿La sentencia emitida por el Tribunal de apelación, incurre en un vicio de deficiencia motivacional?

57. 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, 130 numeral 4 del COFJ, y 89 del COGEP, por las siguientes razones:

- En la sentencia Impugnada, no se invoca norma jurídica alguna, ni se realiza ningún ejercicio

[18] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[19] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 33.

mental que justifique la emisión de autos incongruentes, incoherentes, y la tramitación irregular de esta causa, por parte del *A quo*.

- En la decisión adoptada, se llega a conclusiones erradas como es la de declarar sin lugar la acción, y aceptar la reconvención, la misma que ni siquiera podía haber nacido legalmente.
- Los juzgadores, en lo relacionado a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, omiten analizar que, para la procedencia de la misma, el demandado debe ser el titular absoluto del bien, sin considerar que el accionado, es solo titular de una parte del predio objeto de la controversia.
- El *Ad quem*, al resolver, no toma en cuenta que, al no existir un único titular del bien materia de la prescripción, en instancia, primeramente, se debía configurar un litisconsorcio para establecer quienes eran los propietarios de los otros 121 m2, que se estaban demandando, cuestión no observada en el proceso ni en la sentencia.
- El órgano de alzada, con el argumento de que no se planteó como cargo de apelación, la nulidad procesal, no se pronuncia respecto de los errores de procedimiento existentes en la causa, tales como la falta de citación al GAD de Santa Rosa y al Procurador General del Estado.
- La sentencia impugnada inobserva el parámetro de la lógica ya que: Adolece de falacias y saltos lógicos que resultan en una decisión arbitraria y sin sustento, toda vez que sostienen que la reconvención propuesta es un hecho probado; no hay el análisis jurídico respecto de la falta de citación a los Representantes Legales del GAD de Santa Rosa, y, a la Procuraduría General del Estado, en tratándose de una acción de usucapión, lo que genera la violación del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; no hay una fundamentación jurídica en lo referente a que, la persona que reconviene puede involucrar en el proceso a una persona no señalada en la demanda, como es el caso de la señora Julia Estila Marina Loayza Salazar (cónyuge de Ulbio Enrique Oyola Honores, actor) cuya calidad no se establece procesalmente; no constan en el fallo las razones jurídicas por las cuales sin conformar un litisconsorcio, se continuó con la tramitación de la causa, tomando en cuenta que no se conoce quien tiene la titularidad de los 121 m2 del bien que se reclama en la demanda.
- El fallo recurrido no toma en consideración que, el accionado presentó la reconvención de acuerdo a lo establecido en el artículo 154 del COGEP, la misma que fue aceptada pese a que, no contenía las solemnidades sustanciales inherentes al proceso.
- El Tribunal de alzada, a sabiendas de la falta de singularización de bien, ya que existe una diferencia del área del inmueble objeto de la controversia, acepta la reconvención por reivindicación.

58. Ahora bien, al tratar de dotar de sustento a su cargo casacional, la parte recurrente, incurre en una imprecisión ya que, refiere que, la decisión impugnada, no cumple con los estándares de razonabilidad, lógica y comprensibilidad; sobre aquello, cabe recalcar que, *el test de motivación* que recoge los esquemas señalados, ha sido ya superado por la jurisprudencia constitucional desde hace algún tiempo, por lo cual, fundamentar la causal 2 del artículo 268 del COGEP, basado en esos parámetros, deriva en la transgresión del principio de debida fundamentación y demostración.

59. Por otro lado, en lo que concierne a los enunciados de falta de citación al GAD Municipal de Santa Rosa, y a la Procuraduría General del Estado, con la reconvención; la calidad procesal que tiene la ciudadana Julia Estila Marina Loayza Salazar; y la inadecuada conformación del litisconsorcio, respecto de los titulares del bien objeto de usucapión, quienes deberían formar parte del proceso; agrupados como presuntas omisiones de solemnidades sustanciales y vicios *in procedendo*, desde la técnica casacional, debían ser censurados por medio del caso 1 del artículo 268 del COGEP, el mismo que al no ser admitido a trámite, no es objeto de estudio en función del principio de limitación, propio del medio impugnatorio.

60. Sin dejar de lado las imprecisiones descritas en el párrafo que precede, en torno a la falta de citación al GAD Municipal de Santa Rosa, y a la Procuraduría General del Estado, con la reconvención, es de relevancia indicar que, la obligación de citar al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón donde se encuentra el bien objeto de la controversia, según la Disposición General Décima del COOTAD, concierne exclusivamente a acciones de *usucapión*, y no a una reconvención que tiene como objeto una acción de reivindicación; y que, la intervención de la Procuraduría, al tenor de los artículos 3 y 7 de la ley que regula dicha institución, opera cuando el ente público carece de personería jurídica, cuestión que no ocurre en el *in examine* con el GAD del cantón Santa Rosa.

61. En lo atinente, a la calidad procesal que tiene la ciudadana Julia Estila Marina Loayza Salazar; es

importante analizar la esencia jurídica del listisconsorcio necesario u obligatorio.

61.1. Sobre el instituto del litisconsorcio, el mismo emerge en tres casos, **a)** cuando en un proceso hay varias personas como demandantes o demandadas; **b)** cuando concurren al proceso terceros que reúnen los requisitos indicados; **c)** cuando existe acumulación de procesos con partes distintas y exista comunidad de pretensiones entre algunas de ellas.

61.2. Así la doctrina desarrolla varios tipos, de litisconsorcio, entre ellos: El litisconsorcio puede ser necesario u obligatorio y voluntario o facultativo o útil, inicial u originario y sucesivo; activo o pasivo y mixto, simple y recíproco. Puede también reunir varias de las anteriores cualidades, según exista conexión jurídica o simple afinidad jurídica entre las pretensiones o excepciones de los consortes.

61.3. Listisconsorcio necesario u obligatorio.- Hay relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes, fraccionándolas o calificándolas solo respecto de algunos de sus sujetos, porque indispensablemente la decisión comprende y obliga a todos. En esos casos la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a esa relación se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella; si los sujetos son más de dos, en sentido jurídico y no físico, estaremos en presencia de un litisconsorcio necesario.

61.3. Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis, cuando quienes concurren no son los sujetos a quienes corresponda en ese caso formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda, y cuando aquellos debían ser partes, en la posición de demandante o demandado, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandante o la demandada o ambas deben estar formadas por varias personas, y en el proceso no están presentes todas ellas.

61.4. El litisconsorcio necesario puede ser inicial o sucesivo. Ordinariamente ocurre el primero (como demandantes o demandados) pero puede suceder que la ley exija como requisito para la válida tramitación del proceso, la citación de otra persona que tenga intereses en común con una de las partes, demandante o demandada, con lo cual se establece un litisconsorcio entre ellas.[20]

61.5. Ahora bien, desde la jurisprudencia, la falta de litisconsorcio pasivo necesario ocurre:

> *"cuando no han sido demandados todos los que deben contradecir la demanda, y su efecto es la imposibilidad de dictar sentencia de fondo porque la resolución puede afectar a las personas que no han sido demandadas […] Es posible que varios demanden a uno, o que una persona dirija sus acciones contra varias otras; o, finalmente, que varias lo hagan contra varias. A estas posibilidades procesales corresponde el litisconsorcio activo, pasivo y mixto, respectivamente.- Se define el litisconsorcio como el estado entre varias personas que ocupan una misma posición en el proceso, cuyas relaciones recíprocas regula. Ese estado puede existir abinitio, por acumulación subjetiva propia o impropia; o surgir ya sea de la intervención de un tercerista coadyuvante, ya de la acumulación de autos, ya por fallecimiento de uno de los litigantes dejando varios herederos, etcétera.- El estudio de las facultades y deberes de cada uno de los litisconsortes, pertenece a la teoría del proceso litisconsorcial".* [21]

61.6. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en diferentes fallos, en el mismo sentido, así en la sentencia dictada en el juicio 079-2003, publicada en el R.O. Nº 87 del 22 de mayo del 2003, refiere que *"(…) El legítimo contradictor hay que buscarlo dentro de la relación jurídica material o sustancial que en la demanda se pretende declararla, modificarla o extinguirla. La relación jurídica material o sustancial es, pues, la que obliga la concurrencia al proceso de un determinado número de personas, todas ellas interesadas en esa relación, para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de fondo o mérito. La exigencia de que sea necesaria la concurrencia de todas estas personas interesadas en una relación jurídica procesal se debe a que tales personas pueden resultar perjudicadas, porque a todas ellas puede obligar la sentencia y alcanzarles los efectos de la cosa juzgada. Si no están todas presentes se infringe el principio jurídico natural del proceso de que "nadie puede ser condenado*

[20] Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, TEMIS, 2022, Bogotá- Colombia, pag: 294-297
[21] Sentencia nº 0044-2012 de Sala Temporal de Lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (2012), 5 de Septiembre de 2012

y vencido en juicio sin ser oído", principio que está elevado a precepto constitucional (…)" [22]

61.7. Ergo, tomando como referente que, de los hechos fijados como ciertos se establece que, Julia Estila Marina Loayza Salazar, ostenta en conjunto con su cónyuge (actor), la posesión del bien cuya reivindicación se ha reconvenido, en aplicación de los principios de tutela judicial efectiva, economía procesal, y celeridad, su comparecencia, en la forma constante en autos, no emerge como un vicio *in procedendo* que genere trascendencia para enervar la validez procesal, tanto más que, su singularidad procesal generada en la reconvención y determinada procesalmente, emerge como consecuencia del listisconsorcio necesario u obligatorio analizado *ut supra.*

62. De otro lado, en lo que respecta a la inadecuada conformación del litisconsorcio pasivo necesario, ya que, todos los titulares del bien objeto de *usucapión*, no fueron considerados como demandados, cabe recalcar que, en función del principio dispositivo, los órganos jurisdiccionales, tramitaron el caso, sobre la base de lo planteado por el actor y la defensa ejercida por los accionados, de lo cual emergió la traba de la litis; en ese sentido, el accionante fue quien delimitó su demanda en contra del accionado única y exclusivamente, cuestión que pretendió cambiarse con la reforma a la demanda, la misma que, sometida a control jurisdiccional del Juez A quo, al tenor del artículo 148 del GOGEP, no fue admitida; por tanto, resulta cuestionable que, el accionante, solo luego de tener una decisión adversa a sus pretensiones, hoy alegue tal cuestión como un vicio de procedimiento; por ello, en atención a lo descrito en el inciso cuarto del artículo 110 del COGEP, que señala que *"No puede pedir la nulidad de un acto procesal quien la ha provocado"*; el postulado impugnatorio es carente de debida fundamentación y demostración.

63. Analizada la censura, también, 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, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, el *Ad quem*, incurre en error, al ordenar la reivindicación de parte del bien objeto del litigio, sin existir hecho cierto basado en la prueba actuada, que justifique la singularización del inmueble y su área, como requisito para el efecto, cuando a *contrario sensu*, según el informe pericial, existe una diferencia de la cabida en la heredad objeto de la controversia.

64. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de un certificado y le dé cierto valor, y que aquello se contraste con un informe pericial o varias pruebas, y con la teoría fáctica, es claro que, el planteamiento, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 del COGEP, 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 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 (…)"* [23]

65. 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

[22] Corte Suprema de Justicia, sentencia dictada en el juicio 079-2003, publicado en el R.O Nº 87 del 22 de mayo del 2003.

[23] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

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 resolución, 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"* [24]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de la causal analizada (motivación) y la trascendencia de la violación argüida, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual, no se avizora debida fundamentación, demostración y trascendencia en el cargo planteado.

66. Sin dejar de lado los yerros de la propuesta impugnatoria, señalados en líneas anteriores; continuando con el análisis del cargo planteado, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[25], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta 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.

67. 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:

68. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[26].

69. 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.[27] 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"* [28]

70. 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, incomprensibilidad[29], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

71. 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.

72. 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 motivación[30].

73. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación

[24] Murcia Ballen, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59
[25] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[26] Ibídem.
[27] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[28] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[29] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[30] Ibídem.

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 suficiente[31].

74. 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). 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.[32]

75. 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.[33]

76. Ahora bien, relacionando el cargo casacional, con el conflicto judicializado, la **prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio**, y **la reivindicación**, es de relevancia puntualizar la esencia de las mismas como instituciones jurídicas.

77. La **prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio**, es un modo de adquirir el dominio de los bienes inmuebles que son susceptibles del comercio humano, con el tiempo necesario de quince años, contra toda persona. Pertenece a la órbita del derecho privado, consistente en un mecanismo o uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad como lo ordena el artículo 603 del Código Civil; y, como lo dice el artículo 2398 *supra*, salvo las excepciones que establece la CRE, 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. Son presupuestos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio: a) Que la acción se dirija en contra de quien ostenta la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; b) Que el demandante se encuentre en posesión del mismo, con ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por más de quince años, al tenor de los artículos 715 y 2411 del Código Civil; c) Que el inmueble que se pretende prescribir se encuentre dentro del comercio humano; y, d) Que el inmueble se encuentre debidamente singularizado.

79. A la luz del artículo 2410 del Código Civil, el dominio de las cosas comerciales puede ser adquirido por la prescripción extraordinaria, bajo las siguientes reglas: *"1. Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito; 2. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715; 3. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 4. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y, 2. Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".*

80. Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

> *"La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su*

[31] Ibídem.
[32] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[33] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 715 del Código Civil define a la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra personan su lugar y a su nombre". En la jurisprudencia se destaca que "La prescripción adquisitiva, institución relativa a los derechos reales, es título constitutivo y originario de dominio... La causa de su adquisición es la prescripción, y el fundamento de ésta, es la posesión tenida y ejercida con los requisitos o condiciones y durante el tiempo exigido por la ley". [34]

81. Asimismo, ha señalado lo siguiente:

"Tercera.- 3.2.-(…) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere: ***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 comunitarias, las cosas que están fuera del comercio.* ***2do. Requisito:*** *La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una 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."* [35]
(Énfasis fuera del texto)

82. A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que el bien sobre el que se pide la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sea prescriptible; aquello tomando como referente que no todas las cosas son prescriptibles, pues 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 comunitarias, las cosas que están fuera del comercio.

83. Un tema de relevancia al analizar este requisito, es delimitar y discriminar si el bien inmueble objeto del proceso está o no fuera del comercio humano: El Código Civil en su artículo 2398 establece: *"(…) Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales".* No todos los bienes corporales, gozan del mismo tratamiento, pues hay que distinguir entre cosas comerciales reguladas por el derecho privado y cosas incomerciales o fuera del comercio humano, en específico aquellas reguladas por el derecho público. Las cosas comerciales, son aquellas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, pudiendo así sobre ellas recaer un derecho real o constituirse un derecho personal, siendo susceptibles de incorporarse al patrimonio de una persona. Las cosas que están fuera del comercio humano, son aquellas que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por parte de los particulares; sin poder

[34] Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923
[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.

ser susceptibles de un derecho real ni personal; por lo que, no pueden incorporarse a patrimonio alguno. En el derecho público, hay cosas que en razón de su naturaleza están fuera del comercio humano, siendo aquellas comunes a todas las personas y que de manera absoluta, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas en general y por ello, no las alcanza el comercio humano, de manera absoluta y definitiva como es el caso del alta mar, el espacio aéreo, etc.; también en el derecho público, hay otro conjunto de cosas que en razón de su destino, están fuera del comercio humano, que pese a ser susceptibles de comercialización por su naturaleza, han sido sustraídas del comercio jurídico, al haber sido destinadas a un fin público, como son calles, plazas, caminos, en fin bienes nacionales, estatales o fiscales, que pueden ser objeto de relaciones jurídicas de carácter público, como el caso de las concesiones, subastas, adjudicaciones, etc. regladas en la ley según la naturaleza o destino de la concesión, subasta, adjudicación, etc.; por ello, desde el punto de vista del derecho privado, se las considera fuera del comercio humano, aspecto que no es absoluto, por existir la posibilidad de ser desafectados, y convertirse en bienes comerciables.

84. El **segundo requisito** para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, tiene relación con la posesión, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).

85. Uno de los elementos necesarios para la prescripción extraordinaria es el ánimo de verdadero señor o dueño, es decir como si fuera de propiedad de uno, el poseedor debe comportarse como dueño absoluto y exclusivo del bien inmueble. Por ejemplo si existiese un contrato de arrendamiento con alguien que firma como propietario, se está reconociendo que no es de su propiedad, por lo tanto, no es poseedor sino solamente mero tenedor. Como el ánimo o voluntad esta intrínsecamente dentro de una persona, se necesita exteriorizar, exponerla al conocimiento de los demás, de no ser así el poseedor se maneja en forma clandestina ocultando su propósito, es una posesión viciosa que no sirve para adquirir.

86. Esta exteriorización se efectúa mediante "hechos posesorios" que demuestran el ánimo de dueño, como por ejemplo edificar, cercar, conectar servicios públicos (agua, luz, teléfono, etc.) o cualquier acto que un propietario acostumbra realizar.

87. Es decir, la posesión con ánimo de señor y dueño, implica que el poseedor no reconoce vínculo alguno con el titular, empero, posee sin admitir derecho mayor al suyo. En efecto, carecen de *animus domini* los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen en calidad de arrendatarios, como datarios, depositarios, etc.

88. Frente a lo explicado, es preciso considerar los elementos constitutivos de la posesión:

89. El *corpus* o elemento material.- Consiste en la tenencia, es decir, la relación objetiva o poder de hecho (factus) sobre la cosa, que otorga al detentador la posibilidad física de disponer de ella. Este componente se da sin lugar a dudas mientras el poseedor tiene efectivamente aprehendida la cosa, bajo su poder inmediato y directo, como cuando viste su traje, ocupa la vivienda o conduce su automóvil[36].

90. Esta Alta Corte ha insistido que "[e]*l corpus es la relación de hecho existente entre la persona y la cosa; el conjunto de actos materiales que se están realizando continuamente durante el tiempo que dure la posesión. El corpus constituye, pues, la manifestación visible de la posesión, la manera de ser comprobada por los sentidos."* [37] Por ello existe el corpus aun en los casos en que la cosa es tenida sólo en parte y también cuando ha salido materialmente de las manos del poseedor, si este conserva el poder de dominación que le permite disponer de ella. Esto se observa en el marco normativo establecido en el artículo 742 del Código Civil, que señala:

> *"La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero".*[38]

91. El *animus*, o elemento intelectual o psicológico.- Este elemento relacionado con la intención ha sido señalado por esta Alta Corte, en el siguiente contexto:

> *"es el elemento psíquico, de voluntad que existe en la persona, por el que se califica y caracteriza la relación de hecho; sirve, por así decirlo, de respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la cosa; es la*

[36] Parraguez, Luis, 2021, Régimen Jurídico de los Bienes, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 345.
[37] Corte Suprema de Justicia, 22 de marzo de 2006 (GJS XVIII, N°2),
[38] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de marzo de 2006 (GJS XVIII, N° 2)

voluntad de tener la cosa para si de modo libre e independiente de la voluntad de otra persona y en función del derecho correspondiente; es la voluntad de conducirse como propietario sin reconocer dominio alguno." [38]

92. No se exige que el poseedor tenga la *convicción* de dominio, porque no debe confundirse el *animus* con la creencia. Quien tiene una cosa en su poder y sabe que no es su dueño (falta de creencia), puede ser poseedor desde que tenga la intención de actuar como tal y de hecho lo hace [39].

93. 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.

94. La buena fe es uno de los elementos que determina la posesión pública, tranquila, no interrumpida del bien inmueble cuya prescripción se pretende; la buena fe se presume de derecho, por lo tanto, no admite prueba en contrario, pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe:

"La excepción tiene una contra excepción se vuelve a la regla general de que no cabe prescripción contra título inscrito, si el poseedor "material" de la finca, tiene un título de mera tenencia. En este caso se cambia la regla: se presume la mala fe. Esto es muy lógico, ya que quien entra en posesión por un título de mero poseedor, reconoce la posesión de otro: la mera tenencia supone la existencia de un poseedor distinto; por ejemplo, el arrendatario, es un mero tenedor, y al actuar como arrendatario está reconociendo la propiedad y la posesión del propietario que es otra persona distinta de él". [40]

95. Al tenor del artículo 729 del Código Civil *"Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (…)".*

96. Conforme lo indicado *ut supra*, la posesión analizada en este punto y requerida para que proceda legalmente la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva, dentro de los términos establecidos por la ley:

97. El artículo 728 del Código Civil, establece que *"posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella"*; la **posesión pública** se opone a la clandestina, es decir que, se ejerce sin ocultarla a persona alguna. Para que la posesión no sea clandestina, los actos posesorios deben ser notorios de modo que puedan ser interpretados con el ánimo "de señor o dueño".

98. En torno a la **posesión pacífica**, es decir no violenta, el poseedor pacifico debe recurrir a las acciones judiciales correspondientes para defender su posesión si es atacada, pero no puede rechazar por la fuerza a quien pretende apoderarse de la cosa que posee, de lo contrario puede incurrir en la posesión violenta establecida en el artículo 725 del Código Civil.

99. La posesión debe ser también exclusiva, si es compartida por varios poseedores, esas personas forman un solo sujeto, es un ejemplo claro el de los condóminos, la exclusividad de la posesión se refiere a una cosa determinada, no posee todo el predio, quien solamente hace actos posesorios en una parte.

100. La posesión debe ser no interrumpida. La interrupción sea natural o civil hace referencia a un acto del titular del derecho, que produce la privación de la posesión a otra, o también en el ejercicio de un recurso judicial por parte del mismo titular contra el poseedor, es decir el dueño del bien inmueble ejerce el derecho de interrumpir natural o civilmente la prescripción.

101. El **tercer requisito**, hace relación a que la posesión analizada *ut supra*, haya durado el tiempo determinado por la ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de quince años, conforme la garantía normativa descrita en el artículo 2411 del Código Civil.

102. El **cuarto requisito**, tiene relación con que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a prescribirse. Para el efecto de identificar o individualizar una cosa se le debe asignar ciertos elementos que le son propios, característicos y le hacen ser ese y no otro

[39] Parraguez, Luis, 2021, *Régimen Jurídico de los Bienes*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 346

[40] Larrea Holguín, Juan, 2005. *"Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador"*, Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador, p. 462.

objeto.[41] Identidad, entre otra de las acepciones, que le asigna el Diccionario de la Lengua Española, es *"Hecho de ser una persona o cosa, la misma que le supone o se busca"* [42]. Singularizar, asimismo, entre otra de las versiones que le asigna el diccionario en mención consiste en *"Distinguir o particularizar una cosa entre otras"* [43]. Como se ve, los dos términos son sinónimos y se correlacionan, *"no se puede identificar debidamente el inmueble sin singularizarlo, por lo que se lo singulariza cuando en el proceso se han comprobado datos precisos sobre su identidad como ubicación, linderos, descripción, esto es, se lo distingue como una unidad, como una cosa que no se confunde con otra, porque tiene determinadas características"* [44]

103. Son imprescriptibles, entre otras, **las cosas indeterminadas**; ergo, pretender prescribir de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden adquirir por la prescripción, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

104. El quinto y último **requisito**, para la procedencia del instituto en análisis, tiene relación con 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.

105. En cuanto a la **legitimación pasiva**, la acción debe dirigirse contra quien conste en el Registro de la Propiedad, como titular del dominio sobre el bien que se pretende prescribir.

106. Además de conformidad con lo previsto en la Disposición General Décima del Código Orgánico de Organización Territorial. Autonomía y Descentralización, se debe obligatoriamente contar con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón donde se encuentra el bien, bajo pena de nulidad:

> *"En todo juicio en que se demanda la adquisición por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble situado en el área urbana o rural se citará al respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano. El incumplimiento de esta disposición será causal de nulidad del juicio.".*

107. La Corte Nacional en sentencia No. 0198-2013 dentro del juicio ordinario No. 613-2012, sobre el requisito en análisis, al respecto señala:

> *"Finalmente, y respecto del cuarto, que constituye requisito sine qua non, conforme los fallos obligatorios de la anterior Corte Suprema de Justicia y que este Tribunal los renueva y acoge, "...La demanda deberá dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito; ya que la acción va dirigida tanto para alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor de los demandados porque ha operado la prescripción que ha producido la extinción correlativa y simultánea del derecho del anterior dueño...". "...En los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que, a la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial...".*

108. La Corte Constitucional, en Sentencia No. 837-15-EP/20, establece:

> *"En acciones de prescripción extraordinaria de dominio, la autoridad judicial deberá verificar los certificados de propiedad y gravámenes emitidos por el Registro de la Propiedad del lugar donde se encuentre el bien, con el fin de identificar a las personas naturales o jurídicas que puedan tener un legítimo interés sobre el bien en cuestión, y deban comparecer al proceso como legitimados en la causa. Si de la lectura de los certificados se determina que existen personas naturales o jurídicas adicionales a las señaladas por el actor como demandadas y que puedan tener un legítimo interés, la autoridad judicial deberá*

[41] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 202-2012, Juicio No. 349-2011, Quito, 27 de junio de 2012, las 11h00.
[42] Vigésima Primera edición, Ed. Espasa – Calpe, S.A., Madrid, p. 803.
[43] Ibídem p.1336.
[44] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 202-2012, Juicio No. 349-2011, Quito, 27 de junio de 2012, las 11h00.

requerir a la parte actora que aclare y complete la demanda y proporcione los datos para las citaciones o que agote los mecanismos establecidos en la ley para solventar esa actividad procesal. El proceso deberá desarrollarse con apego a las normas procesales vigentes, garantizandolos derechos a la tutela judicial efectiva y defensa de todas las personas naturales o jurídicas que deban comparecer al proceso".

109. En lo referente a la **acción de dominio (reivindicación),** es la que tiene el dueño de una cosa singular, de la que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirsela.

110. Respecto de las cosas que pueden reivindicarse, la legislación sustantiva indica que 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. El artículo 936 del Código Civil, indica que *"Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular".*

111. En torno al legitimado para ejercer la reivindicación, el artículo 937 del Código Civil, indica que *"La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa"*, sin embargo, también, se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, pero dicha acción no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (artículo 938 del Código Civil).

112. Por otra parte, el legitimado pasivo, es decir, contra quién se puede reivindicar, el artículo 939 del Código Civil, señala: *"La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor"*. El mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor. La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que, por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio. El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Por su parte, el artículo 943 del Código Civil establece que: *"La acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posea en la cosa. Pero las prestaciones a que estaba obligado el poseedor, por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, pasan a los herederos de éste, a prorrata de sus cuotas hereditarias"*. Contra el que poseía de mala fe, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese. De cualquier modo que haya dejado de poseer, y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que corresponden a los poseedores de mala fe, por razón de frutos, deterioros y expensas.

113. Esta Alta Corte, ha indicado que, se requiere para que la acción de reivindicación pueda ser ejecutada: *"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"* [45]

114. Del ámbito conceptual y normativo desarrollado *ut supra*, en relación con lo que la doctrina enseña sobre la reivindicación, se establece que para la procedencia de dicha acción, deben confluir los siguientes requisitos: **a)** Que el actor demuestre ser dueño del inmueble a reivindicar; **b)** Que el bien se encuentre en posesión del demandado a fin de que sea éste quien lo restituya; y, **c)** Que se trate de una cosa singular, debidamente individualizada. Se precisa recordar que *"…la acción reivindicatoria…, se origina en el derecho de dominio, por lo que el actor tiene que comprobar su calidad de dueño de la cosa*

[45] Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5007 (Quito, 17 de febrero de 2004).

materia de la reivindicación y que los demandados la poseen en la actualidad" [46], en este sentido, los requisitos indicados en el artículo 933 y siguientes del Código Civil, según la jurisprudencia son: la existencia de la cosa singular sobre la que va a versar la acción; la existencia del dueño de la cosa singular, y que la posesión de la cosa no la tenga el titular del dominio[47],

115. A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que la parte actora demuestre ser dueña del inmueble a reivindicar.

116. El **segundo requisito** para que opere la reivindicación o acción de dominio, tiene relación con que el bien se encuentre en posesión del demandado a fin de que sea éste quien lo restituya.

117. Uno de los elementos necesarios para la reivindicación, es la posesión que debe tener la parte demandada sobre el bien cuya acción de dominio se persigue; el ámbito conceptual de la posesión, ha sido explicado *ut supra*, al estudiar la *usucapión*, la misma que se diferencia con la mera tenencia diametralmente.

118. La posesión del bien por parte del demandado, es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, proceda la acción de dominio.

119. Finalmente, el **tercer requisito** para que opere la reivindicación, tiene relación con que, el bien cuya acción de dominio se persigue, se trate de una cosa singular, debidamente identificada, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a reivindicarse; la delimitación conceptual de singularización, individualización, y delimitación del bien, ha sido ampliamente explicada *ut supra*.

120. La enunciación de una cosa indeterminada, impide que prospere la acción de dominio; ergo, pretender reivindicar de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden reivindicar, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

121. Delimitada la esencia de las instituciones jurídicas contendidas en la presente causa, corresponde dar respuesta a las censuras esbozadas por la parte recurrente, quien cuestiona que la sentencia del *Ad quem,* adolece de motivación, por los aspectos delimitados, analizados y resueltos ut supra, y por un aspecto adicional, atinente a que, presuntamente, la configuración del tercer requisito de la acción de dominio discutida, fue falazmente justificado con hechos no fijados adecuadamente, yerro que, a su decir, emerge como un vicio motivacional.

122. Para dar respuesta al cargo planteado, prima facie, corresponde verificar si la motivación del *Ad quem*, incurrió en algún yerro al negar la usucapión demandada; al respecto, de los hechos fijados como ciertos, se establece que el accionante no pudo justificar la singularización del inmueble objeto de su demanda, como elemento necesario para su procedencia, cuestión determinada con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente en el numeral 6.5 de la sentencia impugnada; ergo, no existe deficiencia motivacional al respecto.

123. Resuelto lo anterior, corresponde dar respuesta a la acusación sobre los presuntos yerros motivacionales producidos por el *Ad quem*, al conceder la reivindicación planteada por el accionado.

124. En la especie, se tiene fijado como cierto que, el inmueble cuya reivindicación se pide en la reconvención (*solar cuyos linderos y dimensiones son: NORTE, solar No. 01, con 11,70mts.; por el SUR, solar No. 26, con 12, 10mts.; por el ESTE, con solar No. 02-26, con 6,60mts.; y, por el OESTE, vía a Conchales con 6,60mts. Cuya superficie es de 79,00M2.; clave catastral No. 07-12-01-01-03-19-027-000, de la parroquia No. 01, Sector No. 3, manzana No. 19, solar No. 027- PH:00, Barrio 24 de mayo del cantón Santa Rosa*), se halla comprendido dentro de los linderos y dimensiones, descritos en la escritura de compraventa, en ilación con el certificado de gravámenes, en correspondencia con la evidencia pericial, per se, está debidamente identificado; por tanto, está cumplido el requisito analizado para la procedencia de la acción de dominio.

125. Entonces, al estar justificados los requisitos del artículo 933 del Código Civil,

[46] (Gaceta Judicial, Serie XII, No. 2, pág. 363)
[47] (Gaceta Judicial XV, No. 1 pág. 196-197, 27-X-1987)

es aplicable dicha norma a la situación fáctica expuesta y justificada en el *in examine*, por el demandado Jecson Wilfrido Salas López.

126. La parte recurrente sostiene que la dimensión del inmueble reivindicado difiere en los distintos elementos probatorios, lo que impide singularizarlo; al respecto, tomando como referente el criterio y precedente judicial de esta Alta Corte, que señala que *"Tomar la superficie como elemento determinante para la identidad de un predio es un rigorismo exagerado ajeno a nuestra realidad. Lo importante es que existan elementos razonables que lleven a la convicción del juzgador que el predio poseído por el demandado es el mismo cuya reivindicación se pretende. Uno de los requisitos para que prospere la acción reivindicatoria es la que haya identidad material entre el inmueble descrito en la demanda y el que se halla en posesión el demandado, a su vez, este inmueble debe estar comprendido en el título de dominio en que se funda la acción. Para establecer esta identidad del predio a reivindicarse, la superficie no es un elemento relevante si hay coincidencia entre otros parámetros como los de ubicación geográfica y linderos. Es común en nuestro país, prescindiendo de la cabida real por el costo para realizar su medición exacta; además, con frecuencia aparecen, posteriormente a la celebración del contrato errores en cuanto a la medición"* [48], es claro que lo afirmado por la parte recurrente adolece de debida fundamentación y demostración.

127. Ahora bien, el criterio jurisdiccional establecido en las resoluciones invocadas, desarrolla una *ratio*, o una forma de decidir que el órgano jurisdiccional de casación ha fijado en relación al requisito de identificación, delimitación, y singularización del bien, para que opere la acción de dominio.

128. En ese contexto, como se ha señalado, en torno al requisito aludido para que opere la acción de dominio, lo trascendente es que no quepa duda alguna respecto a que se trata en realidad del mismo inmueble cuya reivindicación se persigue; ergo, por cuanto en el presente caso, no existe duda alguna de que se trata del mismo bien inmueble, se concluye que el bien a reivindicar está determinado, singularizado e identificado, por tanto, es procedente la acción incoada; así se ultima que no existe error en la motivación del *Ad quem.*

129. La debida fundamentación y demostración requiere que la parte procesal recurrente 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, 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.

130. A su vez el principio de trascendencia, implica que el argumento del casacionista, debía ser de tal naturaleza, que logre enervar la sentencia impugnada, a tal punto que debía justificar que sin la ocurrencia del presunto error *in iure* acusado (falta de motivación), el fallo sería otro y no el recurrido; no obstante, en el *in examine*, se observa que la parte recurrente, postula el cargo analizado, con generalidades, que conducen a la improcedencia del cargo.

131. Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectiva 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.

VII. DECISIÓN.

132. 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,**

[48] *Gaceta Judicial Serie XVIII, No. 4, Año CVIII, mayo- agosto 2007, páginas 1265-1277, resolución No. 258-04; Resolución No. 298-04; Resolución No. 153-2007.*

RESUELVE:

133. Declarar improcedente el recurso de casación planteado por Ulbio Enrique Oyola Honores y Julia Estila Marina Loayza Salazar, legitimados, 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 el cargo acusado.

134. 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 -Jecson Wilfrido Salas López-), por la demora, el valor total de la caución.

135. 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. MARÍA GABRIELA MIER ORTIZ **CONJUEZA 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 la sentencia de apelación, cuenta con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, lo que hace concluir que está debidamente motivada.

Gaceta Judicial

Número 10 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

I

Juicio Nro. *17371-2019-04127*
Fecha: *jueves 13 de junio del 2024, las 16h15*
Juez Ponente: *Dr. Alejandro Magno Arteaga García*

TEMA

Solidaridad laboral: Improcedencia de aplicar normas del Código Civil cuando la responsabilidad solidaria se encuentra regulada por el Código del Trabajo.

SÍNTESIS

En materia laboral, la responsabilidad solidaria debe analizarse conforme a las normas del Código del Trabajo, siendo improcedente aplicar disposiciones del Código Civil cuando la legislación laboral regula expresamente la materia. En un proceso laboral en el que se discutía la responsabilidad solidaria de los demandados, el recurrente cuestionó que el tribunal de instancia hubiera aplicado normas del Código Civil en lugar de las disposiciones del Código del Trabajo. La Sala de casación señaló que la solidaridad en materia laboral se rige por la normativa laboral y surge respecto de quienes obtienen provecho directo o indirecto de la obra o del servido prestado por el trabajador. En consecuencia, determinó que la aplicación de normas civiles resultaba improcedente cuando el Código del Trabajo regula expresamente esta materia. Por ello, la Corte aceptó parcialmente el recurso de casación y declaró la responsabilidad solidaría del demandado.

RECURSO DE CASACIÓN

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 Yerovi, Jueza Nacional; y, la doctora Katerine Muñoz Subía, quienes dictan sentencia en la causa N° 17371-2019-04127:

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1. En la demanda presentada por la señora Lourdes Mercedes Padilla García, en contra del señor Celia Enrique Padilla Heredia, Gerente General y Representante legal de la Compañía DONDE ENRIQUE C. LTDA, y solidariamente por sus propios y personales derechos; solicita se le cancele los rubros correspondientes a: décimo tercera remuneración, décimo cuarta remuneración, vacaciones, bonificación por desahucio, indemnización por despido intempestivo y jubilación patronal.

2. En la contestación a la demanda el señor Celio Enrique Padilla Heredia, presenta las excepciones previas de: Incompetencia de la o el juzgador; y, falta de legitimación de la causa. Señalando que ya no es representante legal, ni gerente general de la empresa DONDE ENRIQUE C. LTDA; sino que corresponde demandar al señor Xavier Mateo Zabala Padilla; respecto a la solidaridad indica que la actora nunca ha mantenido una relación laboral para su persona.

3. El 28 de abril de 2021, la Juzgador de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, mediante auto interlocutorio declara la nulidad de todo lo actuado desde que se citó a la persona jurídica; al concurrir a la diligencia tanto la persona jurídica a través del presidente que actualmente reemplaza al Gerente General, asi como también el demandado CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, se dan por citados y se les concede el termino de 15 días para que contesten la demanda planteada.

4. El juzgador de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en sentencia de 29 de septiembre de 2021, a las 16h13, resuelve declarar con lugar parcialmente la demanda.

5. 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 Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

6. El tribunal de Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de mayoría de jueves 11 de mayo de 2023, a las 14h01, rechaza el recurso deducido, quedando firme la decisión venida en grado.
7. En virtud de la resolución emitida, la actora interpone recurso de casación, acusa como normas infringidas los artículos: 7, 36, 69 del Código del Trabajo, fallo de triple reiteración respecto de la solidaridad patronal del artículo 36 del Código del Trabajo; al amparo del caso 5 del artículo 268 del COGEP.
8. En auto de 19 de octubre del 2023, la doctora Liz Mirella Barrera Espín, Conjueza Nacional, admite el recurso de casación planteado.
9. Sorteado el tribunal de casación, se instaló la audiencia de fundamentación del recurso de casación el día viernes 26 de abril de 2024, a las 11h00; y, la reinstalación el día lunes 13 de mayo del 2024, a las 13h00, y encontrándose en estado de motivar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

I.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

10. 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, 02-2021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por los sorteos de ley que obran a fs.16 del cuaderno de casación.

I.2. VALIDEZ PROCESAL

11. Al presente proceso, se le ha dado el trámite previsto en el COGEP, 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.

I.3. FUNDAMENTOS DEL 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 personas[1].

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.

14. FUNDAMENTO DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA: La parte accionante fundamenta su recurso bajo los siguientes cargos:

> *"(…) 3. El Tribunal en el voto de mayoría aplicó los artículos 571 y 1464 del Código Civil para un asunto laboral, la solidaridad laboral está regulada en el artículo 36 del Código del Trabajo y en jurisprudencias de triple reiteración sobre la materia. 4. Las normas del Código Civil no son aplicables a materia laboral mucho menos cuando se pretende desconocer la solidaridad, reconocida en el Código de Trabaje con su aplicación y peor si con su aplicación se pretende desfavorecer al Trabajador Yerro de la sentencia: 5. Es así como en la sentencia el Tribunal en su voto de mayoría dijo: "(...); y, que, conforme lo establecen los Arts. 1464 y 571 del Código Civil, Ins actas del representante son actos de la empresa (Art. 571. Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los limites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos limites, sólo obligan personalmente al representante) y quien asume los efectos o las obligaciones y derechos de las gestiones y decisiones del represente legal, es la empresa (...)"*

[1] Luis Armando Tolosa Villabona, "Teoría y Técnica de la Casación", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13

6. *El razonamiento del Tribunal respecto a que las decisiones del representante legal de la empresa son exclusivamente asumidas por la empresa, es desconocer la responsabilidad solidaria extensiva a los quienes ejercen las funciones de dirección y administración del negocio, como ocurrió en el presente caso en el que el demandado solidario es el propietario de la Compañía Donde Enrique C. Ltda., ha ejercido su dirección y fue para quien la Trabajadora trabajó por 36 años y que renunció al cargo de gerente general y representante legal posterior a la presentación a la demanda con el fin de eludir sus obligaciones por los actos ejecutados, sin embargo es quien siempre ejerció las funciones de dirección y administración de la Compañía Donde Enrique C. Ltda. y así lo percibió la Actora de forma permanente.*
   Transgresión:
7. *De manera equivocada y actuando en contra de la Ley Especial que regula el material laboral el Tribunal de Apelación en su voto de mayoría aplicó normas del Código Civil para desconocer la solidaridad en materia laboral, cuando estas normas son aplicables a las relaciones civiles, no mercantiles ni las laborales. La solidaridad en materia laboral está regulada en el artículo 36 del Código del Trabajo.*
8. *La sentencia en el voto de mayoría aplicó los artículos 571 y 1464 del Código Civil en lugar de aplicar el artículo 36 del Código del Trabajo e interpretarlo de forma adecuada.*
9. *Conclusión: La aplicación indebida de artículos del Código Civil en un tema laboral completamente regulado ocasionó que el voto de mayoría emitido por el Tribunal de Apelación viole derechos de la trabajadora y no aplique ni interprete de forma correcta el articulo 36 del Código del Trabajo, lo que tuvo como consecuencia la no condena al demandado solidario como está desarrollado en el recurso de casación (…)".*

15. RÉPLICA DE LA PARTE DEMANDADA: En los términos del Acta Resumen de la Audiencia de Casación constante en el proceso, en lo principal comparecen: la defensa técnica de señor Celio Enrique Padilla, el abogado Mario Cayambe, quien expone:

"EN RELACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA CONTRAPARTE SEÑALA QUE SU PATROCINADO RENUNCIÓ A SU CARGO DE GENRENTE GENERAL Y POR TANTO ES EL SEÑOR XAVIER ZABALA PADILLA, QUIEN COMO REPRESENTANTE LEGAL A FALTA DE SU PATROCINADO, QUIEN DEBE ASUMIR LAS OBLIGACIONES O RECLAMACIONES PENDIENTES COM AL SEÑORA ACTORA LOURDES MERCEDES PADILLA GARCÍA (…).

16. Por su parte también interviene el DR. Xavier Mateo Zavala Padilla, como defensa de la compañía DONDE ENRIQUE C. LTDA, manifestando:

(…) QUE DE FORMA INUSITADA EL SEÑOR CELIO PADILLA DESPIDE A LA ACTORA Y POSTERIORMENTE RENUNCIA A LA GERENCIA GENERAL UNICAMENTE PARA NO ASUMIR SU RESPONSABILIDAD, SOLICITA QUE SE RECHACE EL RECURSO INTERPUESTO Y NO SE CASE LA SENTENCIA IMPUGNADA" (SIC)"

I.4. PROBLEMA JURÍDICO:

17. De la fundamentación efectuada por la parte accionada se desprende que los problemas jurídicos por el caso cinco radican en:

o **CASO CINCO:** Verificar si existe errónea interpretación del artículo 36 del Código del Trabajo; así como indebida aplicación de los artículos 571 y 1464 del Código Civil al determinar que el solidario responsable del pago de los haberes laborales es el actual representante legal de la compañía demandada.

I.5. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

18. RESPECTO AL CASO CINCO.- Este caso procede, cuando el juzgador de instancia incurre *"en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.", lo que implica que se configure un error de juicio, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El tratadista Murcia Ballén, respecto de la violación directa de la norma, señala: " Como lo anticipamos, la violación directa de la norma sustancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. Emana, por tanto, de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutiva del fallo…".*

19. La recurrente acusa, que en la sentencia provincial existe errónea interpretación del artículo

36[2] del Código del Trabajo, e indebida aplicación de los artículos 571[3] y 1464[4] del Código Civil, al determinar que el solidario responsable es el actual representante legal de la compañía demandada, y no el que la despidió.

20. Este Tribunal de casación, revisa el pronunciamiento que ha tenido los jueces de apelación:

> "(…) **4.2) CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL: 4.2.1)** A fin de resolver el recurso, es necesario recurrir a los términos de la contestación a la demanda, dado que, según la recurrente, la controversia radicó únicamente en la solidaridad reclamada de Celio Padilla Heredia en su calidad de representante legal de la compañía DONDE ENRIQUE CIA.LTDA., teniendo el Juez que ordenar todo lo reclamado por la accionante en su demanda; empero, revisada la contestación a la demanda no se encuentra que la empresa demandada se haya allanado a la demanda. Aparece si, la expresión *"no tengo ninguna excepción frente a las pretensiones de la actora"*, pero siempre refiriendo a que las obligaciones patronales las debe asumir el demandado solidario por ser quien ejerció la representación legal de la compañía DONDE ENRIQUE CIA.LTDA hasta la salida de la accionante y quien la despidió y haciendo referencia a su (Celio Padilla Heredia) contestación a la demanda; es decir, dejando a decisión del juzgador inclusive la determinación de la legitimación en la causa de los demandados y todo lo que pretendido por la actora. Debiendo el Juez, en base a la prueba, conceder o no los derechos pretendidos. 4.2.2) De acuerdo a los términos de la demanda, Celio Padilla Heredia es requerido en su calidad de representante legal de la compañía DONDE ENRIQUE CIA.LTDA. y solidariamente por sus propios derechos, de modo que, tal como consta acreditado y **aceptando por las partes litigantes en el proceso, la solidaridad patronal pasaría a XAVIER MATEO ZAVALA PADILLA, si así lo pretende la parte accionante, dado que la empleadora es una persona jurídica y no una persona natural, de manera que quien asume esta competencia es su actual representante legal, tal como ha sucedido cuando contestó la demanda, señalando que adopta esta calidad a consecuencia de la renuncia del gerente general**; es decir, dejando claro al juzgador que, quien respondía por la empresa ex empleadora y en base a la solidaridad patronal que determina el Art. 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, 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)*, era su nuevo representante legal. Es de resaltar que la responsabilidad solidaria del representante legal del empleador, como señala el recurrente, nace de la ley, y en materia laboral de la determinación expresa contenida en el 36 del Código del Trabajo: *"El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador"*; y, que, conforme lo establecen los Arts. 1464 y 571 del Código Civil, los actos del representante, son actos de la empresa *(**Art. 571.-** Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante)* y quien asume los efectos o las obligaciones y

---

[2] Art. 36.- **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.
El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.
Exceptuase 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.

[3] Art.571.- Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.

[4] Art.1464.- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representa rla, surterespecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

derechos de las gestiones y decisiones del representante legal, es la empresa *(**Art. 1464.-** Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo)*; es decir, que **la solidaridad es del representante legal, sin importar quien sea la persona natural que ejerza el cargo. Tanto está clara esta situación que XAVIER MATEO ZAVALA PADILLA comparece al proceso representando a la empresa ex empleadora de la actora y asumiendo a nombre de ella (compañía DONDE ENRIQUE CIA. LTDA.)** obligaciones laborales en favor de la actora. *(…)" (Sic) (lo subrayado y en negrita nos corresponde).*

21. De lo transcrito los jueces de apelación, refieren que la solidaridad patronal con la actora pasaría al señor XAVIER MATEO ZAVALA PADILLA pues es la persona que actualmente ejerce la representación legal de la compañía demandada. Frente al análisis expuesto, este tribunal de casación, considera necesario revisar los hechos probados del presente caso; así tenemos:

- El 1 de agosto de 2019, la actora fue despedida por el señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, quien era gerente general y representante legal de la compañía DONDE ENRIQUE CIA. LTDA., a la fecha del despido.
- El 4 de octubre de 2019, la actora presenta en la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, la demanda contra el señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, en calidad de gerente general y representante legal de la compañía demandada y también lo demanda solidariamente por sus propios y personales derechos.
- El 5 de octubre de 2019, el demandado solidario CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, presenta la renuncia a su cargo como gerente de la compañía accionada.
- El 3 de diciembre de 2019 se realiza la citación de manera personal al señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA.

22. De los hechos probados que no son materia de discusión en casación, se tiene que el señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA fue quien terminó la relación laboral con la actora de la causa; siendo demandado no solamente como representante legal de la compañía accionada, sino también de forma solidaria por sus propios y personales derechos.

23. Revisado el expediente tenemos que en primera instancia la parte demandada señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, compareció en un primer momento contestando la demanda alegando como excepciones: 1. La incompetencia del juzgador; y, 2. La falta de legitimación en la causa de la parte demandada; es por esta alegación que en la audiencia única llevada a cabo el 28 de abril de 2021, el juzgador a quo resolvió en la fase de saneamiento:

Una vez finalizadas las intervenciones de las partes le corresponde a esta Autoridad pronunciarse sobre lo señalado en la fase de saneamiento, sin embargo; esta Autoridad como obligación tiene la de precautelar que efectivamente no exista omisión de solemnidades sustanciales dentro de la presente causa, en tal virtud, no está en controversia que efectivamente la parte demandada Padilla Heredia Celio Enrique fue citado el 4 de diciembre de 2019 en persona y se ha demostrado efectivamente en audiencia que con fecha 5 de octubre de 2019 ha presentado su renuncia al cargo y que la misma fue inscrita el 22 de octubre del 2019, es decir, a la fecha de la citación a la persona jurídica que ha sido demandada, el señor Celio Enrique Padilla ya no era representante legal de dicha empresa, en consecuencia el Art. 107 del COGEP nos habla sobre las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos y en el numeral 4 nos dice la citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente le represente, es decir, como no se ha citado a la parte demandada se declara la nulidad de todo lo actuado al estado de que se cite a la persona jurídica, no obstante de aquello el Art. 53 del COGEP señala en el segundo inciso si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia o se refiere a ella en escrito o en acto en el cual quede constancia en el proceso se considerará citada o notificada en la fecha de la presentación del escrito o en la del acto al que haya concurrido, es decir, en esta audiencia ha concurrido tanto la persona jurídica a través del Presidente que actualmente reemplaza al Gerente General y ha comparecido también el demandado Celio Enrique Padilla Heredia por lo que se dan por citados en esta audiencia y una vez ejecutoriado este auto se les concede el término de 15 días para que realicen sus contestaciones a la demanda propuesta por la parte actora, con costas al citador ya que no ha corroborado efectivamente quien era el representante legal a la fecha que ha sido citado el demandado.

24. Luego de lo cual la parte accionada, esto es la compañía DONDE ENRIQUE CIA. LTDA. contesta la demanda y también lo hace el señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA por sus propios y personales derechos, **únicamente negando los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.**

25. Teniendo presente estos antecedentes, cabe mencionar que la responsabilidad laboral consiste en la obligación legal o contractual que surge del provecho que se obtiene de la obra o prestación de un servicio o actividad efectuada por una persona para quienes ejercen la responsabilidad conjunta o indistintamente con el obligado directo. La solidaridad se transmite a quienes se habrían beneficiado directa o indirectamente del trabajo o del patrimonio del empleador, garantizando así el cobro de los créditos laborales.[5]

26. Dicho esto, para establecer si el accionado es responsable solidariamente, corresponde analizar el artículo 571 del Código Civil, en cuyo texto menciona que los actos del representante de la corporación, mientras no excedan los límites de lo que se le ha confiado son actos de la corporación, en caso de excederse su actuar obliga de manera personal al representante; es importante recalcar que al momento del despido intempestivo de la actora, el representante legal era el señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA.

27. El despido intempestivo, es un acto ilegal, no previsto como una forma de terminar la relación laboral conforme señala el artículo 169 del Código del Trabajo, este acto no está normalmente previsto en la Ley, además, el despido intempestivo tiene como finalidad o evidencia el deseo de romper la relación laboral de una forma abrupta y unilateral, que no está determinado como causal legal para terminar la relación laboral, tanto es así que la norma, (artículo 188 del Código del Trabajo) sanciona este accionar imponiendo una indemnización.

28. En el presente caso, los jueces de apelación al resolver en el fallo, sólo consideraron el papel del representante legal dentro del manejo en nombre de otros en cuanto a acciones o actos que legalmente estén previstos en la ley; lo que no aplica para el presente caso, ya que el señor Celio Padilla Heredia no fue demandado únicamente como representante legal de la empresa, cargo que ostentaba al momento en que terminó la relación laboral hasta la presentación de la demanda; sino que además, también fue demandado por sus propios y personales derechos. Revisado el expediente, obra la prueba aportada por las partes de lo cual se tiene como hecho probado, que el demandado fue representante legal de la empresa al momento de producirse el acto ilegal, motivo de la demanda, acto anterior a que presentará la renuncia a su cargo; por lo que es solidariamente responsable.

29. En el artículo 64 del COGEP, constan los 4 efectos de la citación:

> *Art. 64.- Efectos. Son efectos de la citación:*
> *1. Requerir a la o el citado a comparecer ante la o el juzgador para deducir excepciones.*
> *2. Constituir a la o el demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en la ley.*
> *3. Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley.*
> *4. Interrumpir la prescripción.*

30. Respecto de la renuncia a la representación legal de la empresa, antes de que se produzca la citación con la demanda, tenemos que en el artículo 64 COGEP, no figura que este acto permita que el señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA pierda su condición de demandado solidario por sus propios y personales derechos; y, de haber considerado que no existía ninguna responsabilidad por su parte dentro de la relación laboral, la ley prevé la posibilidad de formular excepciones, sin embargo en la contestación a la demanda planteada en su contra únicamente niega los fundamentos de hecho existiendo una afirmación implícita, de estar conforme con la calidad con la que fue demandado.

31. Los jueces de apelación en su sentencia concluyen que al ser demandado CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA en su calidad de representante legal de la compañía DONDE ENRIQUE CIA. LTDA., y solidariamente por sus propios y personales derechos, determinan que esta solidaridad pasaría al actual representante legal actual el señor XAVIER MATEO ZAVALA PADILLA, conclusión que no resulta adecuada pues una es la solidaridad como mero representante legal, y otra es la

[5] Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Resolución N° 0126-2022, Juicio N° 01371- 2019-00458 de 7 de abril de 2022.

solidaridad por los propios y personales derechos, recordando que la acción de despido es ilegal y no estaría amparada por los artículos 571 y 1464, del Código Civil.

32. En conclusión, la simple negativa del señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, no le quita las obligaciones que resultan al ser aceptada la demanda presentada no solo contra la compañía, sino también en su contra, pues fue demandado solidariamente por sus propios y personales derechos, por lo que le corresponde responder a las obligaciones que como resultado del presente proceso los juzgadores de instancia han establecido, por lo que se acepta este cargo planteado.

33. En lo referente a la falta de aplicación del artículo 69[6] del Código del Trabajo, este Tribunal de Casación encuentra que la sentencia de mayoría de la Corte Provincial confirma la sentencia subida en grado, en la cual se ordena el pago a la actora por concepto de vacaciones del periodo comprendido del año 2003 al 2019; y, del 2019 a 2020, por lo cual se observa que existe el reconocimiento en favor de la actora de lo reclamado en la demanda en cuanto a las vacaciones, por lo que no existe falta de aplicación de la norma, por lo que se rechaza este cargo.

I.6. DECISIÓN:

34. 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,** resuelve casar parcialmente la sentencia de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de jueves 11 de mayo de 2023, a las 14h01; y se declara solidariamente responsable al señor Celio Enrique Padilla Heredia.

35. SOLICITUD DE ACLARACIÓN DEL DEMANDADO CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA.- La aclaración, es el artículo 36 del Código del Trabajo, establece que la solidaridad nace de la ley, en ese sentido, cuando una persona haya renunciado a su cargo, la ejercerá las veces de gerente general y representante legal de la empresa, y responderá por la empresa. El sucesor en este caso sería el presidente, dentro de la empresa es el señor Javier Mateos Zavala Padilla, así están los hechos y en base a eso lo que se expuso dentro del proceso y toda vez que este tribunal ha analizado prueba, dentro de la audiencia, el único punto a tratarse fue el tema de determinar la solidaridad, para probarse la solidaridad, debió haberse probado el despido intempestivo. Y eso no se trató en la audiencia de primera instancia ni de segunda instancia. Por ello, solicito que se indique, sobre la solidaridad, porque no se ha probado.

36. CONTESTACIÓN DE LA CONTRAPARTE AL RECURSO DE AMPLIACIÓN INTERPUESTO.- Según obra de la grabación magnetofónica, la defensa de la contraparte ha manifestado:

> *"La parte recurrente lo que está buscando es una modificación de los hechos, la modificación del concepto mismo del recurso de casación en base al caso número cinco. Se busca confundir al tribunal y por lo tanto no hay nada que aclarar porque la decisión del tribunal fue absolutamente clara"*

37. SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DEL DEMANDADO CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA.- La ampliación respecto a la solidaridad del señor Sergio Enrique Padilla Heredia como persona natural. En razón de que se ha manifestado que existió un despido intempestivo, ¿cuál ha sido el medio al que han llegado al tribunal al tener la certeza y llegar a la conclusión de la responsabilidad solidaria del señor Celio Enrique Padilla?

38. CONTESTACIÓN DE LA CONTRAPARTE AL RECURSO DE AMPLIACIÓN

[6] Art. 69.- Vacaciones anuales.- Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.
El trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones.
Los trabajadores menores de dieciséis años tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, lo tendrán a dieciocho días de vacaciones anuales.
Los días de vacaciones adicionales por antigüedad no excederán de quince, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio

INTERPUESTO.- Según obra de la grabación magnetofónica, la defensa de la contraparte ha manifestado:

> *"De la misma manera, el COGEP prevé claramente cuando tiene que ser ampliado, no cumple los requisitos, por lo cual tiene que ser desechado."*

39. RESOLUCIÓN A LOS RECURSOS DE ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN INTERPUESTOS.- Una vez analizado los recursos y su contestación este Tribunal de casación considera:

40. El artículo 253 del Código de Orgánico General de Procesos, establece que *"Art. 253.- Aclaración y ampliación.- La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas."*, de tal manera, que el mencionado recurso horizontal de aclaración procede cuando en la sentencia existe ambigüedad en su texto, y por tanto resulta ininteligible o procede la solicitud de ampliación siempre que el peticionario demuestre, que en los argumentos indicados por el tribunal de casación en el fallo, no se ha resuelto algún punto.

41. El recurrente arguye en su recurso revalorización de la prueba, lo cual no es pertinente en casación y mucho menos por el caso cinco. El tribunal en la decisión únicamente ha enunciado los hechos que ya se encuentran fijados en instancia. La alegación permite evidenciar, que la pretensión del peticionario es que a través de este recurso horizontal de aclaración, el tribunal de casación reforme el fallo, lo que se encuentra expresamente prohibido por la Ley. Cuando lo propio es que explique el peticionario qué parte de la sentencia es oscura o ininteligible, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. La decisión ha sido clara pues solamente se ha referido al punto en controversia en materia de casación, esto es la decisión sobre la responsabilidad solidaria conforme el artículo 36 del Código del Trabajo. La sentencia emitida por este tribunal de casación, es lo suficiente clara e inteligible, de fácil comprensión, sin que se evidencie ambigüedad en su texto y abarca todos y cada uno de los puntos que fueron materia del recurso, así como ha determinado los motivos por los que ha procedido a establecer su decisión, por consiguiente se rechaza el recurso de aclaración formulado.

42. La norma 253 del Código Orgánico General de Procesos señala: *"(…) La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas."*. En este sentido, procede la solicitud de ampliación siempre que el peticionario demuestre, que en los argumentos indicados por el tribunal de casación en el fallo, no se ha resuelto algún punto de la controversia. Este requisito taxativo de la impugnación horizontal propuesta, no ha sido proporcionada por el recurrente, pues no indica cual es el punto controvertido no resuelto o la omisión sobre frutos, intereses o costas; en el presente caso se ha resuelto el motivo del recurso de casación interpuesto esto es si el señor Celio Padilla Heredia es o no responsable solidario en la forma como fue demandado, y eso es lo que ha resuelto este Tribunal; en consecuencia, se rechaza la solicitud de ampliación formulada.-

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

f) DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL** DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

Este tribunal, casa parcialmente la sentencia y declara que el demandado señor CELIO ENRIQUE PADILLA HEREDIA, es solidariamente responsable de las obligaciones laborales declaradas en favor de la accionante.

II

Juicio Nro. *09359-2021-00811*
Fecha: *lunes 1 de julio del 2024, las 14h16*
Jueza Ponente: *Dra. Enma Tapia Rivera*

TEMA

Relación laboral y principio de primacía de la realidad frente a contratos civiles simulados.

SÍNTESIS

La existencia de una relación laboral debe determinarse conforme al principio de primacía de la realidad, aun cuando las partes hayan formalizado su vínculo mediante contratos civiles o la emisión de facturas. La Corte Nacional analizó un recurso de casación en el que se cuestionaba la existencia de una relación laboral, alegándose que el vínculo entre las partes era de naturaleza civil. La Sala advirtió que la sentencia de apelación no explicó de manera suficiente cómo la prueba demostraba los elementos de la relación laboral, especialmente la subordinación y dependencia, configurándose un vicio de motivación. Al analizar el fondo del caso, la Corte aplicó el principio de primacía de la realidad y determinó que, pese a la emisión de facturas y a la formalización de un vínculo civil, el actor prestaba servicios bajo subordinación, pues utilizaba correo institucional, cumplía tareas asignadas por la gerencia y tenía funciones previamente establecidas mediante acta de cargo. En consecuencia, se concluyó que existía una relación laboral y se casó parcialmente la sentencia recurrida.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales: Dra. Enma Tapia Rivera (ponente), Dr. Alejandro Arteaga García y Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **09359-2021-00811.**

I. Antecedentes procesales.

1. Con fecha 02 de marzo de 2021, el señor **Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador** (también "**actor**") inició juicio laboral en contra de la **Compañía ÉTICA Empresa Turística Internacional C.A.** (también "**demandada**"), en la persona de los señores (1) Roque Sevilla Larrea, (2) María Paulina Burbano de Lara, (3) Daniel Eduardo Hidalgo Cevallos -desistido-[1] y (4) José Brito Arévalo, todo ellos, por los derechos que representan de la compañía; y, solo los tres primeros, también, fueron demandados por sus propios y personales derechos.

2. En su libelo de demanda, el actor inició señalando que, en la década de 1990, laboró por varias ocasiones para la empresa demandada, como *oficial de cubierta y capitán,* habiéndosele pagado sus derechos y beneficios laborales en cada una de las veces que terminó la relación laboral. También refirió que laboró entre el periodo del 01 de julio de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2001, como *auditor interno de seguridad marítima,* igualmente, se le reconocieron y pagaron todos sus derechos laborales a la conclusión de la misma. Indicó que nuevamente fue contratado por la demandada en fecha 01 de abril de 2002, sin embargo, en esta ocasión, la empresa le solicitó emitir facturas, aun cuando sus funciones eran las mismas: auditor. Así, señaló que su empleadora progresivamente le fue asignando cada vez nuevas funciones relacionadas con el área administrativa de la empresa. También, manifestó que, entre el periodo 01 de enero de 2008 hasta el 30 de abril del mismo año,

[1] Escúchese el audio de la audiencia única, la parte actora desistió de la demanda en contra del señor Daniel Eduardo Hidalgo Cevallos.

estuvo afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (también "**IESS**"), y fue ingresado al rol de la compañía; no obstante, luego fue desafiliado, por lo que nuevamente -dijo- fue obligado a facturar hasta el 29 de marzo de 2019, cuando fue despedido intempestivamente. En este escenario, indicó que el 24 de febrero de 2019, el ingeniero José Brito Arévalo, quien fungía como *Director de Operaciones Marítimas*, le comunicó que, por disposición de la presidencia ejecutiva, tenía que entregar su puesto de trabajo hasta el 31 de marzo de ese año. Consecuentemente, refirió que el 29 de marzo de 2021 entregó su puesto de trabajo al ingeniero Luis Eduardo Ayala, quien lo reemplazaría en su cargo, según el acta recepción suscrita en la misma fecha. Por consiguiente, señaló que desde el 01 de abril de 2002 hasta el 29 de marzo de 2019 mantuvo una relación laboral con la empresa demandada. Por otra parte, manifestó que durante estos años de servicios su empleadora no asumió los costos de varios viajes que realizó entre Guayaquil y Galápagos, que los hacía semanalmente por temas laborales. Recalcó que tampoco gozó de vacaciones, remuneraciones adicionales, fondos de reserva, utilidades y demás beneficios que se derivan del Código del Trabajo durante aquel periodo. Así entonces, con estos antecedentes, solicitó: (1) indemnización de despido intempestivo, (2) bonificación de desahucio, (3) décima tercera y cuarta remuneración y vacaciones de todo el periodo laboral, (4) fondos de reserva, igualmente de todo el tiempo laboral, (5) utilidades no percibidas, (6) devolución de los valores de pasajes aéreos y estadía por los viajes realizados; y, finalmente, (7) costas procesales, honorarios profesionales e intereses legales. Fijó una cuantía de USD 405.101,21.

3. El señor José Brito Arévalo -demandado solidario-, en su contestación, por sus propios derechos, reconoció desempeñar el cargo de *Director* de operaciones *marítimas* para la empresa demandada desde el 01 de abril de 2014. Indicó que no existe responsabilidad solidaria en su contra, pues no ostenta ningún nombramiento que le otorgue la representación legal de la empresa demandada, por el contrario, refirió que se encuentra vinculado a ésta por contrato laboral. Consecuentemente, interpuso excepción previa de falta de legitimación en la causa. Adicionalmente, rechazó los fundamentos de hecho y de derecho del actor, pues refirió que el actor no es un trabajador dependiente de la empresa demandada.

4. El señor Roque Sevilla Larrea -demandado solidario-, en su contestación, también por sus propios derechos, negó haber cumplido funciones de dirección o administración frente al accionante, sin que en ningún momento le haya dado órdenes o disposiciones que cumplir al actor en el ámbito de sus actividades profesionales. En tal escenario, manifestó "[…] *que en el pasado, fu*[e] *Presidente del Directorio de ETICA Empresa Turística Internacional C.A., pero que como tal, sólo dirigía las sesiones de ese cuerpo colegiado y no cumplía funciones de dirección y administración de la compañía, porque esa es facultad exclusiva del Presidente Ejecutivo, función que ha estado a cargo de la Economista María Paulina Burbano De Lara Moncayo desde el año 2010.*[2]*."* En consecuencia, igualmente interpuso excepción previa de falta de legitimación en la causa. Así también, rechazó los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

5. La empresa demandada, a través de la señora María Paulina Burbano De Lara Moncayo, en calidad de gerente general, en su contestación, reconoció que el actor había fungido como trabajador hasta antes del 30 de noviembre de 2001, en las modalidades que indica en su demanda. Sin embargo, en lo medular, rechazó la existencia de ésta durante el periodo que demanda el actor, es decir, desde el 01 de abril de 2002 hasta el 29 de marzo de 2019. Concomitante con lo anterior, indicó que el actor -durante el periodo demandado- prestaba sus servicios profesionales de carácter civil como experto en gestión de sistemas de seguridad de barcos a la empresa demandada; y, de manera simultánea, también prestaba servicios para otros operadores turísticos en las Galápagos y empresas navieras. Agregó que, entre sus funciones, se encarga de la emisión de documentos de cumplimiento y certificados de gestión de seguridad ante la autoridad pública en materia de seguridad marítima, también se encarga de atender requerimientos solicitados por la autoridad marítima. Así también, negó que el actor haya realizado tareas de oficina,

[2] Véase el cuaderno de primer nivel, escrito que contiene la contestación a la demanda del señor Roque Sevilla Larrea, que obra a fojas 87 a 88.

ya que "[…] *aleatoriamente utilizaba algún escritorio disponible en las oficinas de mi representada para atender sus asuntos profesionales,* […].[3]".Igualmente, aclaró que el actor se encuentra registrado ante el Servicio de Rentas Internas (también "**SRI**") como prestador de servicios profesionales por cuenta propia sin relación de dependencia, por lo que emitía facturas por la prestación de sus servicios. Por lo antes mencionado, la empresa demandada sostuvo que el actor no ha aportado ningún elemento probatorio que justifique el elemento de subordinación y dependencia, que resulta -dijo- indispensable para la existencia de una relación laboral, por lo que reiteró que el vínculo jurídico entre las partes siempre fue civil. También recalcó que "[...] ***no puede haber subordinación y dependencia respecto de ÉTICA sino existe el elemento tipificante de la exclusividad****, siendo un hecho no discutido que el de que el actor se inscribió en el RUC desde el año 2001 para realizar independientemente actividades económicas con la administración, supervisión y gestión de asuntos marítimos y mineros, servicios que efectivamente ha brindado simultáneamente a múltiples empresas y personas* [...] [4]", (el énfasis le pertenece al texto original). Finalmente, interpuso excepción previa de incompetencia del juzgador en razón de la materia. Con estos antecedentes, rechazó las pretensiones en su contra y, a su vez, solicitó se deseche la demanda; y, además, se condene al actor en costas procesales y honorarios profesionales.

6. Con fecha 17 de mayo de 2022, la Dra. Mariella Jara Mendoza, jueza de la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, mediante sentencia escrita, por una parte, rechazó las excepciones previas propuestas y, por otra, declaró sin lugar la demanda, arguyendo que no existe el vínculo laboral. Inconforme con esta decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación tanto del auto interlocutorio que rechazó las excepciones y de la decisión de fondo.

7. Con fecha 08 de febrero de 2023, subida la causa en grado, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas (también "**Sala de Apelación**"), conformada por los jueces provinciales: Dr. Francisco Morales Garcés (ponente), Dr. Andrés Alvarado Luzuriaga y Dra. Ivonne Núñez Figueroa, en sentencia escrita, aceptó parcialmente el recurso de apelación de la parte actora y, por ende, revocó la sentencia venida en grado. En consecuencia, ordenó el pago de (1) indemnización de despido intempestivo, (2) bonificación de desahucio, (3) décima tercera y cuarta remuneración y vacaciones de todo el periodo demandado; y, (4) fondos de reserva, más el 50% de recargo; alcanzando así un valor total a pagar de USD 132.735,68. También dispuso el pago de honorarios profesionales, costas judiciales e intereses legales.

8. Inconformes con esta decisión, ambas partes procesales interpusieron recursos extraordinarios de casación. La **parte actora** propuso su recurso por el **caso dos** del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (también "**COGEP**"). La **empresa demandada** propuso su recurso por el **caso cinco** del art. 268 del COGEP. El señor **Roque Sevilla Larrea** -demandado solidario- también propuso su recurso de casación por el **caso cinco** del art. 268 del COGEP. Y, finalmente, el señor **José Brito Mendoza** -demandado solidario- propuso su recurso de casación por el **caso dos** del art. 268 del COGEP. La parte demandada rindió caución, para suspender la ejecución de la sentencia. De esta manera, el proceso fue enviado a la Corte Nacional de Justicia para su conocimiento y calificación.

9. Luego de que el señor José Brito Mendoza completara y aclarara su recurso de casación; con fecha 26 de junio de 2023, la Dra. Liz Barrera Espin, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de admisión, aceptó a trámite los recursos extraordinarios de casación propuestos por las partes procesales, según obra de fojas 21 a 26 del cuaderno de casación. Tanto la empresa demandada como la parte actora contestaron los recursos extraordinarios de casación de su contraparte, respectivamente.

10. Así, de conformidad con el auto de admisión, a cada una de las partes le fueron aceptados y admitidos los siguientes cargos e infracciones:

> *La parte actora, señora BURGOS SALVADOR CARLOS RAMIRO PATRICIO,* **[por el caso dos]** *señala las normas que a su criterio considera infringidas, que corresponden a los siguientes artículos o enunciados normativos: artículos 11, 76 numeral 7 literal l) y 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República; 5, 71, 95, 111,*

[3] Véase el cuaderno de primera instancia, escrito que contiene la contestación a la demanda, que obra a fojas 144 a 153.
[4] *Ibídem.*

196, 202 y 593 del Código del Trabajo y 185 y 284 del Código Orgánico General de Procesos.
La parte demandada:
Compañía ÉTICA Empresa Turística Internacional C.A. representada por María Paulina Burbano de Lara Moncayo, **[por el caso cinco]** *señala las normas que a su criterio considera infringidas, que corresponden a los siguientes artículos o enunciados normativos: artículo 8 de (sic) Código del Trabajo.*
ROQUE SEVILLA LARREA **[por el caso cinco]** *señala las normas que a su criterio considera infringidas, que corresponden a los siguientes artículos o enunciados normativos: artículo 36 del Código del Trabajo.*
JOSE BRITO **[por el caso dos]** *señala las normas que a su criterio considera infringidas, que corresponden a los siguientes artículos o enunciados normativos: artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; 8 del Código del Trabajo; Sentencias 1158-17-EP/21, 348-20-EP/21, 1214-18-EP/21, 116-12-H/21 y 197-15-SEP-CC y 89 del Código Orgánico General de Procesos.*

11. Sorteada 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 extraordinario de casación para el día **13 de junio de 2024, a las 10h30**, siendo reinstalada para el día **20 de junio de 2024, a las 15h30** ; y, una vez finalizado el debate, se dio cumplimiento al art. 273 del COGEP, emitiendo la resolución de manera oral en audiencia.

II. Competencia.

12. 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 COGEP; y, particularmente, en mérito del sorteo realizado el día **14 de febrero de 2024**, que radicó la competencia para el conocimiento y resolución de esta causa en este tribunal de casación.

III. Validez Procesal.

13. Se observa que el presente proceso ha cumplido de forma cabal con las solemnidades legales y constitucionales, por lo que la causa se considera válida procesalmente.

IV. Fundamentación de los recursos extraordinarios de casación y sus respectivas contestaciones.

A. Recurso de la PARTE ACTORA - Por el caso DOS.

14. De acuerdo con el recurso contentivo de casación, por el caso dos, la parte actora sostiene que la sentencia de segundo nivel, sin ninguna motivación, ha fijado el valor de la remuneración del 2002 al 2014, por un valor de USD 750,00, sin que sea correcta la cantidad ni el periodo laborado. Reitera que el tribunal no ha considerado sus verdaderos ingresos, pues no ha tomado en cuenta lo manifestado por el actor en su declaración de parte y el juramento deferido. En tal sentido, señala que la sentencia recurrida no expone ningún fundamento fáctico, no señala qué pruebas consideró para fijar el valor de la remuneración, que utilizó para el cálculo de los rubros demandados, como, la décima tercera remuneración, vacaciones y fondos de reserva. Finalmente, indica que "[...] *no hay motivación* [...]" en lo que respecta al pago del 5% por costas procesales, pues sostiene que esta decisión fue "[...] *tom*[ada] *al ojo*.", por lo que solicita que se ordene el pago del 20%, pues éstos deberán cubrir los gastos por la tramitación de la causa. En consecuencia, solicita se acoja su recurso de casación y, por ende, se rectifique la remuneración entre 2002 y 2014, con la que se ordenó el pago de ciertos rubros laborales, así como también "[…] *manden a pagar en sentencia el 20% por costas* […][5]".

B. Recurso de la EMPRESA DEMANDADA - Por el caso CINCO.

15. De acuerdo con el recurso contentivo de casación, por el caso cinco, la empresa demandada, a través de la señora María Paulina Burbano De Lara, como gerente general, acusa que la sentencia de segundo nivel incurre en la indebida aplicación del art. 8 del Código del Trabajo. En lo medular, sostiene que el actor no aportó ningún medio de prueba que justifique la existencia del elemento de la subordinación jurídica, que resulta indispensable para la existencia de una relación laboral. Reitera que el actor no demostró que la empresa demandada haya emitido órdenes o instrucciones al

[5] Véase el cuaderno de segundo nivel, escrito que contiene el recurso extraordinario de casación de la parte actora, que obra a fojas de 106 a 115.

actor, infringiendo así en la obligación probatoria que impone el art. 169 del COGEP de justificar sus afirmaciones de la demanda. En este escenario, impugna la decisión del tribunal de apelación que reconoce la existencia de una relación laboral con base en cuatro medios de prueba: tres certificados de trabajo y un acta entrega recepción, lo que -dice la empresa demandada- ratifica que en realidad existió una relación jurídica de carácter civil y no de índole laboral. También recalca que el actor laboró para varias empresas de forma simultánea mientras prestaba sus servicios para la empresa demandada, lo que impide que exista un vínculo jurídico laboral por no existir el elemento de exclusividad. Así, refiere que no existió este elemento ya que se presentaron varias facturas que no cuentan con una secuencia numérica consecutiva, lo que denota que prestaba servicios a otras empresas. Inclusive, refiere que cuando se le preguntó al actor sobre la prestación de servicios a otras empresas, no negó este hecho, sino que se limitó a indicar que se trataban solo de actividades complementarias. También refiere que el actor no ha demostrado que trabajó bajo un cierto horario de trabajo. En suma, sostiene que la relación que tenía el actor con la empresa demandada no era de carácter laboral, sino de índole civil.

16. Por otra parte, también refiere el tribunal de apelación no ha aplicado el principio de *supremacía de la realidad,* pues el actor prestaba sus servicios de manera libre e independiente con varias empresas, no solo para la demandada, por lo que, no existe una relación laboral. Por lo tanto, el recurrente solicita se case la sentencia y corrijan los yerros en que incurrió el tribunal de apelación.

C. Recurso del señor Roque Sevilla Larrea (demandado solidario)-Por el caso CINCO.

17. De acuerdo con este recurso contentivo de casación, por el caso cinco, el señor Roque Sevilla Larrea acusa que la sentencia de segundo nivel incurre en la indebida aplicación del art. 36 del Código del Trabajo. En lo medular, señala que "[...] *el actor en su demanda fue claro al afirmar que Roque Sevilla ejercía funciones de dirección y administración, sin embargo, no presentó ninguna prueba que acredite este hecho.*[6]*"*. Indica que el tribunal de apelación rechazó la excepción de falta de legitimidad en la causa con base a un documento emitido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el cual se indica que el señor Roque Sevilla ejerció el cargo de presidente del directorio, pero no se observa que dicho cargo lo tuvo hasta el 2010. Aclara que a la fecha en que ocurrió el despido intempestivo -2019- ya no ostentaba ningún cargo que le permitiera ejercer funciones de administración o dirección. Con estos antecedentes, el señor Roque Sevilla Larrea solicita se case la sentencia de segundo nivel y, por lo tanto, se acepte su excepción de falta de legitimidad en la causa.

D. Recurso del señor José Brito Mendoza (demandado solidario)-Por el caso DOS.

18. De acuerdo con este recurso contentivo de casación y el escrito que aclara éste, por el caso dos, el señor José Brito Mendoza sostiene que la sentencia de segundo nivel adolece de una motivación aparente en el vicio de incongruencia frente a las partes, ya que, en lo principal, el tribunal de apelación "[...] *nunca se pronunció respecto del argumento central de esta defensa que es la falta de dependencia en la relación entre el accionante y la demandada principal. En la sentencia impugnada no se encuentra un análisis de cómo la prueba presentada demostró la existencia de dependencia jurídica o subordinación* [...].[7]". Concomitante con lo anterior, indica que "[l]a *Corte Provincial omite pronunciarse sobre cuáles son los hechos probados en el proceso que permiten concluir la existencia de subordinación o dependencia* [...].[8]". Con estos antecedentes, solicita se case la sentencia "[...] *por cuanto no contestaron en absoluto los argumentos relevantes presentados por esta defensa y obviaron verificar los requisitos legales para determinar si existió o no una relación laboral.* [9]*"*. En su escrito de aclaración, también acusa el vicio de incongruencia frente al derecho, ya que el tribunal de apelación omite analizar

[6] Véase el cuaderno de segundo nivel, escrito que contiene el recurso extraordinario de casación del señor Roque Sevilla Mendoza, que obra a fojas 96 a 98.
[7] Véase el cuaderno de segundo nivel, escrito que contiene el recurso extraordinario de casación del señor José Brito Mendoza, que obra a fojas 100 a 102.
[8] *Ibídem.*
[9] *Ibídem.*

cómo se configura la relación laboral y la existencia de sus elementos a la luz del Art. 8 del Código del Trabajo.

E. Contestación de la EMPRESA DEMANDADA.

19. La empresa demandada contesta el recurso de casación de la parte actora y señala que la sentencia de segundo nivel contiene una fundamentación mínima, por lo que no puede ser considerada como arbitraria, por lo que cumple con el estándar de suficiencia que la Corte Constitucional ha fijado a través de la sentencia No. 1158-17-EP/21. Además, recalca que la parte actora pretende, en realidad, una valoración de las pruebas actuadas en juicio, particularmente, sobre el juramento deferido, lo que -dice- está proscrito por el caso dos del art. 268 del COGEP, por lo que debió proponer su recurso por el caso cuatro. Adicionalmente, reitera que la sentencia recurrida no ha demostrado la existencia del elemento de subordinación, lo que resulta indispensable para declarar la existencia de una relación laboral. Finalmente, refiere que el art. 593 del Código del Trabajo, que el actor solicita se aplique, respecto del juramento deferido, se encuentra derogado, por lo que, no cabe la aplicación de éste.

F. Contestación de la parte ACTORA.

20. Por su parte, el actor sostiene que todos quienes conforman la parte demandada pretende que nuevamente se valore los medios probatorios, lo que está proscrito en fase de casación. Agrega que los medios de prueba fueron valorados correctamente, por lo que no existe yerro sobre su apreciación probatoria. Además, refiere que el recurso de casación propuesto por el señor José Brito no tiene asidero, ya que la sentencia recurrida solo lo condenó al pago de los rubros ordenados por los derechos que representa de la compañía, y no por sus propios y personales derechos. Respecto del recurso de casación propuesto por Roque Sevilla Larrea, sostiene que, los medios probatorios producidos en audiencia demuestran que ejercía la representación legal de la compañía demandada, en tal sentido, señala que "[...] *la ley no dice que esa representación y solidaridad especialísimas* (SIC) del Art. 26 [del Código del Trabajo] *solamente son aplicables a las personas que directamente den órdenes al trabajadores, sino a TODO aquel que tenga esas responsabilidades; y es evidente que don Roque tenía y tiene máxima representación en ÉTICA.* [10]". Respecto del recurso de la empresa demandada refiere que también busca una nueva valoración de los medios de prueba, lo que está prohibido mediante recurso de casación. Luego de esto, la parte actora realiza un análisis del contenido de los medios de prueba aportados al proceso, lo que ciertamente ya hizo en su recurso contentivo de casación, por lo que, no resulta procedente replicar aquí dichos pasajes, ya que su obligación era contestar el recurso de casación de la parte demandada.

V. Cuestiones preliminares.

21. Para proceder con el análisis y resolución de cada uno de los recursos interpuestos, este tribunal de casación estima necesario primero establecer un orden pertinente. En este sentido, estos serán analizados de acuerdo con el orden preestablecido en el art. 268 del COGEP, ya que este orden responde a una secuencia lógica de cómo debe analizarse una sentencia en el marco de un examen de legalidad. Así, según este orden referido, primero exige que se analice si existen vicios que afecten la validez del proceso (caso 1); luego, si la sentencia se encuentra suficientemente motivada (caso 2); posteriormente, si la sentencia ha resuelto más o menos de lo solicitado por las partes, sin cuestionar su motivación (caso 3); y, finalmente, exige una revisión respecto de la corrección del derecho aplicado o interpretado, tanto de los preceptos de valoración de la prueba como de las normas sustantivas (casos 4 y 5).

22. En consecuencia, este tribunal analizará primero los recursos de casación propuestos por el caso dos del art. 268 del COGEP, que corresponden a los del señor José Brito y la parte actora. Debiendo, entre estos, iniciar por el análisis del señor José Brito, ya que -en esencia- impugna la existencia de la relación laboral, que resulta un requisito indispensable para determinar si procede o no la protección de la norma laboral, que es el Código del Trabajo, caso contrario se desecha la demanda, pues los jueces laborales solo tienen competencia para conocer sobre conflictos de ésta índole. Así entonces, en segundo lugar, se analizará el recurso de la parte actora, que impugna

[10] Véase el cuaderno de casación, escrito que contiene la contestación del recurso extraordinario de casación presentado por la parte actora, que obra a fojas 31 a 36.

-en esencia- la errónea fijación de la remuneración con la que se calculó los rubros laborales ordenados en sentencia.

23. Es preciso aclarar que, en caso de advertirse la existencia de los yerros acusados por el caso dos, este tribunal dictará sentencia de mérito luego de analizar, sucesivamente, todos los problemas jurídicos por el caso dos e identificar cuáles son los puntos de derecho que deberán reemplazarse, en caso de existir las infracciones acusados, de esta manera, se mantendrá la debida sintaxis y estructura de esta sentencia.

24. Finalmente, se continuará con los recursos de la empresa demandada, propuesto por intermedio de la señora María Paulina Burbano De Lara -gerente general-, y también el recurso del señor Roque Sevilla Larrea, que fueron propuestos por el caso cinco del art. 268 del COGEP. Así mismo, en este caso, se iniciará con el recurso de la empresa demandada que -en esencia- también impugna la existencia de la relación laboral; y, por último, se analizará el recurso del señor Roque Sevilla Larrea, que impugna la responsabilidad solidaria en su contra.

25. Los recursos extraordinarios de casación serán analizados en el orden aquí fijado, de manera sucesiva, siempre y cuando, cabe precisar, antes este tribunal no se haya dictado sentencia de mérito que cambie los fundamentos del punto de derecho que impugnan los recursos sucesivos, ya que no tendría relevancia analizar estos cuando el punto de derecho impugnado ha sido reemplazado por los fundamentos que este tribunal estime correctos.

VI. Problema jurídico planteado.

26. De acuerdo con los fundamentos expuestos en cada uno de los recursos extraordinarios de casación, este tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos:

Recurso del señor José Brito Mendoza (demandado solidario)-Por el caso DOS.

26.1. Por el caso DOS: ¿La sentencia de segundo nivel adolece de una motivación aparente con el vicio de incongruencia, por no contestar cómo se ha configurado una relación laboral entre las partes, ni explicar qué medios de prueba sirvieron para justificar la existencia de la subordinación y dependencia?

Recurso de la PARTE ACTORA-Por el caso DOS.

26.2. Por el caso DOS: ¿La sentencia de segundo nivel carece de la garantía de motivación, por no explicar cómo se determinó que el actor recibía una remuneración de USD 750,00 entre el periodo 2002 y 2014, la misma con la cual se calculó los rubros de la décima tercera remuneración, vacaciones y fondos de reserva?

26.3. Por el caso DOS: ¿La sentencia de segundo nivel carece de la garantía de motivación, por no explicar por qué se fijó un total del 5% de honorarios profesionales?

Recurso de la EMPRESA DEMANDADA, representada por la señora María Paulina Burbano (gerente general) - Por el caso CINCO.

26.4. Por el caso CINCO: ¿La sentencia de segundo nivel incurrió en la indebida aplicación del art. 8 del Código del Trabajo, ya que el actor no justificó la existencia del elemento de subordinación y dependencia?

Recurso del señor Roque Sevilla Larrea (demandado solidario) - Por el caso CINCO.

26.5. Por el caso CINCO: ¿La sentencia de segundo nivel incurrió en la indebida aplicación del art. 36 del Código del Trabajo, ya que el actor no justificó que el señor Roque Sevilla Larrea ejercía algún cargo de administración y dirección?

VII. Análisis del tribunal de casación por el recurso del señor JOSÉ BRITO MENDOZA (demandado solidario).

A. Por el caso DOS - JOSÉ BRITO MENDOZA.

A.1. Consideraciones preliminares sobre la naturaleza del caso DOS del art. 268 del COGEP.

27. El caso segundo del art. 268 del COGEP consagra el vicio casacional de motivación, siendo una garantía del derecho al debido proceso y a su vez del derecho a la defensa, que permite legitimar materialmente las decisiones que adopten las autoridades públicas, expresando los razonamientos sobre los cuales descansa el acto o decisión pública. En el ámbito jurisdiccional, obliga a los juzgadores a señalar las disposiciones normativas o los principios jurídicos que sustentan su fallo y la pertinencia de su aplicación a los hechos del caso en concreto.

28. La estructura normativa de esta causal denota la existencia de dos sub-causales. La primera está relacionada con la estructura formal que debe contener la sentencia escrita, como: identificación de las partes, enunciación de las pretensiones, relación de los hechos probados, decisión de las excepciones previas, la motivación en sí misma, parte resolutiva y demás requisitos. La segunda subcausal está relacionada con la parte dispositiva de la sentencia, debiendo evitar que se adopten

enunciados que sean incompatibles entre sí o contradictorios con la resolución[11].

29. La actual Corte Constitucional del Ecuador emitió un precedente jurisprudencial obligatorio, contenido en la sentencia No. 1158-17-EP/21, con fecha 20 de octubre de 2021, denominado "Caso *Garantía de la Motivación*", a través del cual el órgano constitucional explícitamente se alejó del test de motivación que encasillaba únicamente los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, para así dar lugar y aclarar las pautas de cómo debe entenderse realmente la motivación de una resolución judicial. Así, ha reiterado que el derecho a la motivación no trae consigo el acierto o corrección jurídica de las resoluciones judiciales impugnadas, debiendo analizar -únicamente- si la decisión cuenta con el criterio rector, es decir, con una estructura mínimamente completa, que involucra una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, así como una explicación sobre la pertinencia de las disposiciones jurídicas aplicadas al caso en concreto[12].

A.2. Análisis y resolución del ÚNICO problema jurídico por el CASO DOS-Recurso del señor JOSÉ BRITO MENDOZA (demandado solidario).

30. El señor José Brito Mendoza, quien desempeña el cargo de *Vicepresidente de operaciones marítimas,* en esencia sostiene que la sentencia de segundo nivel cuenta con una motivación insuficiente, por adolecer de un vicio de incongruencia, ya que, por una parte, el tribunal no explica cuáles han sido los medios probatorios que sirvieron para justificar la existencia del elemento de subordinación y dependencia; y, por otra parte, omite analizar y explicar el punto de derecho central de este juicio que es el análisis de la configuración de la relación laboral entre las partes. En consecuencia, este tribunal centrará su análisis en determinar si existen los vicios acusados, que están estrictamente relacionados con la deficiencia motivacional por apariencia en el vicio de incongruencia frente a las partes e incongruencia frente al derecho. Por lo tanto, en caso de demostrarse que existe alguno de los vicios acusados, este tribunal de casación, de acuerdo con el art. 268.2 del COGEP, dictará sentencia en mérito de los autos, reemplazando la fundamentación errónea, por la que estime correcta.

31. Antes de iniciar con el análisis propuesto, este tribunal estima pertinente recordar que la garantía de motivación, prevista en el art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, no trae consigo el acierto o la corrección del derecho aplicado o interpretado, así como tampoco de las valoraciones o inferencias probatorias, que haya realizado el tribunal de apelación, tal como lo ratifica la sentencia No. 2463-17-EP/22 de la Corte Constitucional del Ecuador[13]. En consecuencia, este tribunal no analizará si la sentencia recurrida aplicó o interpretó correctamente el art. 8 del Código del Trabajo, así como si justificó debidamente los elementos de la relación laboral, por lo tanto, los pasajes que centren su acusación en estos puntos no serán atendidos, pues desnaturalizarían el caso dos del art. 268 del COGEP.

32. Así entonces, corresponde revisar la sentencia recurrida, que, en su parte atinente con el problema jurídico formulado, dice lo siguiente:

> *DECIMO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.- Habiendo escuchado las intervenciones de los Defensores Técnicos de los sujetos procesales y del estudio de las actuaciones habidas en esta causa, para emitir pronunciamiento respecto a la relación laboral alegada, la Sala es del criterio de que de conformidad con lo determinado en el art. 8 del Código Laboral, "Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre".*
>
> *En el presente caso, para demostrar la existencia de dicho nexo de trabajo, se advierte que obra de autos: Los certificados de trabajo otorgados al accionante. El emitido por el Jefe de Personal de ETICA Metropolitan Touring, el 15 de noviembre del 2007, constante a fs. 28 del proceso, en el que se detalla diferentes fechas de entradas y salidas*

[11] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1408-14-EP/20 en el Caso No. 1408-14-EP. 29 de julio de 2020. Párr. 38.
[12] *Ibídem*; párr. 57.
[13] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 2463-17-EP/22, que, en su parte pertinente, dice que: "[...] *el análisis sobre la vulneración de la garantía de la motivación de las decisiones del poder público no guarda relación alguna con la corrección en la selección, interpretación y aplicación de las leyes al caso concreto, corrección en la selección, interpretación y aplicación de las leyes al caso concreto. La garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales."*

de Carlos Burgos Salvador. Otra certificación es la constante en la comunicación dirigida a la Embajada de Estados Unidos de América, que obra a fs. 32 del proceso, fechada al 21 de noviembre del 2006, suscrita por el Vicepresidente de Operaciones Marítimas de ETICA Metropolitan Touring, Cap. Carlos Moncayo mediante la cual expresa que el ahora demandante presta sus servicios para esa Organización, desde el 3 de abril del 2000 en calidad de de (SIC) asesor de seguridad y protección marítima…que por motivos inherentes a sus funciones debe viajar a Bahamas el próximo mes de diciembre de ese año, señalando que mucho apreciarán se sirvan brindarle las facilidades para que pueda renovar su visa. De igual manera, la certificación conferida por el Vicepresidente de Operaciones Marítimas de ETICA Metropolitan Touring, Cap. Carlos Moncayo, fechada al 3 de marzo del 2009, que acredita que el capitán Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador brinda servicios como Administrador de los sistemas de seguridad, protección y calidad de la empresa desde abril del 2002 hasta esa fecha. La certificación dirigida a la Escuela de Negocios Islas Canarias, suscrita por el Vicepresidente de Operaciones Marítimas de ETICA Metropolitan Touring, Cap. Carlos Moncayo, fechada al 1 de marzo del 2011, constante a fs. 30 en la que dice que el Capitán Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador presta sus servicios profesionales para ETICA Empresa Turística Internacional C.A. desde el mes de abril del 2000, brindando asesoría naviera en los sistemas de seguridad y protección para su operación con embarcaciones de turismo en las Islas Galápagos. La fotocopia notariada del carnet otorgado al accionante por la empresa ETICA Metropolitan Turing, constante a fs. 38 del proceso. Finalmente, el Acta de Entrega de Cargo Administrador Sistemas de Seguridad y Protección, celebrada el 29 de marzo del 2019, que obra de fs. 26 a 27, suscrito por el Ing. Luis Eduardo Ayala en su calidad de Superintendente Marítimo de ETICA Metropolitan Touring y el Administrador de los Sistemas de Seguridad y Protección-Auditor Interno ISM-PBIP, Cap. Carlos Ramiro Burgos, documento en el que se menciona que en cumplimiento de las disposiciones emitidas por la Presidencia Ejecutiva y la Dirección de Operaciones marítimas se procede a efectuar la entrega de cargo y funciones de la Administración de los Sistemas de Seguridad y Protección de los Buques y Oficina de ETICA y Auditor Interno de ISM y PBIP entre el Cap. Carlos Ramiro Burgo y el Superintendente Marítimo, Ing. Naval Luis Eduardo Ayala, pormenorizando las funciones y responsabilidades del cargo, los Estatus del Cargo; y más detalles constantes en dicho instrumento, quedando pendiente renovar hasta el 21 de abril/19 del N.G. ISLANDER el certificado de Dotación Marítima de Seguridad, todo lo cual se encuentra corroborado con los correos electrónicos cursados entre los ahora justiciables, debidamente materializados los correos electrónicos.-

33. De acuerdo con el extracto de la sentencia citado, el tribunal de apelación menciona que analizará la existencia del nexo laboral y para ello hace referencia a algunos medios de prueba, entre ellos, varios certificados emitidos por la empresa demandada, una fotocopia del carné de la empresa certificada en la Notaría, un acta entrega recepción del cargo de *Administrador Sistemas de Seguridad y Protección* y correos electrónicos. Luego de extraer la información de estos, el tribunal de apelación concluye que existe una relación jurídica de índole laboral entre las partes procesales.

34. Este tribunal de casación advierte que el actor con su demanda -en esencia- solicitó se declare la existencia de una relación laboral para gozar de la protección del Código del Trabajo, mientras que, la parte demandada -todos- rechazaron esta demanda aduciendo que la relación entre el actor y la empresa demandada era de índole civil y no laboral. Es decir, la discusión del presente proceso tenía por objeto central dilucidar si existe o no una relación de carácter laboral. Ahora, para resolver este punto de derecho es imperativo que el tribunal haya analizado los elementos de la relación laboral, es decir, aquellos que están contenidos en el art. 8 del Código del Trabajo, observando que se encuentren presenten todos y cada uno de ellos, que son: (1) convenio o contrato, (2) prestación de servicios personales y lícitos, (3) subordinación o dependencia; y, (4) remuneración, pues de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, la ausencia de uno de estos configura una relación de cualquier tipo, menos de índole laboral. También resulta oportuno precisar que existe un quinto elemento que ha sido desarrollado en la doctrina y la jurisprudencia, que es el de (5) la ajenidad.

35. La sentencia No. 1158-17-EP/20 de la Corte Constitucional ha referido que una motivación es insuficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa. En tal medida, refiere que esta puede ser aparente y, entre sus vicios, adolecer de 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).”

36. Ahora bien, en el caso en concreto, el tribunal se limita a replicar el contenido de los medios de prueba mencionados, sin explicar cómo ellos demuestran la existencia de los elementos de la relación laboral, especialmente, el de la subordinación y dependencia. En consecuencia, tampoco se explica la pertinencia de haber aplicado el art. 8 del Código del Trabajo a los antecedentes del caso, es decir, sin explicar cuáles han sido los medios de prueba, e incluso las inferencias probatorias, que permiten asumir que existe una relación de carácter laboral entre las partes. En suma, este tribunal reconoce que la sentencia recurrida ha incurrido en el vicio de incongruencia frente al derecho, pues no se analiza el objeto central del proceso que era explicar cómo se configuran los elementos de la relación laboral. Así también, existe un vicio de incongruencia frente a las partes, pues no se explica cuáles fueron los elementos probatorios que sirvieron para justificar la subordinación y dependencia.

37. En consecuencia, la sentencia recurrida incumple con la garantía de motivación, adoleciendo de un vicio de incongruencia, por lo tanto, existe la infracción por el caso dos del art. 268 del COGEP. Por consiguiente, este tribunal dictará sentencia en mérito de los autos, reemplazando así los fundamentos jurídicos erróneos, por los que se estime correcto, sobre el punto de derecho referente a la existencia de la relación laboral.

VIII. Análisis del tribunal de casación por el recurso de la PARTE ACTORA.

B. Por el caso DOS - PARTE ACTORA.

B.1. Análisis y resolución del PRIMER problema jurídico por el CASO DOS - Recurso de la PARTE ACTORA.

38. La parte demandada -en esencia- acusa la inexistente motivación en la sentencia de segundo nivel respecto de la determinación de la remuneración percibida por el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador, señalando que entre el 2002 y el 2014 percibió un sueldo de USD 750,00; cuando la misma no es correcta en el monto ni el periodo. Agrega que el tribunal de apelación no ha tomado en consideración lo mencionado en el juramento deferido ni en la declaración de parte del actor, ni tampoco ha mencionado cuál fue el medio de prueba que le permitió determinar esa remuneración.

39. En este escenario, este tribunal tomará en consideración las mismas consideraciones legales para el análisis de este recurso extraordinario de casación, siendo que también ha sido planteado por el caso dos. Por lo tanto, en caso de determinarse la existencia del yerro acusado, se dictará sentencia en mérito de los autos.

40. Así entonces, corresponde revisar la sentencia recurrida, que, en su parte atinente con el problema jurídico formulado, dice lo siguiente:

> *Para efecto del cálculo de los valores mandados a pagar, se tendrá como última remuneración mensual percibida -del 2015 al 2019- la cantidad de $3.000.00 y desde el 2002 hasta el 2014, $750.00.*

41. De acuerdo con el extracto de la sentencia citado, el tribunal de apelación se limita a concluir un valor de la remuneración percibida entre el 2002 y 2014 y entre el 2015 y 2019, sin explicar cuál es el medio de prueba que le permite realizar esta conclusión.

42. La sentencia No. 1158-17-EP/20 de la Corte Constitucional ha referido que una motivación es inexistente “[...] *cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica.”* En consecuencia, la omisión de este requisito deviene inmediatamente en una motivación insuficiente. Es decir, cuando no existe una cierta explicación sobre los hechos fácticos o los medios de prueba, así como del derecho en discusión, sino se expone simplemente la conclusión arribada por el juzgador

43. En consecuencia, la sentencia recurrida respecto de la remuneración ganada por el actor incumple con la garantía de motivación por inexistencia, por lo tanto, existe la infracción por el caso dos del art. 268 del COGEP que acusa la parte actora. Por lo tanto, este tribunal dictará sentencia en mérito de los autos, reemplazando así los fundamentos jurídicos erróneos, por los que se estime correctos, sobre el punto de la remuneración percibida.

B.2. Análisis y resolución del <u>SEGUNDO</u> problema jurídico por el CASO DOS - Recurso de la PARTE ACTORA.

44. De acuerdo con la acusación de la parte actora, sostiene que existe falta de motivación respecto de la fijación de costas procesales, por haber sido fijados en un 5%, sin que el tribunal de apelación

mayor exponga alguna explicación, por lo que, solicita que se orden el 20% por concepto de costas procesales para cubrir así los gastos incurridos en este juicio. En este punto, es preciso indicar que, este tribunal consultó en audiencia a la parte actora, si su acusación era respecto de los honorarios profesionales o las costas judiciales, a lo cual, señaló que su recurso se centra en las costas judiciales.

45. Al igual que en anterior caso, este problema jurídico será analizado y resuelto tomando en cuenta las consideraciones y fundamentos ya expuestos respecto del caso dos del art. 268 del COGEP. Por lo tanto, en caso de existir el yerro acusado, este tribunal dictará sentencia en mérito de los autos.

46. De acuerdo con esta acusación, este tribunal advierte que, de acuerdo con la Resolución No. 123-2016, emitida por el Consejo de la Judicatura, las costas judiciales no se fijan en función de un porcentaje, sino que deben ser calculadas por el juez liquidador, en virtud de los justificativos que presente la parte solicitante. En tal sentido, por existir norma expresa, este tribunal y los demás jueces de instancia carecen de potestad para fijar un porcentaje respecto de las costas judiciales, la cual es privativa del juez de ejecución. Así entonces, el tribunal hizo bien en limitarse a disponer el pago de costas judiciales, junto con los honorarios, observando que la sentencia le era parcialmente favorable al actor, tal como lo prescribe el art. 588 del Código del Trabajo. En consecuencia, no existe el yerro en la garantía de motivación por el caso dos del art. 268 del COGEP.

47. Por lo tanto, no existe el yerro que acusa por la parte actora, respecto de la falta de motivación del porcentaje de honorarios profesionales, por el caso dos del art. 268 del COGEP, por lo tanto, se desecha esta acusación.

IX. SENTENCIA DE MÉRITO POR EL CASO DOS.

48. De conformidad con lo señalado en el acápite de Cuestiones Preliminares, este tribunal, luego de analizar todos los problemas jurídicos por el caso dos del art. 268 del COGEP, le corresponde dictar sentencia en mérito de los autos, en atención a las infracciones a la garantía de motivación identificadas. Para ello, se recuerda que el recurso de casación del señor José Brito Arévalo, por lo que se analizará -en esencia- si existe o no la relación laboral demandada; y, con respecto del recurso de la parte actora, solo fue aceptado por el primer problema jurídico, por lo tanto, se analizará -en esencia- cuál es el valor de la remuneración percibida desde el 2002 hasta el 2019. Por consiguiente, con fundamento en el Art. 4 de la Resolución 07-2017, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, este tribunal reemplazará los fundamentos erróneos por los que estime correctos, respecto de los puntos de derecho señalados.

A.1. Puntos de discusión.

49. En el presente caso, el señor **Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador** (también "**actor**") demanda la existencia de la relación laboral, y, a partir de aquello, solicita el pago de ciertos rubros laborales, mientras que, el señor José Brito Arévalo niega los fundamentos de hecho y derecho en su contra y aclara que el actor no es un trabajador dependiente de la **Compañía ÉTICA Empresa Turística Internacional C.A.** (también "**Compañía ÉTICA**"). Adicionalmente, la Compañía ÉTICA reconoce que el actor prestó sus servicios profesionales de forma personal, como *experto en gestión de sistemas de seguridad de barcos*, desde el 01 de abril de 2002 hasta el 29 de marzo de 2019, pero en el ámbito de una relación civil y no laboral; y, que, por la prestación de estos servicios el actor emitía una factura para el pago respectivo de sus honorarios. Agrega que el actor no solo prestaba sus servicios profesionales a la compañía ÉTICA, sino también, en forma simultánea, a otras varias operadoras de turismo de las Galápagos y otras empresas navieras. En síntesis, la empresa demandada rechaza la existencia de una relación laboral, arguyendo que en realidad la relación habida entre las partes fue de índole civil. En consecuencia, el objeto de la discusión se centra en determinar si existe o no una relación de carácter laboral al tenor de lo dispuesto del art. 8 del Código del Trabajo. Para ello, resulta relevante tener presente que la empresa demandada ha reconocido que, en el ámbito de esta relación jurídica habida entre las partes, existe: (1) convenio o contrato entre las partes, (2) prestación de servicios personales del actor; y, (3) el pago por la prestación de estos servicios; que resultan también elementos indispensables para la existencia de la relación laboral. No obstante, está en duda la existencia del elemento de subordinación y dependencia, que es el elemento distintivo y característico de la relación laboral y que da vida jurídica a éste. En consecuencia, este tribunal se centrará en determinar si existe o no un vínculo jurídico de índole laboral entre las partes procesales, al tenor del art. 8 del Código del Trabajo.

50. De superarse este primer punto de derecho, es decir, reconociéndose la existencia de la relación laboral, este tribunal deberá determinar el monto de la remuneración que percibía el señor

Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador (también "**actor**") durante el 2002 y el 2019, para así, determinar el monto de las pretensiones solicitadas, siendo este el único punto de debate.

A.2. Análisis y resolución sobre la existencia de la relación laboral - Art. 8 del Código del Trabajo.

51. De acuerdo con el punto de debate fijado y las declaraciones que se desprenden de la demanda y la contestación a ésta, las partes procesales se han impuesto ciertas obligaciones probatorias, acorde con lo que establece el art. 169 del COGEP[14]. Para ello, han aportado diferentes medios de prueba que, en esencia, les servirá para justificar cada una de sus hipótesis. La de la parte actora descansa en demostrar la existencia de una relación laboral, habida entre el 01 de abril de 2002 hasta el 29 de marzo de 2019, por lo que, deberá justificar los elementos normativos de ésta. Mientras que, la empresa demandada deberá justificar que la relación jurídica era de carácter civil, es decir, deberá demostrar que no existe el elemento de subordinación y dependencia, caso contrario, se tendrá que en realidad la relación fue de carácter laboral, pues de no cumplir con su cometido el resultado le será adverso. Por su parte, los señores José Brito Arévalo y Roque Sevilla Larrea se limitaron a rechazar los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, indicando que el actor no es trabajador subordinado de la Compañía ÉTICA, por lo que, no tienen ninguna obligación probatoria en su contra de justificar algún hecho. Adicionalmente, cabe precisar que el señor José Brito Arévalo indicó que no ostenta ninguna representación, pues se encuentra vinculado a la empresa demandada por contrato de trabajo; y, en el caso del señor Roque Sevilla Larrea, indicó que no ejerce ningún cargo de administración o dirección dentro de la compañía, su cargo es solo de Presidente del Directorio de ÉTICA, limitándose a dirigir sesiones del directorio.

52. El art. 325 de la Constitución señala que:

> *Art. 325.- **El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia** o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.*
>
> [El énfasis le pertenece a este tribunal].

53. Los arts. 1 y 8 del Código del Trabajo dicen lo siguiente:

> *Art. 1.- Ámbito de este Código.- **Los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores** y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo.*
>
> *Las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.*
>
> *Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.*
>
> [El énfasis le pertenece a este tribunal].

54. De acuerdo con las disposiciones citadas, el Estado reconoce el derecho al trabajo en sus diversas modalidades, entre ellas, el trabajo subordinado, que prevé la existencia de un vínculo jurídico entre empleador y trabajador. Para ello, el Código del Trabajo resulta ser el cuerpo normativo que por excelencia regula este tipo de relación jurídicas, que consagra un sistema de disposiciones normativas relacionadas con los derechos y obligaciones, garantías, instituciones y principios de estas personas (empleador y trabajador).

55. El propio Código del Trabajo indica cuáles elementos deben concurrir, copulativamente, en el marco de una relación jurídica para que ésta sea calificada como laboral y, solo así, sea posible la protección de las disposiciones normativas de este código. El Código del Trabajo, que por excelencia es el cuerpo normativo que corresponde al estudio del derecho del trabajo, materializa un sistema de normas que propenden, en todo momento, la búsqueda de la equidad y justicia social, como una respuesta a una relación jurídica asimétrica entre el empleador y el trabajador. Para ello,

[14] Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. *Art. 169.- Carga de la prueba. - Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.*

el Código del Trabajo es una norma jurídica que cuenta con disposiciones que protegen en mayor medida al trabajador, con el objetivo de equiparar fuerzas, o, en su defecto, disminuir las desigualdades entre sus partícipes (trabajador y empleador).

56. El art. 8 del Código del Trabajo define lo que es el contrato individual de trabajo que, en esencia, da vida a un vínculo jurídico de carácter laboral, sin perjuicio de si fue celebrado de manera escrita, oral, expresa o tácita. Así entonces, esta disposición normativa consagra los elementos que deben concurrir copulativamente para la existencia de la relación laboral.

> *Art. 8.- Contrato individual. - Contrato individual de trabajo es el* ***convenio*** [elemento 1] *en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a* ***prestar sus servicios lícitos y personales*** [elemento 2]*, bajo su dependencia* [elemento 3]*, por una* ***remuneración*** [elemento 4] *fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.*
>
> [El énfasis le pertenece a este tribunal].

57. En consecuencia, el contrato laboral resulta ser la institución básica y central para el derecho laboral, ya que con ella nace la figura del trabajador asalariado, y, también, emerge "[...] *la necesidad de la acción tutelar del Estado por medio de las instituciones y normas del Derecho del Trabajo.*[15]*"*. Esta necesidad de protección y tutela encuentra su fundamento en que el trabajador es más débil económicamente que el empleador o empresario y, por lo tanto, existe la necesidad de contrarrestar esas desigualdades obrero-patronales para lograr la conservación del orden social y la armonía en el marco de sus relaciones[16]. Así entonces, resulta imperativo, siempre, primero analizar si el vínculo que une a las partes es de carácter laboral.

58. *"El contrato de trabajo consagra el acuerdo sobre el trabajo subordinado, que ha de ser voluntario y libre, y finalmente dirigido a la prestación de un servicio remunerado"* [17]. También es aquel por el cual un trabajador se obliga para con el empleador a prestar sus servicios, bajo la dependencia de éste y por una remuneración[18]. Entre las diversas definiciones legales o doctrinarias que se pueden encontrar, con diferente grado de precisión, concuerdan en los mismos elementos esenciales, a más de los elementos comunes a todos los contratos, que son: (1) convenio, (2) prestación de servicios personales y lícitos, (3) subordinación y dependencia y (4) remuneración, los mismos que se desprenden del art. 8 del Código del Trabajo.

59. En la misma línea, la jurisprudencia de la ex Suprema Corte de Justicia ha reiterado que:

> *Los elementos de la relación laboral son: 1. La prestación de servicios lícitos y personales, es decir, el compromiso jurídico que adquiere voluntariamente el trabajador para desempeñar las actividades lícitas pactadas en forma personal, esto es, que tiene que realizarlas él mismo y no por interpuesta persona; 2. La dependencia o subordinación, que constituye el elemento más importante de la relación laboral, y tiene que ver con el respeto que se deben tanto a las personas jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que se imponga para la armonía que debe existir en todo vínculo contractual; y, 3. La remuneración percibido (SIC) por el trabajador.* [19]*".*

60. Entre los elementos que se desprenden del art. 8 del Código del Trabajo, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que el elemento de la subordinación y la dependencia es el que da vida y origen a la relación laboral, sin este, existirá cualquier otro tipo de relación, pero menos laboral. Así la subordinación ha sido definida como "[…] *la dependencia del prestador del servicio al dador de trabajo, en el sentido de estar dispuesto aquel a recibir instrucciones, reglamentos o disposiciones de cumplimiento, y este a darlos de antemano. En los casos en que exista subordinación se presenta la relación laboral, entendiéndose como tal la obligación correlativa de dar y de recibir órdenes* […] [20]". Entre los diferentes tipos de dependencia que puede existir, sea: económica, técnica, moral y jurídica, solo ésta última interesa para la constitución de la relación laboral. Ésta surge como consecuencia de la potestad de mando funcional que tiene el empleador frente al trabajador y el consecuente

[15] Trujillo, Julio Cesar. *Derecho del Trabajo: Tomo I.* Editorial: Quality Prin Cia. Ltda. Quito. 2008. Pág. 113.
[16] Obanda, José María. *Derecho Laboral: Segunda edición.* Editorial Temis. Bogotá. 2016. Pág. 23, 27 y 68.
[17] *Ibídem.* Pág. 291.
[18] Monesterolo, Graciela. *Instituciones de derecho laboral individual: Herramientas didácticas.* Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2010. Pág. 83-85.
[19] Sala de lo Laboral y Social. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 209. Quito, 20 de abril de 1999.
[20] Obanda, José María. *Derecho Laboral: Segunda edición. Editorial Temis.* Bogotá. 2016. Pág. 130-131.

deber de obediencia de este frente al primero[21]. Estas funciones de mando pueden resumirse en las facultades de dirección, administración, organización, reglamentación y sanción, que son privativas de la parte empleadora.

61. Respecto del elemento de la subordinación, la ex Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

> [C]*abe señalar que el elemento esencial para determinar si se está o no en presencia de una relación laboral que deba materializarse en un contrato de trabajo* ***es el vínculo de subordinación y dependencia, una de cuyas manifestaciones concretas, según lo ha resuelto en forma reiterada y uniforme esta Sala, es la obligación que asiste al trabajador de ceñirse a las instrucciones impartidas por el empleador y el derecho de éste a supervigilarlo en el desempeño de sus funciones.*** *La prestación de servicio subordinada es el objeto de la obligación del trabajador y a su vez, la causa del pago del salario.*[22].
>
> [El énfasis le pertenece a este tribunal].

62. La actual Sala de lo Laboral, en el juicio No. 09359-2021-00440, ha mencionado que la subordinación debe ser entendida como *"[…] la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas."*

63. En suma, la subordinación resulta ser el elemento primordial que permite la configuración de la relación laboral, así en virtud de éste resulta indispensable la protección al trabajador asalariado, quien resulta ser la parte débil de la relación laboral, por varios aspectos, entre ellos, el económico y también por el vínculo de obediencia al que está sometido.

64. Con estos antecedentes, resulta indispensable entonces, primero, analizar si el vínculo jurídico que existe entre las partes procesales es o no uno de carácter laboral, para así determinar si es o no procedente la aplicación de los derechos, principios y garantías del Código del Trabajo.

65. Como ya se mencionó en el párrafo 50, cada una de las partes, deberá justificar sus aseveraciones, caso contrario el resultado le será adverso. En el caso del actor, conforme se desprende de audios, le fue admitido los siguientes medios de prueba para justificar la existencia de la relación laboral, mismos que fueron producidos y de los que se desprende la siguiente información:

Producción de la prueba de la parte actora:
- Prueba documental.

65.1. Correos electrónicos (fs. 05 a 08) emitido por la señora Paulina Burbano Lara -gerente general- a los señores Carlos Moncayo y Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor-, a la dirección de correo electrónico que le asignó la empresa rburgos@matropolitan-touring.com; en el cual, ésta le solicita información sobre la compañía denominada como ASONA.

65.2. Correo electrónico (fs. 09 a 11) emitido por la señora Paulina Burbano Lara a los señores Carlos Moncayo y Carlos Ramiro Francisco Burgos Salvador -actor-, a la dirección de correo electrónico que le asignó la empresa rburgos@matropolitan-touring.com; en cual consulta nuevamente sobre la compañía ASONAR y solicita confirmación sobre su vinculación a CAMAE, y se le instruya de cómo proceder.

65.3. Correo electrónico (fs. 12 a 15) emitido por el señor Carlos Ramiro Francisco Burgos Salvador -actor-, a través del cual rinde cuentas a la señora Paulina Burbano Lara -representante legal de la compañía ÉTICA-, por instrucciones impartidas por ella. Adicionalmente, también le informa sobre un permiso técnico que requiere la compañía. Por otra parte, la señora Paulina Burbano, en la cola de correos, le solicita información al señor Carlos Ramiro Burgos que le indique quién es la persona encargada de dichos trámites, así también solicita aclaraciones sobre trámites administrativos.

65.4. Correo electrónico (fs. 16 a 17), en el cual la señora Paulina Burbano Lara -representante legal de la compañía ÉTICA- felicita al señor Carlos Ramiro Burgos -actor-, por la finalización de una auditoría realizada por la *Secretaría*.

65.5. Correo electrónico (fs. 18 a 20), en el cual la señora Paulina Burbano Lara -representante

[21] Monesterolo, Graciela. *Instituciones de derecho laboral individual: Herramientas didácticas.* Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2010. Pág. 95-96.

[22] Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 292. Registro Oficial No. 345. 30 de agosto de 2006.

legal de la compañía ÉTICA- solicita al señor Carlos Ramiro Burgos -actor- un detalle de documentos, permisos y certificados que necesita la embarcación San Cristóbal para su funcionamiento. También le consulta quien es la persona encargada de obtener y tramitar los permisos y demás documentos.

65.6. Certificado (fs. 28) otorgado por ÉTICA, con fecha 15 de noviembre de 2007, suscrito por la señora Johana Farfán, en su calidad de Jefe de Personal, en el cual se certifica que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor- "[…] *presta sus servicios profesionales en esta empresa en calidad de AUDITOR INTERNO ISM desde Abril/2002 hasta la actualidad. Anteriormente ha tenido las siguientes entradas y salidas: *Julio 12 - Septiembre 17/1976. *Noviembre 01/1976 - Marzo 09/1977. *Diciembre 27/1993 - Febrero 21/1994. *Abril 03 - Mayo 08/2000. *Julio/2000 - Noviembre 30/2001.".*

65.7. Certificado (fs. 29) otorgado por ÉTICA, con fecha 03 de marzo del 2009, suscrito por el Capitán Carlos Moncayo, en su calidad de *Vicepresidente de Operaciones Marítimas,* en el cual se certifica que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor- "[…] *Brinda servicios como Administrador de los sistemas de seguridad, protección y calidad de la empresa desde el mes de abril de 2002 hasta la fecha actual.".*

65.8. Certificado (fs. 30) otorgado por ÉTICA, con fecha 01 de marzo de 2011, suscrito por el Capitán Carlos Moncayo, en su calidad de Vicepresidente de Operaciones Marítimas, en el cual se certifica que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor- "[…] *desde el mes de abril de 2000, brinda asesoría naviera en los sistemas de seguridad y protección para nuestra operación con embarcaciones de turismo en las Islas Galápagos.".*

65.9. Comunicación (fs. 31) emitido en fecha 23 de noviembre del 2016, por la señora Paulina Burbano Lara -representante de la compañía ÉTICA-, dirigida al Director Nacional de Espacios Acuáticos, referente a funciones propias de la empresa Turística Internacional ÉTICA , indicando que el proyecto estará a cargo del capital Carlos Moncayo; y, para notificaciones se dirijan al correo electrónico rburgos@metropolitan-touring.com que es de propiedad del señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor-.

65.10. Certificado (fs. 32) emitido en fecha 21 de noviembre del 2006 por el señor Carlos Moncayo, en su calidad de *Vicepresidente de operaciones marítima*, remitido a la Embajada de Estados Unidos de América, en el cual comunica que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador-actor- "[…] *presta servicios para nuestra organización desde el 03 de abril de 2000 en calidad de asesor de seguridad y protección marítima. En vista de que por motivos inherentes a sus funciones debe viajar a Bahamas el próximo mes de diciembre del presente año, mucho apreciaremos se sirvan brindarle las facilidades necesarias para que pueda renovar su visa.".*

65.11. Copia notariada del carné del IESS (fs. 33 a 36), en el cual se evidencia que entre enero y abril de 2008 estuvo como afiliado a la empresa demandada.

65.12. Copia notariada del carné (fs. 37 a 38) emitido por la empresa demandada, donde se detallan los nombres, número de cédula, la ciudad *Guayaquil* y foto del señor Carlos Ramiro Burgos.

65.13. Correos electrónicos (fs. 21 a 27), de fecha 01 de abril de 2019, donde consta una conversación entre el señor Carlos Ramiro Burgos y la señora Paulina Burbano, donde el primero le comunica que entrega su puesto de trabajo y funciones como *Administrador de los Sistemas de Seguridad y Protección y Auditor Interno,* por disposición de la presidencia ejecutiva y la dirección de operaciones marítimas. También se encuentra adjunto un documento que es un acta entrega recepción del cargo, firmado por el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador y el señor Luis Eduardo Ayala. Por su parte la señora Paulina Burbano agradece por "[…] *su soporte de tantos años. Su trabajo no ha permitido avanzar de manera ordenada y cumpliendo nuestros objetivos y las leyes."* [23].

- Prueba testimonial.

65.14. Declaración de parte del señor José Brito Arévalo: Indica que trabaja para la Compañía ÉTICA como Director de operaciones. Señala que ésta tiene varios asesores externos,

[23] Véase el cuaderno de primer nivel, medios de prueba adjuntos, que obra a fojas 24.

como es el caso del señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor-, quien no era un trabajador, sino un asesor externo, y se desempeñaba como un prestador de servicios profesionales. Indica que nunca ha dado órdenes al señor Carlos Burgos. También recalca que el señor Carlos Burgos no tenía un horario de trabajo, manejaba su propio horario; él se manejaba de acuerdo con sus intereses. Igualmente refiere que el actor no tenía una oficina propia, sino que la empresa le facilitaba por cortesía un escritorio, de acuerdo con la disponibilidad de la empresa, para que realice las actividades para las que fue contratado, así también señala que el señor Carlos Burgos contaba con un correo institucional para realizar sus tareas. Por otra parte, señala que el señor Carlos Burgos -actor- no ha sido despedido, su salida fue con ocasión de una decisión empresarial; y, que, él no fue quien tomó esa decisión. En el contrainterrogatorio, indica que el señor Luis Eduardo Ayala, (quien supuestamente reemplazó al señor Carlos Burgos en su trabajo) cumple otras funciones, se desempeña como Intendente marítimo.

65.15. Declaración de parte del señor Roque Sevilla Larrea: Indica actualmente se desempeña como presidente del directorio del Grupo Futuro, que, a su vez, es accionista del 33% de las acciones de la Compañía ÉTICA. Manifiesta que, algún día, en los pasillos de la compañía, le presentaron al señor Carlos Ramiro Burgos -actor-. Refiere que desconoce si alguien le pidió al señor Carlos Burgos que entregue su puesto de trabajo. Aclara que no conoce sobre temas internos respecto de la administración de la empresa, respecto de si la compañía pagó o no los pasajes del señor actor cuando se trasladaba a otras ciudades. Así también, señala que no recuerda haber firmado un contrato de trabajo con el señor Carlos Ramiro Burgos. Tampoco conoce si la empresa pagaba utilidades a sus trabajadores.

65.16. Declaración de parte de la señora Paulina Burbano de Lara: Manifiesta ser la representante legal de la Compañía ÉTICA y ser la máxima autoridad. Indica no conocer al señor Carlos Burgos -actor-, pero sí haberlo visto a lo largo de algunos años. Continúa y señala que la Compañía ÉTICA requiere y contrata varios servicios externos, como asesores y consultores, entre ellos, se contrató al señor Carlos Ramiro Burgos, como prestador de servicios externos. Así, reitera en varias ocasiones que él no era un trabajador, ni estaba vinculado internamente con la Compañía. Sus funciones como asesor externo eran -esencialmente- las de garantizar que la compañía cumpla con las certificaciones de seguridad marítima HACIENDO QUE ÉSTAS estén al día, se trataba de un servicio anual; por lo que cada año se terminaba el contrato. También indica que no conoce si al señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador se le pagaba los pasajes de avión cuando tenía que trasladarse a otros lugares. Finalmente, indica que ella no fue quien notificó la no renovación del contrato del señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador, pero reconoce que se dio por terminado su contrato. Por otra parte, señala desconocer si éste entregó o no su puesto de trabajo. Igualmente, reconoció haber agradecido al señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador por los años de servicio prestados a la Compañía ÉTICA, reiterando que su contratación fue como un asesor externo.

Producción de la prueba de la empresa demandada:

- Prueba documental.

65.17. Acta de finiquito (fs. 92) de fecha 30 de noviembre de 2001, celebrada entre la Compañía ÉTICA y el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador, quien se desempeñaba como Asistente del Directorio de Flota, donde se observa que se le canceló su liquidación de haberes laborales por labores desempeñadas entre el 2000 y 2001.

65.18. Facturas por la prestación de servicios (97 a 143) que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador emite a nombre de la Compañía ÉTICA, con la "Descripción: Sistemas de gestión de seguridad y protección busques y oficinas.". Que cuenta con la firma del señor Carlos Burgos y por un valor de USD 3.000,00, más el Impuesto al Valor Agregado (también "**IVA**"). Las facturas son consecutivas con respecto a los meses en que se emiten, sin embargo, la numeración de las facturas no son consecutivas.

65.19. Copias certificadas de impuesto a la renta y del impuesto al valor agregado, entre los años 2002 y 2019, remitidos a la judicatura por el SRI. Se dio lectura a los ingresos gravados bajo los conceptos *"Libre ejercicio profesional"*

o *"Ingresos de actividades empresariales con registros de ingresos o egresos"* que declaró el señor Caros Ramiro Burgos en cada año y mes, entre el periodo antes señalado.

- Prueba testimonial.

65.20. Declaración de parte del señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador. Indica que cuando fue nuevamente contratado por la Compañía ÉTICA, en el año 2002, el gerente general -Pablo Peña- y el capitán Moncayo -director de flota- le indicaron que tendría las mismas funciones que en años pasados, pero que, debido a una nueva modalidad de trabajo, debía emitir una factura por sus servicios. Así entonces, señala que, en el Registro Único de Contribuyentes, declaró como actividad económica principal la de *Administración y supervisión de asuntos marítimos y minería. Aclara que el valor que se facturaba mensualmente fue acordado en virtud de una remuneración pactada entre las partes.* Señala que inició con USD 750,00 y terminó con USD 3.000,00. Indica que también prestaba servicios a otras compañías, pero -reitera- que lo hacía porque contaba con la autorización del capitán Moncayo. Aclara que estos servicios los prestaba en su tiempo libre o fuera de las horas de ÉTICA. Reconoce que viajó a las Galápagos para prestar estos servicios a otras empresas, pero, así mismo, reiteró, que lo hacía fuera horario de la Compañía ÉTICA. Señala que en estas otras empresas no contaba con una oficina propia, como en el caso de la Compañía ÉTICA que sí tenía una propia, inclusive contaba con archivos que estaban bajo su responsabilidad. Por otra parte, señala que cuando ingresó tenía el cargo de *auditor de gestión de seguridad marítima* (2002); luego en el 2004 se le asignó como inspector estatutario de la empresa; posteriormente se le encargó como *auditor de protección de la empresa* (2004); después como *oficial de protección de la empresa* (2005); y, finalmente como *auditor de gestión de seguridad marítima.* Continúa con su declaración y refiere que la Compañía ÉTICA le asignó un correo institucional para comunicarse con la autoridad marítima y también para comunicación interna de la empresa. Reconoció que utilizaba ese correo para comunicarse con las otras compañías a quien también prestaba servicios. Aclara que en las otras compañías que trabajaba nunca se le asignó un correo electrónico. Indica que su horario de trabajo era de martes a jueves de 08:00 hasta las 19:00, cuando estaba en Guayaquil; y, cuando estaba en las Galápagos, desde el lunes a sábado, terminando su jornada a las 16h00.

66. Ahora, con esta información, este tribunal deberá determinar si cada una de las partes procesales han justificado su hipótesis, para ello, el estándar de prueba requerido para considerar probado un hecho, es el de mayor probabilidad, que demuestre que irrefutablemente su tesis se sobrepone. Es decir, si del acervo probatorio se puede concluir que es razonablemente más probable que un hecho haya ocurrido, el estándar se encuentra satisfecho. En el caso de la parte actora, deberá justificar la existencia de todos los elementos de la relación laboral, de conformidad con lo previsto en el art. 8 del Código del Trabajo. Por su parte, en el caso de la empresa demandada, se le recuerda que, de no justificar su hipótesis, el resultado le será adverso, es decir, se presumirá que existe la relación laboral, pues ha declarado que la relación jurídica entre las partes era de carácter civil. Así entonces, de conformidad con el art. 169 del COGEP, valorando la prueba a la luz de los preceptos de la valoración conjunta y la sana crítica, este tribunal formula las siguientes consideraciones.

67. El artículo 8 del Código del Trabajo exige la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: (1) convenio, (2) servicios lícitos y personales, (3) subordinación; y, (4) remuneración. Para analizar si estos existen, se tiene lo siguiente:

67.1. Convenio: Este elemento se encuentra presente, toda vez que, entre las partes acordaron la prestación de servicios para que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor- preste sus servicios -inicialmente- como experto en la gestión de servicios de seguridad de barcos. Este hecho no requiere mayor análisis, ya que ha sido plenamente admitido por la empresa demandada.

67.2. Prestación de servicios lícitos y personales: Este elemento también se encuentra presente, toda vez que ha sido reconocido por la misma empresa demandada que el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador, era quien, personalmente desempeñaba las tareas requeridas o los trabajos encargados. Ahora, respecto de la licitud de los servicios, no se advierte que estos se encuentren prohibidos por la ley, pues sus actividades se

relacionan esencialmente con temas administrativos para el otorgamiento de permisos, licencias o certificados que emite la autoridad marítima. Tampoco se advierte que la finalidad de dicha actividad esté prohibida por la ley, o conlleve a una actividad ilícita.

67.3. Remuneración: Igualmente, este elemento se encuentra presente, es más, ha sido plenamente reconocido por la señora Paulina Burbano de Lara, representante legal de la empresa demandada, que existía una contraprestación dineraria por los servicios prestados por el actor, con la novedad de que eran cancelados mediante factura.

68. Hasta aquí, se tiene que existen tres de los cuatro elementos, por lo que, ahora corresponde analizar si el elemento de la subordinación también se encontraba presente, existiendo así la relación laboral que demanda el actor.

69. Con respecto de los correos electrónicos, donde se observa varias conversaciones entre la señora Paulina Burbano y el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador, se puede observar, primero, que el actor contaba con una dirección electrónica que era propia de la Compañía ÉTICA, lo que, a primera vista, demuestra que pertenecía a la empresa, pues no siendo parte de esta, la empresa no tenía obligación alguna de asignarle una dirección de correo electrónico. Segundo, en varias conversaciones, se observa que el actor cumplía con tareas o funciones encargadas por quien era la gerente general de la empresa, inclusive en algunos casos, le solicitaba ejecutar tareas o trabajos, y, a su vez, el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador informaba sobre el cumplimiento de éstas a la gerente general. Tercero, en el correo de fecha 01 de abril de 2019, el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador remite a la señora María Paulina Burbano, en su calidad de gerente general de la compañía, un correo donde le reporta acerca de la devolución de sus funciones, mediante un documento denominado como *ACTA ENTREGA DE CARGO ADMINISTRADOR SISTEMAS DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN*. En este documento se enlista las funciones y responsabilidades que el actor tenía a su cargo en el desempeño de sus tareas, a más de detallar el estado -pendiente y finalizado- de sus actividades y tareas, lo que ciertamente demuestra que el actor realizaba múltiples tareas a su cargo que se relacionan con el giro concurrente del negocio.

70. Ahora, las declaraciones de parte demandada tienen fuertes contradicciones, por una parte, la señora María Paulina Burbano indica no conocer al señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador -actor-, sin embargo, manifiesta haberlo visto en varias ocasiones y también conocer sobre su contratación, inclusive cuales eran las funciones que desempeñaba. Por otra parte, se dice que el actor no tenía un puesto de trabajo, sino solo se le facilitaba un escritorio para sus actividades, ni que contaba con documentación bajo su responsabilidad. Sin embargo, se demuestra lo contrario, con el acta entrega recepción que el actor envía mediante correo, por solicitud de la Presidencia Ejecutiva la Dirección de Operaciones Marítimas, ya que no es posible que éste haga entrega de toda sus funciones y responsabilidades, siendo más de diez las que se enlistan, sin no cuenta con documentación y correspondencia a su cargo, las cuales resultan ser propiedad de la empresa demandada. Además, cabe precisar que el mero hecho de facilitarle un espacio de trabajo dentro de las instalaciones de la empresa, denotan que el actor utilizaba instrumentos o herramientas que la empresa le proporciona para el desempeño de sus funciones y tareas. Tampoco se ha demostrado que el actor tenía libertad para desempeñar sus actividades, o, que las realizaba fuera de un horario de trabajo o fuera de los establecimientos de la empresa, o, que las realizaba por cuenta propia sin necesidad de las herramientas o insumos de la empresa.

71. A más de aquello, es oportuno mencionar que, de acuerdo con la declaración de parte de la señora María Paulina Burbano -gerente general-, el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador estaba vinculado mediante un contrato de carácter civil, y que cada año se terminaban el mismo contrato, renovándose en forma anual, por ello, el actor ha prestado servicios durante diez y nueve años a la Compañía ÉTICA, sin embargo, no los adjunta, ni tampoco ha probado que existía de los contratos de prestación de servicios de carácter civil, ni tampoco se ha justificado las diferentes terminaciones de estos. No obstante, también es preciso mencionar que aquello no resultaría determinante para este caso, ya que el trabajador podría demostrarlo lo contrario, invocando el principio de primacía de la realidad, el cual, solo puede ser invocado por éste, mas no por la parte empleadora como solicitó en su contestación.

72. Adicionalmente, cabe precisar que, con la declaración de parte del actor, se tiene que este, antes del 2002, estuvo afiliado al IESS, fue reconocido como un trabajador y contratado bajo esa modalidad, sin embargo, cuando fue (re)contratado en

abril de 2002, ya no estuvo afiliado, pues se le solicitó facturar por su trabajo, como una nueva modalidad de la empresa. Sin embargo, según el certificado de trabajo emitido por la empresa demandada de fecha 15 de noviembre de 2007, el actor era un prestador de servicios en calidad de Auditor; y, que cuenta con varias entradas y salidas en años pasados al 2002; época en la que el actor siempre estuvo afiliado al IESS y reconocido como un trabajador. Esta información coincide y es concordante con lo que se desprende del carné de afiliación al IESS. Entonces, con dicho certificado al actor se lo calificaba también como un prestador de servicios antes del 2002, épocas en la que estuvo afiliado al IESS y ostentaba -sin duda- la condición de trabajador, sin embargo, luego del 2002, cuando reingresó con las mismas funciones y tareas también se le catalogó como un prestador de servicios, por lo que, no resulta correcto que trabajando con las mismas funciones y tareas, antes del 2002 sea un trabajador, y, después del 2002, sea un prestador de servicios civiles obligado a facturar. Concomitante con lo anterior, el actor, en su demanda y en su declaración de parte, ha reiterado que, cuando fue (re)contratado en el 2002, sus funciones laborales fueron las mismas que en años pasados, sin que aquello ha sido desvirtuado o desmentido por la empresa demandada. También resulta importante mencionar que durante los diez y nueve años que estuvo prestando servicios, existió un cierto intervalo de tiempo, entre enero y abril de 2008, en el cual el trabajador fue afiliado a la Compañía ÉTICA, siendo reconocido momentáneamente como un trabajador, sin embargo, sin motivo fue retirado del IESS, aun cuando durante ese intervalo de tiempo, desempeñaba las mismas funciones y tareas que en el resto de los años.

73. Por su parte, la defensa de la empresa demandada ha centrado sus esfuerzos probatorios en demostrar que no existe vínculo laboral con el actor, en la medida de que éste prestaba también sus servicios de manera simultánea a otras compañías. Por lo que, sostiene que, si no existe exclusividad entre empleador y trabajador, no existe el elemento de la subordinación. Por consiguiente, este es un hecho sujeto a prueba, que deberá demostrarse bajo las siguientes consideraciones.

74. Este tribunal, como lo hizo en el proceso No. 09359-2021-00440, ha marcado el siguiente criterio jurídico, respecto del parámetro de exclusividad en las relaciones laborales.

> *[P]ara que se entienda que no existe exclusividad, se debe demostrar que el trabajador estuvo prestando sus servicios lícitos y personales en un mismo horario para diferentes empleadores, situación que sí impediría que exista una subordinación, pues el prestador de servicios podría modificar su horario como mejor le convenga, situación contraria al trabajador que debe sujetarse a las órdenes del empleador respecto a los horarios de trabajo. Pero es importante recalcar que, el solo hecho de que una persona labore para una persona natural o jurídica, no quiere decir que no pueda laborar para ninguna otra; bien podría tener todos los trabajos que quisiera mientras el horario se lo permita; incluso, debería estar afiliado al seguro social de forma obligatoria por todos los empleadores con los que se encuentre trabajando [...]*

75. De acuerdo con el extracto de la cita expuesto, la ausencia de exclusividad entre el empleador y trabajador no debe limitarse a justificar que este último solo prestaba servicios simultáneamente para otras empresas o empleadores, sino además debe justificarse que aquellas relaciones impiden la existencia del elemento de la subordinación. No existe prohibición alguna para que las personas puedan realizar o mantener cuantos trabajos deseen, considerando que este es fuente de la economía y, a su vez, garantiza la satisfacción de otros derechos constitucionales, como: salud, alimentación, vivienda, ocio, educación y otros conexos. Por lo tanto, no existe limitación alguna respecto del número de trabajos o empleos que una persona pueda tener, inclusive si los mismos son subordinados. En consecuencia, la multiplicidad de empleadores no resulta un hecho imposible, ni una situación que deba ser impedida en el ámbito laboral, considerando que el derecho al trabajo es una fuente de realización personal que dignifica la vida, por lo que, su restricción o socavamiento vulneraría el núcleo esencial de este derecho social. Lo importante para el derecho del trabajo es la existencia del trabajo subordinado, para ello resulta indispensable que se demuestre la existencia de los elementos de la relación laboral, particularmente, la subordinación o dependencia, lo que motiva la aplicación del Código del Trabajo.

76. Por las consideraciones antes expuestas, si la empresa demandada alega que, en virtud de la multiplicidad de empleadores, no existe una relación laboral, debió justificar que no existía un trabajo subordinado, sino, por ejemplo, existía una relación civil, mercantil o de cualquier otra índole. Es así que, del recaudo probatorio, como ya se señaló antes, la empresa demandada

mencionó que existía una relación de prestación de servicios profesionales que se renovaba año a año, sin embargo, no adjuntó ningún contrato que demuestre este hecho, ni mucho menos que se procedía con las terminaciones de estos cada año, por lo que, resulta inverosímil su hipótesis de que existía una relación civil y no laboral

77. En el presente caso, se advierte que ha existido una simulación, puesta en marcha por la parte demandada, ya que, si el actor cuando (re)ingresó a trabajar en el 2002, con las mismas funciones, tareas y actividades que en los años anteriores, épocas en las cuales se le reconoció como trabajador y estuvo afiliado al IESS, no existe motivo para que a su reingresó sea alejado de su realidad, es decir, de ser un trabajador subordinado, por no estar afiliado al IESS o que se le obligue a facturar, aun cuando desempeñaba las mismas funciones, por una supuesta *nueva modalidad de trabajo.* Es decir, la falta de afiliación y la emisión de facturas pretendía camuflar y maquillar una realidad que se desprende de las consideraciones hasta aquí expuestas: el actor en todo momento fue un trabajador, antes y después del 2002. Más aún, cuando el actor fue afiliado al IESS y reconocido como un trabajador, entre enero y abril de 2008, con la mismas funciones y responsabilidades, sí se le reconoce como trabajador, pero luego deciden colocarlo nuevamente en una situación de precarización laboral. Por lo tanto, en virtud del principio de primacía de la realidad, se advierte que la empresa demandada sometió al actor a supuesta modalidad que en nada cambiaba la esencia de su trabajo cuando reingresó en el 2002, pero que, en la forma, intentó que se asemeje a una relación de carácter civil. Por lo que, de acuerdo con las valoraciones e inferencias probatorias expuestas, se tiene que en realidad éste nunca dejó de existir antes y después del 2002. En consecuencia, para este tribunal, de acuerdo con los hechos probados, resulta innegable que el actor de esta causa -señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador - estuvo vinculado a la empresa demandada desde abril de 2002, como un trabajador, es decir, existía un vínculo laboral entre estos.

78. También cabe precisar que, en el presente caso, no se ha justificado que la prestación de servicios, aun siendo simultánea con otras empresas diferentes a la demandada, aquello haya impedido que se configure el elemento de la subordinación o dependencia; tarea que se impuso la parte empleadora cuando alegó la existencia de una relación civil y no laboral; y no la cumplió.

79. Así las cosas, este tribunal reconoce la existencia de la relación laboral entre el señor Carlos Ramiro Patricio Burgos Salvador y la Compañía ÉTICA, desde abril de 2002, por los fundamentos y consideraciones hasta aquí expuestos. En consecuencia, ahora corresponde determinar cuál es el monto de la remuneración percibida durante el tiempo de la relación laboral, es decir, entre 2002 y 2019, a efectos de obtener el cálculo de los beneficios sociales e indemnizaciones demandadas.

A.3. Análisis y resolución sobre la remuneración percibida entre el 2002 y 2019.

80. El actor en su libelo de demanda, en su parte pertinente, señaló que durante el 2002 y 2019 percibió la siguiente remuneración.

> *5.15. Mis remuneraciones mensuales, que las hacían aparecer como honorarios, fueron las siguientes:*
> - *Desde abril 2002 hasta 31 de diciembre 2004, setecientos cincuenta dólares (USD 750);*
> - *Desde enero 2005 hasta 31 de diciembre 2007, dos mil dólares (USD 2.000);*
> - *Desde enero 2008 hasta 31 de diciembre 2013, dos mil quinientos (USD 2.500);*
> - *Y, desde abril 2014 hasta el 29 de marzo 2019, tres mil dólares (USD 3.000).*

81. En este escenario, los arts. 162 y 169 del COGEP dicen lo siguiente:

> *Art. 162.- Necesidad de la prueba.* ***Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran****.*
> *Art. 169.- Carga de la prueba.* ***Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación****.*
>
> [El énfasis le corresponde a este tribunal.].

82. De acuerdo con las disposiciones normativas citadas, en este caso, la parte actora afirma haber percibido los valores en los periodos antes mencionados como remuneración, por lo tanto, se encuentra en la obligación de probar dicha afirmación. Para ello, este tribunal advierte que, el actor no ha anunciado como medio de prueba el juramento deferido, por lo que, contrario a lo que sostenía en su acusación, nunca se produjo dicho medio de prueba. En cuanto a la declaración de parte del actor, este señaló que, cuando (re)ingresó en el 2002 a la Compañía ÉTICA, desde ese momento, comenzó percibiendo una remuneración de USD 750,00; sin que aquello haya sido negado o contradicho por la parte demandada. Ahora bien, esta fue la única información que dio el actor respecto de la remuneración percibida, por intermedio de su declaración de parte, sin precisión lo que indica en su demanda. Siguiendo con

el análisis, de acuerdo con las facturas aportadas al proceso por la empresa demandada, en razón del principio de comunidad de la prueba, este tribunal advierte que, desde el 2015 en adelante, el actor percibía una remuneración de USD 3.000,00.

83. Entonces, siendo que la parte actora no cumplió con su cometido de justificar cuál era la remuneración percibida y en sus periodos que dice en su recurso de casación, pues no basta la simple afirmación que realiza en su demanda, este tribunal determina, con base a las consideraciones antes expuestas, que la remuneración percibida entre el 2002 y el 2014, fue de USD 750,00; y, entre 2015 hasta el 2019, fue de USD 3.000,00; pues constituye la única remuneración justificada.

84. En consecuencia, este tribunal advierte que los montos fijados en la sentencia de segundo nivel son los mismos que determina este tribunal, pero con la explicación pertinente de dónde se obtienen estos valores y periodos, garantizando que se cumpla así con la motivación debida. Por lo dicho, no corresponde liquidar los rubros ordenados a pagar, ya que los mismos fueron realizados con los montos aquí determinados, por lo que téngase en cuenta aquellos que se liquidaron en la sentencia de segundo nivel para la fase de ejecución.

X. Análisis del tribunal de casación por el recurso de la EMPRESA DEMANDADA, por intermedio de la Sra. Paulina Burbano -gerente general-.

A. Por el caso CINCO.

A.1. Consideraciones preliminares sobre la naturaleza del caso CINCO del art. 268 del COGEP.

85. El caso quinto del art. 268 del COGEP, también denominado en la doctrina como *"error en derecho"*, se configura por la infracción directa al derecho sustantivo. En este sentido, la recurrente acepta las consideraciones fácticas e inferencias probatorias realizadas por el juzgador, enmarcando su impugnación en un error de selección, existencia o hermenéutica de las normas sustantivas, así como también de los precedentes jurisprudenciales obligatorios (art. 182 del COFJ). Por consiguiente, el objeto del debate es estrictamente jurídico, siendo un contraste de la sentencia impugnada con la ley.

86. De esta manera, entiéndase que, por el caso cinco, la recurrente acepta los hechos fijados que trae consigo la sentencia recurrida, sin que puedan ser discutidos o modificados. Tampoco cabe ninguna impugnación dirigida a los aspectos relacionados con las inferencias probatorias, ni el alcance que se les haya otorgado a estos.

87. Por el caso cinco, la norma prevé los siguientes vicios casacionales: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. La indebida aplicación (error de selección) es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando los juzgadores aplican una norma que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. La falta de aplicación (error de existencia) tiene relación con la existencia de la norma, se configura cuando los juzgadores ignoran u omiten aplicar la norma que corresponde -según los hechos fijados- para solucionar el problema jurídico. Por última, la errónea interpretación (error de hermenéutica) exige que la disposición escogida, sea la correspondiente con 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 y alcance.

88. Finalmente, cabe precisar que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles configuraciones se descartan entre sí. Además, según exige la técnica casacional por el caso cinco, la infracción que acusa la recurrente debe ser de tal gravedad que sea determinante para la resolución del fallo, es decir que, sin esta, el resultado hubiese sido diferente.

A.2. Análisis y resolución del ÚNICO problema jurídico por el CASO CINCO.

89. La empresa demandada sostiene que la sentencia de segundo nivel aplicó indebidamente el Art. 8 del Código del Trabajo, pues no consideró que el actor no había probado el elemento de la subordinación y dependencia, por lo que, no corresponde que se reconozca la existencia de la relación laboral.

90. Ahora bien, siendo que, con anterioridad, este tribunal dictó sentencia en mérito de los autos, por existir el yerro acusado por la misma empresa demandada, se reconoció la existencia de la relación laboral, resulta inoficioso e inoportuno pronunciarse sobre este problema jurídico planteado por el caso cinco ya que aborda el mismo punto de derecho que ya fue resuelto, por lo que no será analizado, ya que la fundamentación expuesta en la sentencia de apelación ha sido reemplazada.

XI. Análisis del tribunal de casación por el recurso del señor ROQUE SEVILLA LARREA -demandado solidario-.

B. Por el caso CINCO.

B.1. Análisis y resolución del <u>ÚNICO</u> problema jurídico por el CASO CINCO.

91. El señor Roque Sevilla Larrea sostiene que la sentencia de segundo nivel aplicó indebidamente el art. 36 del Código del Trabajo, pues no consideró que el actor no probó en su contra que ejercía

algún cargo de administración y organización dentro de la empresa demandada, para así considerarlo como un obligado solidario. En este escenario, siendo que el cargo planteado es por el caso cinco, el debate se circunscribe en un ámbito estrictamente jurídico, por lo que, es pertinente contrastar la sentencia impugnada con la disposición normativa acusada, partiendo siempre de los hechos fijados en la sentencia, para así determinar si existe o no el yerro acusado.

92. La parte recurrente, en este caso en señor Roque Sevilla Larrea, debe comprender que al haber presentado su recurso extraordinario de casación por el caso cinco, se conformó con los hechos fijados, las valoraciones e inferencias probatorias realizadas en la sentencia de segundo nivel; sin que estas puedan discutirse por el caso cinco. En consecuencia, es de advertirse que, en la sentencia recurrida, el tribunal de apelación reconoce, y así lo decreta, que el señor Roque Sevilla Larrea ejercía funciones de administración y organización en la Compañía ÉTICA.

93. Lo que la defensa técnica del señor Roque Sevilla Larrea pretende, con su fundamentación, es que este tribunal analice nuevamente los medios de prueba o apreciaciones probatorias, lo que ciertamente está proscrito para este tribunal de casación. Si el señor Roque Sevilla Larrea pretendía acusar alguna infracción respecto de los preceptos de valoración de la prueba, debió proponer su recurso de casación por el caso cuatro.

94. En consecuencia, siendo respetuosos con la técnica casacional por el caso cinco, este tribunal advierte que no existe la indebida aplicación del art. 36 del Código del Trabajo que acusa el señor Roque Sevilla Larrea por el caso cinco del art. 268 del COGEP, por lo tanto, se desecha esta acusación.

XII. 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 PARCIALMENTE** el fallo dictado por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, con fecha 08 de febrero de 2023. En consecuencia, se tiene lo siguiente: (1) se acepta el recurso de casación propuesto por el señor José Brito Arévalo, por lo que se reemplaza la fundamentación respecto de la existencia de la relación laboral, por la expuesta en esta sentencia; (2) se acepta el recurso de casación propuesto por la parte actora, por lo que se reemplaza la fundamentación respecto de remuneraciones percibida por el actor entre el 2002 y el 2019, por la expuesta en esta sentencia; (3) se rechaza el recurso de casación propuesto por la empresa demandada; y, (4) se rechaza el recurso de casación propuesto por el señor Roque Sevilla Larrea. De conformidad con el art. 275 del COGEP, entréguese el cincuenta por ciento de la caución a cada una de las partes procesales. Envíese el proceso al juzgado de apelación para que proceda en derecho.

Cúmplase y Notifíquese. -

f) DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL (p).** DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA **JUEZ NACIONAL** DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

La relación laboral se compone de los siguientes elementos: (1) convenio, (2) prestación de servicios lícitos y personales, (3) subordinación y (3) remuneración. La ausencia de uno de ellos, deviene en cualquier otro tipo de relación jurídica, menos una de carácter laboral y, por ende, impide la aplicación del Código del Trabajo.

III

Juicio Nro. 09359-2021-00570
Fecha: 23 septiembre 2024 las 10h51
Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

TEMA

Vacaciones no gozadas: Los días de descanso establecidos en el régimen laboral del trabajador no pueden considerarse vacaciones.

SÍNTESIS

Los días de descanso previstos en el régimen de trabajo del trabajador no pueden imputarse como vacaciones, pues constituyen parte del sistema de descanso laboral y no sustituyen el derecho anual a vacaciones. La Corte Nacional analizó un recurso de casación interpuesto en un proceso laboral sobre pago de vacaciones no gozadas. El recurrente alegó insuficiente motivación de la sentencia; sin embargo, la Sala advirtió que sus cuestionamientos se dirigían en realidad a la valoración de la prueba, lo que debia plantearse conforme al numeral 4 del artículo 268 del COGEP y no bajo la causal de motivación. En cuanto al fondo, se estableció que el trabajador laboraba bajo un régimen de 42 días de trabajo continuo con 21 días de descanso. La Corte determinó que dichos días corresponden al descanso propio del régimen laboral y no pueden considerarse como vacaciones. En consecuencia, el recurso de casación fue rechazado.

RECURSO DE CASACIÓN

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), Alejandro Arteaga García y María Consuelo Heredia Yerovi, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09359-2021-00570.

I. Antecedentes procesales:

1. Relación circunstanciada de la causa: Darwin Geovanny Córdova García inició juicio de trabajo en contra de la Compañía Ética Turística Internacional C.A., en la persona de su presidenta ejecutiva María Paulina Burbano de Lara Moncayo y Daniel Eduardo Hidalgo Cevallos, en calidad de presidente de Directorio, a quienes demanda además por sus propios derechos.

2. Objeto de la controversia fijado en audiencia única: La jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, el día 15 de noviembre de 2021, a las 12h30, llevó a efecto la audiencia única dentro de la presente causa, en la que estableció como objeto de controversia lo siguiente: *"Establecer si procede el pago de vacaciones."*

3. Referencia a las partes dispositivas de las sentencias de primera y segunda instancias:

4. La jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, dictó sentencia escrita el día 26 de noviembre de 2021, a las 14h51, en la que resolvió declarar sin lugar la demanda. Sin costas ni honorarios.

5. El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia dictada el 24 de agosto de 2022, a las 11h24, acepta el recurso de apelación interpuesto por el accionante y dispone que la parte demandada pague a su favor la cantidad de USD$ 4.620,80 por concepto de vacaciones en el periodo comprendido desde el año 2006 al 2020.

6. Recurso de casación y actos de sustanciación: De la última decisión, la señora María Paulina Burbano de Lara Moncayo, por sus propios derechos y en calidad de representante legal de la Compañía ETICA EMPRESA TURÍSTICA INTERNACIONAL C.A. *(en adelante "la recurrente")*, interpone recurso extraordinario de casación al amparo de los casos **dos y cinco** del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos** (COGEP).

7. Mediante auto de 18 de abril de 2023, a las 11h36, la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, doctora Liz Mirella Barrera Espín, admite a trámite el recurso interpuesto.

8. Las normas denunciadas como infringidas y que han sido consideradas en el auto de admisión, son las siguientes: *"artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; 69 y 76 del Código del Trabajo; 1 y 2 de la Resolución de aprobación de horarios especiales de trabajo No. MRLDRTS-P520130270R1P; 12 del Acuerdo Ministerial No. MDT 2020221; Clausula Tercera del Acta de Finiquito celebrado entre las partes de 27 de octubre de 2020 y 89 del Código Orgánico General de Procesos."*

II. Competencia:

9. 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° 04-2017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017. Y al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley."* , artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *"Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley."*; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo"*, en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y, del sorteo de 14 de febrero de 2024, a las 10h34, que obra a fs. 8 del expediente de casación.

10. 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 03 de septiembre de 2024, a las 10h00; y, fue reinstalada el día viernes 06 de septiembre de 2024, a las 10h30, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra.*

III. Validez procesal:

11. Revisado el trámite del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o causar su nulidad procesal, en consecuencia, se declara la validez de todo lo actuado.

IV. Fundamentación del recurso de casación:

12. Argumentos reproducidos por la parte demandada en el libelo de casación.

13. Por el caso dos: Expresa la recurrente, que la sentencia no contiene motivación suficiente, pues los jueces se limitan a enunciar las normas y principios constitucionales sin hacer un verdadero análisis de su pertinencia con los hechos del caso, por lo que no cumple con una estructura motivacional mínimamente completa *"dejando así en indefensión al accionante y debiendo declararse la nulidad de la sentencia."*

14. Aduce que, el fallo recurrido resulta insuficiente en su motivación ya que si bien enuncia normas y principios constitucionales, no realiza en ningún momento una justificación de su relevancia para los hechos del caso en relación al Acuerdo Ministerial MDT-2020-221 y su artículo 12, ni analiza las pruebas presentadas por las partes, entre ellas el acta de finiquito de 27 de octubre de 2020 que establece por acuerdo, una norma objetiva de derecho de aplicación para ellas *"respecto de la imputación de las remuneraciones pagadas entre marzo y octubre de 2020, que pagadas oportunamente no fueron devengadas, por lo que debían imputarse a cualquier eventual derecho que correspondiera al ex trabajador, como es el de las vacaciones que infundadamente se le reconocen en la sentencia."*

15. Luego de reseñar el contenido de cada considerando de la sentencia impugnada, afirma que la falta de fundamentación fáctica suficiente se evidencia en los considerandos décimo segundo y décimo tercero, pues en ellos no consta ninguna valoración de las pruebas admitidas en primera instancia, lo único que se verifica es la cita textual de artículos del COGEP y doctrina respecto de la sana crítica, así como el recuento de las pruebas presentadas por cada parte.

16. Sostiene que su recurso no se fundamenta en el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, relativo a la valoración de la prueba, porque tal ejercicio ni siquiera fue realizado por el tribunal *ad quem,* el que, sin ninguna justificación y valoración de los hechos probados, arriba a la conclusión de que

la parte accionada ha sido incapaz de probar los pagos por vacaciones, ordenando en consecuencia que se cancele a favor del actor, el valor de USD$ 4.620,80 por este concepto.

17. Por el caso cinco: Aduce la recurrente, que el fallo incurre en errónea interpretación del artículo 69 del Código de Trabajo, indebida aplicación del artículo 76 *ibídem;* y, falta de aplicación de los artículos: 12 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-221, 1 y 2 de la Resolución de Aprobación de Horarios Especiales de Trabajo No. MRL-DRTSP5-2013-0270-R1-P de 15 de octubre de 2013 y, de la cláusula tercera del acta de finiquito libremente acordada por las partes; yerros que han sido determinantes de su parte dispositiva, al condenar a la parte demandada al reconocimiento de valores por supuestas vacaciones no gozadas y adeudadas por todo el tiempo de servicio a favor del actor.

18. Señala que el artículo 69 del Código de Trabajo, no impone en todos los casos una obligación de pago, pues en esencia ordena que el empleador está obligado a: *"Conceder al trabajador anualmente un periodo de 15 días de descanso; Que esos 15 días sean remunerados en forma anticipada a la salida; Que esos 15 días sean ininterrumpidos; y, Que, a partir del quinto año, se sume un día adicional hasta completar 30."*

19. Señala que resulta evidente que el actor en forma anual, siempre tuvo sus quince días de descanso, que fueron oportunamente remunerados e ininterrumpidos *"y que cuando se trataba de días adicionales por antigüedad, la empresa los canceló en dinero como se evidencia del documento de finiquito",* motivo por el cual resulta evidente la errónea interpretación acusada, al exigirse una conducta que no está contenida en dicha disposición legal.

20. Con respecto a la falta de aplicación del artículo 12 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-221, emitido por el Ministerio de Trabajo, mediante el cual se expide la Norma que regula las modalidades contractuales especiales para el sector turístico y/o cultural y creativo, publicado en el Registro Oficial el 04 de diciembre de 2020; expresa que, dicha norma sustantiva establece que *"los días libres concedidos al trabajador que superen el número de días de descanso forzoso legalmente dispuestos, serán imputables al periodo de días de vacación anual a que tiene derecho cada trabajador de conformidad con el artículo 69 del Código de Trabajo (…)"* Lo cual, guarda relación con la Resolución de Aprobación de Horarios Especiales de Trabajo No. MRL-DRTSP5-2013-0270-R1-P de 15 de octubre de 2013, mediante la cual se autorizó a la empresa demandada las jornadas de labores especiales para satisfacer las necesidades de operaciones con el personal que labora en las naves de pasajeros en las islas del archipiélago. En este sentido, señala que el tribunal de instancia omite considerar la especial modalidad de trabajo y que los trabajadores sometidos a estos horarios, tienen muchos más días de descanso forzoso asignados, por lo que resulta razonable que *"una vez que los días de descanso forzoso y días festivos exigidos por la ley se han cumplido, sean estos aplicados a las vacaciones al reunir todos los requisitos contenidos en el Art. 69 del Código de Trabajo."*

21. Arguye que, aun en el supuesto no admitido de que el actor tuviera algún derecho pendiente de pago por vacaciones, aquello debía ser imputado a la *"gratificación voluntaria"* prevista en la cláusula tercera del acta de finiquito celebrada el 27 de octubre de 2020, por lo que el fallo debía declarar que, aun en ese escenario, la obligación está pagada.

22. Contestación al recurso por parte del actor. El actor al efectuar la contestación al recurso de casación formulado por la parte demandada, precisó:

> *[…] Como ustedes conocen más que nadie, el recurso de casación es formalista, es técnico y debe centrarse en la configuración de los yerros normativos que se acusan […] Sin embargo, bde la exposición del colega, con todo el respeto manifiesto, que no he escuchado la fundamentación concreta de tales cargos y yerros o trascendencia en la parte expositiva del fallo, y finalmente si es de importancia tal para que esta Corte de Casación declare con lugar tal recurso. […] Sin embargo, haciendo también el orden en el que el colega ha intervenido debo manifestar que los hechos son reales, Darwin Córdova fue trabajador de la compañía, marino, pero básicamente lo que ocurre en este caso, es que se le ha dado un tratamiento de trabajador en tierra a un trabajador que es gente de mar. Como ustedes conocerán el trabajo en el mar es distinto al trabajo que realizamos en tierra, esto porque son jornadas fatigantes, jornadas continuas, no hay un horario laboral fijo, se trabaja en el momento que sea necesario […] entonces el tratamiento que se le ha dado en la sentencia de segunda instancia, es el hecho de reconocer las circunstancias particulares del trabajo de Darwin Córdova en el hecho de no confundir los días de descanso obligatorio por ser gente de mar con los días de vacaciones. Entonces la primera pregunta que deben formularse es ¿cuál es el argumento de la contraparte? Porque encontramos una incongruencia clarísima ¿Por qué dicen que no tiene derecho Darwin Córdova a recibir vacaciones si a la vez afirma que se las han pagado? y que ese pago*

se sustenta en el acta de finiquito y en los recibos de la remuneración, es decir, pretendieron acreditar en su momento que se les ha pagado vacaciones con el recibo de pago de los sueldos […] El cargo de motivación no está bien formulado por cuanto no se especifica cuál sería el vicio motivacional o la deficiencia motivacional, dónde se encontraría dentro del fallo y donde se afecta a la motivación de la sentencia, más aun cuando la propia sentencia en su texto hace un razonamiento probatorio, un razonamiento clarísimo […] Por lo que la sentencia debe ser ratificada por encontrarse motivada en forma legal y debida, en base a los estándares principalmente de la Corte Constitucional, por lo tanto la sentencia se encuentra debidamente motivada. […] Con respecto al cargo de errónea interpretación del artículo 69 del Código de Trabajo, [señala que] para que prospere el cargo de errónea interpretación primero debe fundamentarse como debió de interpretarse la norma, eso en la fundamentación no lo encontramos, tampoco le explica a la Sala cuál sería la forma de su correcta interpretación, eso no se ha fundamentado, lo que sí ha hecho es valorar cuestiones de fondo relativas al pago o no de las vacaciones cosa que no es materia de este recurso de casación al no ser tercera instancia […] También alega en su recurso la violación del artículo 76 pero no hemos escuchado esa fundamentación por escrito ni aquí, ni que norma debió aplicarse […] Sobre la falta de aplicación del acuerdo ministerial número 12 y la resolución del Ministerio de Trabajo, señala que el caso invocado no permite la valoración de la prueba actuada y esas normas no eran aplicables a la causa. Con respecto a la norma contractual invocada como infringida, lo que está pidiendo es que revisen el contrato y revisen la cláusula no aplicada, pero a través del caso quinto que no permite valoración de prueba. […] Solicita se niegue el recurso de casación y no case el fallo.

V. Problemas jurídicos:

23. Por el caso dos: La sentencia cuestionada ¿contiene una motivación insuficiente al no contener-a criterio de la recurrente-ninguna justificación ni valoración de la prueba actuada para ordenar el pago de las vacaciones conforme lo peticionado por el actor?

24. Por el caso cinco: El fallo impugnado ¿incurre en errónea interpretación del artículo 69 del Código de Trabajo, indebida aplicación del artículo 76 *ibídem*; y, falta de aplicación de los artículos: 12 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-221, 1 y 2 de la Resolución de Aprobación de Horarios Especiales de Trabajo No. MRL-DRTSP5-2013-0270-R1-P de 15 de octubre de 2013; y, de la cláusula tercera del acta de finiquito libremente acordada por las partes, al ordenar el pago de las vacaciones sin considerar la jornada especial de trabajo que tenía el accionante?

VI. Análisis del Tribunal de casación:

25. 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.

26. 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.

27. 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.

28. 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 ago-

[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.

tados 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.

29. 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]

30. Primer problema jurídico. Por el caso dos: La sentencia cuestionada ¿contiene una motivación insuficiente al no contener –a criterio de la recurrente– ninguna justificación ni valoración de la prueba actuada para ordenar el pago de las vacaciones conforme lo peticionado por el actor?

31. 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"*.

32. Un balance sistemático y completo de la jurisprudencia sobre la garantía de motivación fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 1158-17-EP/ 21 dictada el 20 de octubre de 2021[4]. En esta decisión, la mencionada magistratura se apartó explícitamente del *test de motivación* (razonabilidad, lógica y comprensibilidad) y estableció pautas dirigidas al análisis de verificación sobre la vulneración de dicha garantía. Pautas que, según la misma magistratura, no deben entenderse como un nuevo test, sino como una guía del razonamiento judicial; y, que además se encuentran abierta a desarrollos futuros[5]. Las pautas que sirven como guía para verificar una motivación suficiente contemplan un ***"criterio rector"*** que básicamente exige la construcción de toda motivación a partir de una **estructura mínima completa,** que deriva del contenido del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador. Estructura mínima que requiere: *"(i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores]; ii) enunciar los hechos del caso; y, iii) explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho"* [6]. Si la decisión o sentencia judicial cumple los parámetros antes señalados, se entiende que posee una argumentación jurídica y una motivación suficiente.

33. Para que el *"criterio rector"* cumpla con una argumentación jurídica suficiente, y por ende, con una **estructura mínima completa,** se requiere una fundamentación normativa y fácticas suficientes:

> 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"* [7].

[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.

[4] Corte Constitucional Sentencia No. 115817EP/ 21 dictada el 20 de octubre de 2021 dentro del Caso No. 115817EP (Juez Ponente: Alí Lozada Prado).

[5] *Ibíd*, párrafo 54.

[6] *Ibíd*, párrafo 59.

[7] *Ibíd*, párrafo 61.1.

La **fundamentación fáctica** *"debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso"* [8]. Lo que implica un análisis del acervo probatorio practicado en el proceso cuyo resultado determina los hechos que se tienen como aceptados.

34. Además, para examinar la suficiencia de las fundamentaciones normativa y fáctica se debe considerar tanto el contenido explícito del texto como su contenido implícito. Este último caso supone que, algunas premisas y conclusiones son identificadas atendiendo al contexto de la motivación.[9]

35. Explicado lo anterior, vale advertir que las denuncias de vulneraciones de la motivación implican alegaciones sobre el incumplimiento del ***"criterio rector"***, que puede suponer tres tipos básicos de deficiencia motivacional: **i)** inexistencia; **ii)** insuficiencia; y **iii)** apariencia.[10]

36. La **inexistencia** comporta que la decisión carezca *"totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica"* [11]. La **insuficiencia** se configura cuando la sentencia contiene fundamentación normativa y fáctica, no obstante, cualquiera de ellas es incompleta dado que no cumple con el estándar de suficiencia.[12]

37. Finalmente, la **apariencia** implica el cumplimiento aparente de la motivación suficiente, sin embargo, es inexistente o insuficiente dado que se encuentra afectada por uno de los siguientes vicios motivacionales –que además no constituyen una categorización definitiva-[13]: **incoherencia**[14], **inatinencia**[15], **incongruencia**[16] e incomprensibilidad.[17]

38. Por otra parte, es de recalcar que, si la decisión contiene una motivación suficiente pero incorrecta, dicha garantía no se vulnera. Entendiendo que los justiciables pueden valerse de las respectivas garantías procesales ordinarias para enmendar los errores (interpretativos, de aplicación de normas, determinación de los hechos etc.) que se presenten[18]. Siendo además que, particularmente en casación, las incorrecciones diferentes a la infracción de la motivación deben impugnarse mediante uno de los casos -independientes entre sí- previstos en el artículo 268 del COGEP.

39. Con el propósito de verificar si la sentencia impugnada cumple con una motivación suficiente, y considerando que en la Sentencia No. 1158-17-EP/ 21 dictada el 20 de octubre de 2021 la Corte Constitucional se apartó del test de motivación, este Tribunal de casación se guiará por el *"criterio rector"* desarrollado en dicho fallo constitucional. En función del cual se examinará si la decisión de apelación cumple con una **estructura mínima completa.**

40. De la lectura de la parte pertinente de la sentencia impugnada se desprende lo siguiente:

> *13.4.- De las pruebas presentadas por las partes procesales, la prueba historia de aportaciones que obran de fojas 12 a 20 de los autos, el accionante justifica que trabajo para la demandada., y con la declaración de parte al contestar el interrogatorio acredita que no se le pagaron las vacaciones desde el año 2006 hasta el 27 de octubre del 2020, fecha que fue despedido. La parte demandada presenta como prueba la Resolución Aprobación de horarios de trabajo No -DRTSPS-2013-0270-R1P, de fecha Guayaquil, 15 de octubre de 2013, de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Guayaquil, resolución en la cual regulan el horario de trabajo especial para el grupo de personas será el siguiente: Que el proyecto de horario de Trabajo de la Compañía ETICA EMPRESA RUEISTICA INTERNACIONAL. SEIS SEMANAS (6) CONTINUAS DE LABORES Y TRES (3) SEMANAS CONTINUAS DE DESCANSO,* ***en ninguno de los numerales de dicha resolución establece que las vacaciones se consideraran dentro de los días de descanso, tomando en cuenta que dicha resolución rige los horarios de trabajo.***

[8] *Ibíd*, párrafo 61.2.
[9] *Ibíd*, párrafo 62.
[10] *Ibíd*, párrafo 66.
[11] *Ibíd*, párrafo 67.
[12] *Ibíd*, párrafo 69
[13] *Ibíd*, párrafo 71.
[14] *Ibíd*, párrafo 74.
[15] *Ibíd*, párrafo 80.
[16] *Ibíd*, párrafo 86.
[17] *Ibíd*, párrafo 85.
[18] *Ibíd*, párrafo 29.

13.5.- La accionada ha presentado como prueba a su favor los roles de pago, prueba que en esta audiencia han sido admitidos por el tribunal, roles que obran de fojas 154 a 160 de los autos ***en los mismos se puede apreciar que no consta el pago de las vacaciones,*** *en dichos roles, consta el pago del sueldo $ 459; Sueldo Ley Galápagos $320,00; fondo de reserva $ 63,61; horas extras Fijas $ 238,44, no hay constancia del pago de las vacaciones.*

13.6.- Obra del proceso a fojas 161y 162 el contrato de trabajo celebrado entre las partes, prueba que ha sido admitida a trámite y producida de acuerdo a la ley, ***en el cual no consta el horario de trabajo ni existe clausula alguna que determine que los días de descanso las tres semanas de descanso continuo estén incluidas las vacaciones*** *que por ley le corresponde recibir el trabajador de manera anual.*

13.7.- De fojas 150 a 153 del proceso consta el Acta de Finiquito, prueba presentada por la parte demandada, prueba presentada para justificar que al trabajador se le han pagado todos los valores incluidas las vacaciones, el tribunal advierte que en el Acta de Finiquito consta lo siguiente: ***vacaciones del último periodo $ 127,27, valor a pagar desde el Sábado 1 de junio de 2019 hasta el 31 de mayo del 2020 $ 509,08, lo que evidencia que el trabajador si tiene derecho al pago de las vacaciones*** *o que la empresa tenía la obligación de pagar las vacaciones, de conformidad con lo que determina el art. 42.1 del Código de Trabajo, probada la relación laboral que no ha sido punto de controversia en este proceso, corresponde al empleador justificar que se han realizado los pagos por el concepto de vacaciones, más aun considerando que se trata de régimen especial. No habiéndose justificado que se han pagado las vacaciones a lugar la pretensión del trabajador por este concepto. [Las negrillas no corresponden al tribunal])*

41. La acusación de la recurrente se centra en la insuficiente motivación de la sentencia, por cuanto, a su criterio, no se ha analizado la prueba actuada en relación con los hechos probados. En este sentido, es pertinente puntualizar que el caso dos del artículo 268 *ibídem* habilita para reclamar el incumplimiento de los requisitos de motivación, que no son otros que la fundamentación normativa y fáctica suficientes. En otras palabras, mediante este caso se cuestiona la suficiencia de la garantía en comento, no su corrección en cuanto a la premisa fáctica, como lo pretende quien casa.

42. De ahí que, si la intención del actor fue impugnar el examen de valoración de la prueba, en lo relacionado con la prueba documental, debía encausar tales reproches únicamente mediante el caso cuatro *ibídem*. Cuyos parámetros habilitan el cuestionamiento puntual de normas que regulan esta fase probatoria.

43. Por ende, presentar el recurso por el caso dos, y pretender una verificación de la conformación de la premisa fáctica, implica una desnaturalización de dicho caso casacional, que, al haberse aceptado, implica romper la esquematización de los escenarios previstos en el artículo 268 del COGEP. Pues, supone otorgar un efecto invasivo a la verificación de la motivación -que es un asunto de suficiencia, sobre la aplicación de determinadas normas -que, por el contrario, se relaciona con su corrección-.

44. Sin embargo, este Tribunal procederá a analizar el fondo de las acusaciones planteadas, al haber precluido la fase de admisibilidad del recurso, conforme los diferentes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, que han señalado respecto de las fases del recurso de casación que:

> *Posteriormente, una vez realizada la calificación por el juez de instancia, le corresponde a la respectiva Sala de la Corte Nacional de Justicia verificar que el recurso haya sido debidamente concedido y en base a ello declarar la admisión o rechazo del recurso. En caso de ser admitido, sobre la base del principio de preclusión procesal y de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación [léase actual artículo 273 del COGEP], le corresponde a la Corte Nacional de Justicia determinar la procedencia del recurso. En otras palabras, si el recurso interpuesto ha pasado la fase de admisión, los jueces deberán, a partir de un análisis objetivo y argumentado, conocer sobre el fondo del recurso y mediante sentencia pronunciarse respecto de las alegaciones y pretensiones del recurrente (independientemente del resultado).*[19]

45. Ahora bien, expresa la recurrente, que la sentencia no contiene motivación suficiente, pues los jueces se limitan a enunciar las normas y principios constitucionales sin hacer un verdadero análisis de la prueba en relación con los hechos del caso, por

[19] Ecuador Corte Constitucional, " Sentencia N.°03114SEPCC" , en Caso N.° 086810EP, 06 de marzo de 2014, 14.

lo que no cumple con una estructura motivacional mínimamente completa.

46. No obstante, de la lectura de los considerandos 13.5, 13.6 y 13.7 de la sentencia, se evidencia que el tribunal *ad quem*, analiza la prueba incorporada y actuada por las partes, estableciendo porqué considera que con aquellas, no se ha logrado justificar que la accionada haya cumplido con el pago de las vacaciones a favor del accionante.

47. Así pues, en un primer momento determina que la Resolución de Aprobación de horarios de trabajo número DRTSPS-2013-0270-R1P, de fecha 15 de octubre de 2013, emitida por la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Guayaquil, aprueba el horario de trabajo especial para las personas que laboran en la Compañía ETICA EMPRESA TURISTICA INTERNACIONAL, estableciendo seis semanas continuas de labores y tres de descanso, sin que en ninguna parte de aquella resolución se prevea que en caso de existir más días de descanso forzoso, aquellos se imputarán a vacaciones como lo pretende hacer ver la recurrente.

48. Similar situación ocurre con los roles de pago y el contrato de trabajo, que según el análisis de los juzgadores tampoco permite apreciar que se hayan gozado y/o cobrado las vacaciones a las que tiene derecho el accionante. Agregando, en la parte final de su análisis, que el acta de finiquito suscrita por las partes más bien evidencia que el trabajador si tenía derecho al pago de vacaciones, cuyo último periodo correspondiente al 01 de junio de 2019 al 31 de mayo de 2020 ha sido satisfecho.

49. Ahora bien, con respecto a la alegación de que el fallo no analiza ni relaciona los hechos al Acuerdo Ministerial MDT-2020-221, es pertinente señalar que aquel acuerdo fue emitido el 30 de octubre de 2020 y publicado en el Registro Oficial en diciembre del mismo año, mientras que, la relación laboral concluyó el 27 de octubre de 2020, siendo evidente por tanto, que aquel, no resultaba aplicable a los hechos materia de controversia.

50. En virtud de lo expuesto, resulta claro que la sentencia se encuentra suficientemente motivada, sin que exista vulneración del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y 89 del COGEP, acusados al amparo del caso dos del artículo 268 *ibídem.*

51. Por el caso cinco: El fallo impugnado ¿incurre en errónea interpretación del artículo 69 del Código de Trabajo, indebida aplicación del artículo 76 ibídem; y, falta de aplicación de los artículos: 12 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-221, 1 y 2 de la Resolución de Aprobación de Horarios Especiales de Trabajo No. MRL-DRTSP5-2013-0270-R1-P de 15 de octubre de 2013; y, de la cláusula tercera del acta de finiquito libremente acordada por las partes, al ordenar el pago de las vacaciones sin considerar la jornada especial de trabajo que tenía el accionante?

52. 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"* [20]. Si se pretende la revisión de la valoración de los medios probatorios, esta posibilidad le otorga el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, que no ha sido alegado por el casacionista.

53. 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.

54. 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, tiene relación con

[20] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

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.

55. Vale relievar 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.

56. Finalmente, es de observar que, el caso en referencia, a más de la infracción directa de la 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.

57. Las normas que la recurrente determina como infringidas señalan lo siguiente:

Código de Trabajo

Art. 69.- *Vacaciones anuales.Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.*

El trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones.

Los trabajadores menores de dieciséis años tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, lo tendrán a dieciocho días de vacaciones anuales.

Los días de vacaciones adicionales por antigüedad no excederán de quince, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio.

Art. 76.- *Compensación por vacaciones.Si el trabajador no hubiere gozado de las vacaciones tendrá derecho al equivalente de las remuneraciones que correspondan al tiempo de las no gozadas, sin recargo. La liquidación se efectuará en la forma prevista en el artículo 71 de este Código.*

Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-221

Art. 12.- De las vacaciones.- En atención a la especial relación de trabajo turístico y/o cultural y creativo, los días de descanso concedidos al trabajador que superen el número de días de descanso forzoso serán imputables al período de días de vacación anual a que tiene derecho cada trabajador de conformidad con el artículo 69 del Código del Trabajo; esto sin perjuicio del derecho que tiene el trabajador de recibir la remuneración completa por el período de vacaciones. En caso de que el trabajador mantenga días del período de vacación que no hayan sido gozados, tendrá derecho al pago de estos días por parte del empleador.

Resolución de Aprobación de Horarios Especiales de Trabajo No. MRL-DRTSP5-2013-0270-R1-P de 15 de octubre de 2013.

Art. 1.- Aprobar el Horario de Trabajo de la Compañía ETICA EMPRESA TURÍSTICA INTERNACIONAL C.A. con domicilio en el cantón Guayaquil, Provincia de Guayas.

Art. 2.- De conformidad con el convenio suscrito entre el empleador y los trabajadores, el HORARIO DE TRABAJO ESPECIAL que regirá para este grupo de trabajadores será el siguiente:

SEIS (6) SEMANAS CONTINUAS DE LABORES Y TRES (3) SEMANAS CONTINUAS DE DESCANSO

El empleador reconocer el pago de horas extraordinarias, suplementarias y nocturnas conforme lo estipulado en el Código de Trabajo.

Art. 3.- Todo lo que se contraponga a la Constitución de la República del Ecuador, a los Tratados Internacionales en materia laboral y al Código de Trabajo se entenderán como nulos.

Art. 4.- Quedan incorporadas al Horario de Trabajo de la compañía ETICA EMPRESA TURISITICA

INTERNACIONAL C.A. las disposiciones del Código de Trabajo, las que prevalecerán en todo caso, así como lo convenido en el Contrato Colectivo, si lo hubiere.
Art. 5.- El empleador se sujetará a lo dispuestos en el Art. 47, 49, 51, 52 y 55 del Código de Trabajo vigente. (…)
Cláusula tercera del acta de finiquito libremente suscrita por las partes:
***TERCERA.-** (…) Adicionalmente se acuerda que las remuneraciones pagadas al trabajador a partir del 16 de marzo de 2020 por jornadas de trabajo que no se cumplieron y que debían ser recuperadas, constituyen una gratificación voluntaria imputable a cualquier eventual derecho del Ex-Trabajador.".*

58. Como hechos probados e incontrovertidos en sede casacional, tenemos que: **(i)** Existió una relación laboral desde el 01 de junio 2006 hasta el 27 de octubre de 2020 entre las partes procesales que terminó por despido intempestivo; **(ii)** Que el accionante laboraba en calidad de marinero timonel en las embarcaciones turísticas del archipiélago de Galápagos; y, **(iii)** Que su horario de trabajo era de 6 semanas seguidas (42 días) y 3 semanas de descanso (21 días).

59. Para empezar el análisis pertinente, es preciso señalar que no se debe confundir el descanso forzoso u obligatorio con las vacaciones a que tiene derecho todo trabajador.

60. Así pues, en lo atinente al descanso, tenemos que según el artículo 50 del Código de Trabajo, las jornadas de trabajo obligatorio no pueden exceder de cinco en la semana, o sea de cuarenta horas hebdomadarias, **siendo los días sábados y domingos de descanso forzoso.** En este sentido, establece la misma norma que, si en razón de las circunstancias, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores.

61. A continuación los artículos 51 y 52 del cuerpo legal invocado, prevén que el descanso forzoso lo gozarán todos los trabajadores y comprenderá un **mínimo de cuarenta y ocho horas consecutivas.** Agregando que, dicho descanso será pagado con la cantidad equivalente a la remuneración íntegra, o sea de dos días, de acuerdo con la naturaleza de la labor o industria.

62. Mientras que, las **vacaciones** en atención a lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Trabajo, conforme ha quedado señalado ut supra, es el derecho que tienen todos los trabajadores que han cumplido un año de trabajo, a gozar de quince días de descanso ininterrumpido, incluidos los días no laborables. Señala la misma norma, que los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes, los que no pueden ser más de quince salvo que las partes convinieren en ampliar tal beneficio, debiendo el trabajador recibir por adelantado la remuneración correspondiente al periodo de vacaciones.

63. Entonces, el descanso forzoso es el tiempo libre al que tiene derecho el trabajador luego de haber cumplido la jornada máxima de trabajo; en tanto, las vacaciones constituyen el derecho de todo trabajador a gozar de un descanso ininterrumpido de quince días, luego de cumplido un año de trabajo.

64. En la presente causa, no es un hecho controvertido que el accionante, laboraba 42 días seguidos en Galápagos y descansaba 21 días, correspondiendo dilucidar si aquellos días pueden ser imputables tanto al descanso forzoso del trabajador como a las vacaciones.

65. En este sentido, si se lee la Resolución de Aprobación de Horarios Especiales de Trabajo No. MRL-DRTSP5-2013-0270-R1-P de 15 de octubre de 2013, que ha sido analizada por los jueces de instancia, resulta claro que aquella únicamente regula lo relativo a la jornada laboral y el descanso de los trabajadores que se someten a dicho régimen y no lo relativo a vacaciones, al disponer que el horario de trabajo de la *"Compañía ETICA EMPRESA TURISTICA INTERNACIONAL."* es de *" SEIS SEMANAS (6) CONTINUAS DE LABORES Y TRES (3) SEMANAS CONTINUAS DE DESCANSO".*

66. Por tanto, no resulta pertinente imputar dichos días de descanso forzoso a las vacaciones como lo pretende la recurrente, más aún si se considera que el fundamento para aquella petición, es lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo Ministerial MDT-2020-221, emitido el 30 de octubre de 2020 por el Ministerio de Trabajo, acuerdo que, como ha quedado señalado al analizar el primer problema jurídico, no se encontraba vigente a la fecha de terminación de la relación laboral, por lo que su aplicación no resultaba procedente para la solución de la controversia.

67. Finalmente, en lo relativo a que cualquier reclamo por este concepto debía ser imputado a la *"gratificación voluntaria"* prevista en la cláusula tercera del acta de finiquito celebrada el 27 de octubre de 2020, es preciso señalar, que la naturaleza de la gratificación es en esencia voluntaria, una retribución originada en

las obligaciones del empleador, lo que resulta incompatible con la pretensión de la empleadora de imputar aquel rubro a las vacaciones, que resulta un derecho del trabajador. Tanto más que, como se desprende del análisis efectuado en líneas precedentes, los días de descanso son diferentes a los de vacaciones y no pueden ser compensados unos con otros.

68. Por tanto, se desecha el cargo acusado al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP.

VII. Decisión:

69. 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:

70. No casar la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 24 de agosto de 2022, a las 11h24.

71. De conformidad con el artículo 275 del COGEP, se dispone que el 100% de la caución sea entregada a la parte actora. **NOTIFÍQUESE.**

f) DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA **JUEZA NACIONAL (PONENTE)** DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL** DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA **JUEZ NACIONAL.**

Resumen de fácil comprensión

La Sala Especializada de lo Laboral, no casa la sentencia impugnada por encontrarse debidamente motivada y no incurrir en violación de normas de derecho sustantivo; dejando sentado que, los días de descanso forzoso son diferentes a las vacaciones y, por tanto, no pueden ser compensados unos con otros.

IV

Juicio Nro. 23331-2021-02922
Fecha: 26 septiembre 2024
Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

TEMA

Visto bueno solicitado por el empleador: Prescripción y cómputo del plazo.

SÍNTESIS

El plazo de prescripción para solicitar el visto bueno por parte del empleador se contabiliza desde la fecha en que ocurrieron los hechos que motivan la solicitud. La Corte Nacional analizó un recurso de casación relacionado con la solicitud de visto bueno presentada por el empleador. La Sala determinó que el visto bueno está sujeto a un régimen especial de prescripción conforme al Código del Trabajo y que el cómputo del plazo debe realizarse desde la fecha en que ocurrieron los hechos que motivan la solicitud. En el caso concreto se estableció que la trabajadora no comunicó oportunamente al empleador una enfermedad no profesional, lo que facultó al empleador a solicitar el visto bueno por abandono del trabajo. En consecuencia, la Corte concluyó que el tribunal de apelación no incurrió en errónea interpretación de la norma ni en falta de motivación y rechazó el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS: 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, Alejandro Arteaga García, dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 23331-2021-02922.

I. Antecedentes procesales

1. Identificación de las partes procesales: La accionante Geanine Daniela Escudero Ramón sigue juicio sumario laboral en contra de Nancy Patricia Armijos Salazar en su calidad de Presidenta y representante legal del Comité de Ayuda Mutua de Docentes de Santo Domingo de los Colorados.

2. El objeto de controversia determinado en la audiencia única: De la lectura de la sentencia emitida por el juez de la Unidad Judicial Civil del cantón Santo Domingo, se observa que el punto de debate es la impugnación del visto bueno de la actora y la procedencia o no de las indemnizaciones y haberes laborales peticionados.

3. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia: El juez de la Unidad Judicial Civil del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, con fecha 8 de junio de 2022, las 12h27, en sentencia resolvió:

> *"10.1.- ACEPTAR PARCIALMENTE la demanda, propuesta por la señora GEANINE DANIELA ESCUDERO RAMON. 10.2.- Disponer que la parte demandada; la señora Lcda., NANCY PATRICIA ARMIJOS SALAZAR en calidad de Presidenta y representante legal del COMITÉ DE AYUDA MUTUA DOCENTES DE SANTO DOMINGO DE LOS COLORADOS; cancele a la actora la cantidad de $ 11,765.92 (ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO DÓLARES AMERICANOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS) más los intereses en la forma que se deja señalada y en los rubros que corresponden, sin recurrir a perito y que se calculan al momento de ejecutar la sentencia.- 10.3.- Sin costas ni honorarios que regular. 10.4.-"*

4. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia: El Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsachilas, dicta sentencia el 31 de marzo de 2023, las 08h49, en la que resuelve:

> *"[…] emitimos la siguiente sentencia: 9.1. Acepta el recurso de apelación interpuesto por la demandada Nancy Patricia Armijos Salazar, en su calidad de Presidenta y representante legal del Comité De Ayuda Mutua Docentes De Santo Domingo De Los Colorados, por procedente;*

9.2. En consecuencia, se revoca la sentencia dictada por la Dra. Karina Velásquez Puruncaja Jueza de la Unidad Judicial Civil y Mercantil de Santo Domingo por lo tanto se niega la demanda deducida por la señora Geanine Daniela Escudero Ramón, sin costas ni honorarios que regular. 9.3. Una vez ejecutoriada esta sentencia, remítase el expediente a la Unidad Judicial de origen para los fines de ley pertinentes.-".

5. Referencia al recurso de casación: La parte actora propone recurso de casación al amparo de los casos **dos y cinco del artículo 268 del COGEP.** El Conjuez Nacional (e), doctor Julio Arrieta Escobar, en auto de fecha 27 de octubre de 2023, las 11h11, dispone al casacionista que aclare el recurso de casación. Efectuado aquello, en auto de 13 de noviembre de 2023, las 10h34, admite a trámite el recurso de casación formulado, en los siguientes términos:

"17. Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por la parte actora. Por lo tanto, de conformidad con el Art. 270 inciso tercero del COGEP, se corre traslado a la contraparte para que en el término de treinta días, conteste el recurso de manera fundada. En lo demás, una vez fenecido el término legal, con la contestación o sin ella, por secretaría remítase el expediente a la sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia para que falle sobre el recurso.".

II. Validez procesal

6. 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.

III. 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 acta de sorteo de 15 de febrero de 2024.

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, el día jueves 19 de septiembre de 2024, a las 10h30.

9. 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:

IV. Fundamentación del recurso de casación

10. La parte actora al fundamentar el recurso de casación, realiza las siguientes acusaciones:

11. Por el caso dos: La parte actora acusa como normas infringidas los artículos 76.7, letra l) de la CRE; 94 y 95 del COGEP.

12. En la parte considerativa y resolutiva de la sentencia atacada existe falta de motivación, tanto así que en el punto octavo de la misma no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, la resolución ni la pertinencia con los antecedentes del caso. Como se verá a continuación en esa parte de la sentencia únicamente se enuncia el artículo 177 del Código del Trabajo pero sin explicar la pertinencia de dicha norma a los antecedentes del caso. Cita el numeral 8.8 del fallo de alzada; y, continúa alegando que de lo esbozado en líneas anteriores en amparo de lo que establece la Corte Constitucional en la sentencia N° 1158-17-EP/21, manifiesta que una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia. La presente sentencia se encuentra viciada por inexistencia de motivación.

13. Por el caso cinco: Cita el contenido del artículo 177 del CT e indica que los jueces de alzada aplican la norma, sin embargo le dan a la misma una interpretación errada o un sentido diferente al que realmente tiene, esto es que supuestamente operó el abandono del puesto, cuyo análisis y errada interpretación se da en la parte de la sentencia, para demostrar aquello cita un extracto de la decisión.

14. Que los jueces le dan un alcance y sentido diferente a la norma legal contenida en el artículo 177 del Código Obrero, pues en la interpretación errada que hacen establecen que la trabajadora estaba en la obligación de notificar a su patrono o al Ministerio de Trabajo con su inasistencia al puesto de trabajo. Sin embargo es menester recordar que la presunción de la que habla el artículo 177 ibídem, es sencillamente una presunción de hecho y que para eso cita el artículo 32 del CC que define a la presunción.

15. No obstante existe error de interpretación, ya que si el compareciente empezó a faltar al lugar de trabajo, es a partir del 2 de marzo de 2021 y 8 de marzo que fue puesto en conocimiento de la empleadora sobre la enfermedad, es obvio de entender que desde el 02 de marzo hasta el 07 de marzo de 2021, que fueron días en los cuales faltó a su trabajo sin que tenga conocimiento su empleadora. Es únicamente sobre estas fechas sobre las cuales se podía haber solicitado el visto bueno por faltas a su lugar de trabajo, lo que quiere decir también que solo hasta el 7 de abril de 2021 se podía haber presentado la petición de visto bueno, no obstante dentro del proceso consta que este fue presentado el 8 de abril del mismo año.

16. Añade que si los jueces provinciales hubiesen analizado correctamente el computo, es decir desde que fecha se debía empezar a contabilizar los 30 días para la prescripción, en la parte correspondiente de la sentencia hubiesen hecho una correcta subsunción de los hechos al Derecho, por lo tanto hubieren concluido de que la acción de visto bueno fue presentada extemporáneamente con lo cual se hubiese aceptado su alegación de que estaba prescrita.

17. Contestación del recurso de casación por la parte demandada: Por su parte, la demandada 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

18. Por el caso dos: Dilucidar si la sentencia incumple con la garantía de motivación pues no se habrían enunciado las normas o principios jurídicos en que se funda la resolución ni la pertinencia con los antecedentes del caso.

19. Por el caso cinco: Establecer si se ha producido la errónea interpretación del artículo 177 del Código del Trabajo, al haber determinado que la trabajadora estaba en la obligación de notificar a su patrono o al Ministerio de Trabajo con su inasistencia al puesto de trabajo y al haber contabilizado equivocadamente los días con los que contaba el empleador para solicitar visto bueno en su contra, lo que ocasionó que no se declare prescrita dicha acción.

VI. Análisis del tribunal de casación

20. 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; i*dea 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].

21. 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.

22. La parte actora presenta su recurso por el caso dos, de esas alegaciones se extrajo el siguiente problema jurídico a resolver: *"Dilucidar si la sentencia incumple con la garantía de motivación pues no se habrían enunciado las normas o principios jurídicos en que se funda la resolución ni la pertinencia con los antecedentes del caso."*.

23. 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 […]"*.

24. 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

[1] Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005. Pág. 221

pronunciamiento y la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión.

25. Opera frente a sentencias contradictorias o incompatibles en las cuales no existe una relación lógica entre la conclusión expuesta en la parte resolutiva y las premisas que contienen los argumentos de la parte considerativa, por tanto, el fallo se torna incompatible y no es posible de ejecución.

26. 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]

27. 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.

28. 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)*

29. 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.

30. De acuerdo con la sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, la apariencia en la motivación se produce cuando: a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexiste o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia la CC, se ha identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque ese alto Tribunal, dice que esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: **incoherencia**; inatinencia; **incongruencia**; e, incomprensibilidad.

31. Incoherencia: En palabras de la CC, una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por contener enunciados incoherentes y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues los enunciados incoherentes no sirven para fundamentar una decisión.

32. 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. Precisa asimismo, que 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,

[2] Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, págs. 135-136..

una *incoherencia decisional* siempre implica que argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación.

33. Ahora bien, para resolver si se ha producido o no la infracción de la garantía de la motivación, es necesario remitirnos a la sentencia de apelación, encontrando lo que sigue:

> ***"[…] 8.7. SOBRE LA PRESCRIPCION DEL VISTO BUENO.- 8.7.1.*** *Es uno de los mecanismos para dar por terminado el contrato de trabajo, y consiste en la autorización que concede el Inspector del Trabajo para dar por terminada una relación laboral cuando una de las partes ha incurrido en las causales previstas en la ley La petición de visto bueno solicitada por el empleador debe ser justificada o motivada en los hechos previstos como causal, en el Art. 172 del Código del Trabajo: "[…] Art. 172.- Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato.- El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, en los siguientes casos: 1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor […]" 8.7.2. El efecto jurídico del visto bueno solicitado por el empleador, es que concedido este por parte del Inspector del Trabajo, el empleador puede dar por terminada la relación laboral, sin lugar a indemnización alguna, salvo los demás derechos que por ley le correspondan al trabajador. 8.7.3. La acción de visto bueno solicitada por el empleador, tal como prescribe el Art. 636 del Código del Trabajo: "[…] Prescripciones especiales.- Prescriben en un mes estas acciones: a) La de los trabajadores para volver a ocupar el puesto que hayan dejado provisionalmente por causas legales; b) La de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato con el trabajador; y, c) La de los empleadores, para exigir del trabajador indemnización por imperfecta o defectuosa ejecución del trabajo ya concluido y entregado […]". El cómputo del plazo para que opere la prescripción, debe hacerse por regla general a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos determinantes de la petición de visto bueno 8.7.4. Este Tribunal de la revisión de los autos encuentra que la accionante laboró hasta el 1 de marzo del 2021; que el 8 de marzo del 2021 la accionada tuvo conocimiento de la enfermedad de la actora; y, que el 8 de abril presento la petición de visto bueno, esto es dentro del término de 30 días establecido para presentar tal acción administrativa. Tal como lo ha hecho ver la administradora de justicia en el párrafo 9.4.2. De su sentencia.* ***8.8 SOBRE EL ABANDONO DEL TRABAJO. 8.8.1*** *Igualmente, de las constancias procesales se encuentra que la actora/trabajadora no cumplió con lo dispuesto en el art. 177 del código del trabajo, que reza: "[…] Obligación del trabajador de comunicar su enfermedad. - El trabajador que adoleciere de enfermedad no profesional deberá comunicar este particular, por escrito, al empleador y a la inspección del trabajo respectiva, dentro de los tres primeros días de la enfermedad. Si no cumpliere esta obligación se presumirá que no existe la enfermedad […]"; y, por lo tanto, lo que no obra del proceso no existe en el universo jurídico, ergo la concesión del visto bueno estuvo enmarcada en las disposiciones contenidas en el código de la materia, por no haberse puesto en conocimiento de la demandada o del ministerio su enfermedad; se considera que la trabajadora abandono su puesto de trabajo. 8.9. El Tribunal de Alzada, considera que el Visto Bueno aprobado por la Inspectoría de Trabajo, fue dictado conforme a derecho; pues la trabajadora estaba en la obligación de notificar a su patrono o al Ministerio de Trabajo con su inasistencia conforme la norma legal antes citada. […]".*

34. Del extracto de la sentencia en cita, no se advierte que la decisión de alzada carezca de motivación, así refiriéndose a la prescripción alegada respecto de la solicitud de visto bueno presentada por el empleador, los juzgadores de apelación realizan un análisis de los hechos con soporte en el acervo probatorio, el marco normativo respecto a la naturaleza y procedencia de la solicitud de visto bueno que tiene el empleador, para aquello se remiten a lo establecido en el artículo 172.1 del CT, explican asimismo razonadamente cuales son los efectos jurídicos del visto bueno solicitado por el empleador.

35. También se refieren a la prescripción especial a la que está sujeta la solicitud de visto bueno por parte del empleador contemplada en el artículo 636 del CT, reiterando que para el cómputo del plazo para que opere la prescripción, debe hacerse por regla general a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos determinantes de la petición de visto bueno.

36. Añaden que de la revisión de los recaudos procesales se desprende que la accionante laboró hasta el 1 de marzo de 2021; que el 8 de marzo

de 2021 la parte demandada tuvo conocimiento de la enfermedad de la actora; y, que el 8 de abril presento la petición de visto bueno, esto es dentro del término de 30 días establecido para presentar tal acción administrativa. En ese sentido, no se ha contabilizado erróneamente el tiempo con el que contaba el empleador para proponer la solicitud de visto bueno como alega la casacionista, por el contrario éste se ajusta a los 30 días a los que señala el artículo 636, letra b) del CT.

37. Del mismo modo refiriéndose a la causal de visto bueno *"abandono del trabajo"*, examinan las constancias procesales y determinan que la actora no cumplió con la obligación determinada en el artículo 177 del CT, que a su tenor literal dice: *"El trabajador que adoleciere de enfermedad no profesional deberá comunicar este particular, por escrito, al empleador y a la inspección del trabajo respectiva, dentro de los tres primeros días de la enfermedad. Si no cumpliere esta obligación se presumirá que no existe la enfermedad […]";* ya que no produjo prueba alguna que demuestre este hecho, por esta razón concluyen que la concesión del visto bueno estuvo enmarcada en las disposiciones contenidas en el código de la materia, por no haberse puesto en conocimiento de la demandada o del ministerio su enfermedad; se considera que la trabajadora abandonó su puesto de trabajo.

38. Visto lo anterior, los razonamientos expuestos por los jueces se corresponden con lo determinado en el artículo 76.7, letra l) de la Constitución de la República; 94 y 95 del COGEP, pues éstos presentan una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, al haber dado contestación a los hechos controvertidos en relación a la normativa constitucional y legal que debe observarse en materia laboral para la resolución del caso y explicarse la pertinencia de las normas jurídicas al caso en concreto, por lo que se desecha el caso dos del artículo 268 del COGEP.

39. CASO CINCO: La parte actora sustenta sus acusaciones en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que determina: *"[…] 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. Este caso contempla vicios "in iudicando", esto es, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios cuya trasgresión ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia. Por este caso, los reproches probatorios son inadmisibles, pues se configura cuando no se han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados y admitidos dentro de la hipótesis normativa, ya porque se ha aplicado una norma jurídica que no pertenece, ya porque no se ha aplicado la que concierne o porque aplicando la que corresponde se la ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo.

41. Al efecto, este caso contempla tres tipos de transgresión, esto es: Aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla y que según Humberto Murcia Ballén: *"[…] Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica […]."* [3]

42. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: *"[…] 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 […]"* [4].

43. Falta de aplicación, que se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; de ahí que la misma Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a esta clase de transgresión expresó: *"[…] Cuando el juzgador deja de aplicar en el caso controvertido*

[3] Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 322.
[4] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005. Pág. 183.

normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida […]" [5].

44. Errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala es la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley y en este sentido la Sala de lo Civil y Mercantil referida señaló que se produce este vicio de juzgamiento: *"[…] Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene […]"* [6]

45. Sobre este tema, la doctrina nos ilustra: *"[…] Muy distinta a las dos anteriores es la esencia de la violación por interpretación errónea de la ley. No se trata, en esta clase de quebranto, como ocurre en las dos atrás analizadas, de un yerro de <<diagnosis jurídica>>, o de uno de relación entre el hecho especifico concreto y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de ésta […]"* [7].

46. Para resolver el problema jurídico que consiste en *"Establecer si se ha producido la errónea interpretación del artículo 177 del Código del Trabajo, al haber determinado que la trabajadora estaba en la obligación de notificar a su patrono o al Ministerio de Trabajo con su inasistencia al puesto de trabajo y al haber contabilizado equivocadamente los días con los que contaba el empleador para solicitar visto bueno en su contra, lo que ocasionó que no se declare prescrita dicha acción"*; se precisa lo siguiente:

47. El artículo 177 del CT acusado como erróneamente interpretado, establece: *"El trabajador que adoleciere de enfermedad no profesional deberá comunicar este particular, por escrito, al empleador y a la inspección del trabajo respectiva, dentro de los tres primeros días de la* ***enfermedad****. Si no cumpliere esta obligación se presumirá que no existe la enfermedad"*, disposición legal, que impone la obligación al trabajador de comunicar la enfermedad no profesional que le aconteció dentro de tres días, de no hacerlo, el legislador ha previsto que se tenga como que la enfermedad no existió, facultando de ese modo al empleador a solicitar el visto bueno en contra del trabajador por abandono de su lugar de trabajo.

48. Entendida la correcta interpretación de la norma, no se observa que el Tribunal de apelación, haya incurrido en el vicio de errónea interpretación, en tanto efectivamente se trata de una norma que debió ser observada por la trabajadora como parte de sus obligaciones para con el empleador, de otro modo, el empleador estaría condenado a soportar la ausencia de la trabajadora sin previo aviso, viéndose afectado en las actividades habituales para las cuales la trabajadora fue contratada.

49. Por lo expuesto; y, ante los hechos que se tienen como probados, esto es que la actora laboró únicamente hasta el 1 de marzo de 2021 y que el empleador conoció que se encontraba con una enfermedad el 8 de marzo de 2021, se tiene como un hecho fijado en instancia que la trabajadora no comunicó al empleador de su enfermedad lo que dio elementos al empleador para que solicitara en la vía administrativa el correspondiente visto bueno, mismo que una vez aceptado, concluyó el vínculo laboral entre los contendientes. En esos términos, la norma ha sido entendida en su alcance y espíritu, frente a los hechos que se tienen como probados, por lo que se desecha el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

VI. Decisión

50. 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:

51. No casar la sentencia emitida por el Tribunal de la Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 31 de marzo de 2023, las 08h49. Sin costas.

Notifíquese.-

f) DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL (P)** DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL** DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA **JUEZ NACIONAL.**

---

[5] Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 183.

[6] Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 183.

[7] Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 324.

Resumen de fácil comprensión

El tribunal de casación, rechaza el recurso de casación al amparo de los casos dos y cinco del artículo 268 del COGEP, por cuanto la decisión de alzada cumple con la garantía de motivación y no existe violación directa de la norma acusada, toda vez que, efectivamente existe la obligación legal del trabajador de comunicar al empleador dentro de tres días la enfermedad no profesional que le aqueja, caso contrario se entiende como inexistente viabilizando al empleador la posibilidad de presentar el visto bueno por abandono del lugar de trabajo.

Gaceta Judicial
Número 10 serie XIX

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

I

Juicio Nro. *09969-2020-00242*
Fecha: *21 de junio del 2024 a las 16h05*
Jueza Ponente: *Dra. Rita Annabel Bravo Quijano*

TEMA

Unión de hecho post mortem: Improcedencia cuando no se fundamenta técnicamente la errónea interpretación de la norma.

SÍNTESIS

La causal quinta del art. 268 del COGEP exige que el recurrente explique de manera técnica el error de derecho denunciado; cuando la argumentación se limita a cuestionar la valoración probatoria sin demostrar la incorrecta interpretación de la norma, el recurso de casación debe ser rechazado, incluso en controversias relacionadas con el reconocimiento de unión de hecho post mortem. La Corte Nacional analizó un recurso de casación interpuesto dentro de un proceso de declaratoria post mortem de unión de hecho. El recurrente alegó errónea interpretación de la normativa aplicable; sin embargo, la Sala determinó que su argumentación no explicó el alcance correcto de la norma ni la forma en que la sentencia impugnada habría incurrido en error de derecho. La Corte reiteró que la causal quinta del artículo 268 del COGEP exige una fundamentación jurídica clara del error denunciado y no permite reexaminar la valoración de la prueba. Al no cumplirse esta carga argumentativa, el recurso de casación fue rechazado. Además, la Corte agrega la naturaleza, elementos y delimitacion temporal de la unión de hecho post mortem.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS:

I
ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia.

1. La señora S. S. compareció ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el cantón, y planteó la demanda de declaratoria de unión de hecho post mortem, en contra de los herederos conocidos y desconocidos de A. E., los herederos conocidos responden a los nombres de D. R. y R. R.

2. En sus fundamentos de hecho, la accionante manifiesta:

> "Que desde el año dos mil once inicie una relación sentimental con A. E., con cedula de ciudadanía No. xx, y a partir del diez de diciembre del dos mil catorce, decidimos convivir en unión de hecho, y lo hicimos en mi domicilio, ya que me fue entregada por parte del Magisterio de Educación, dicha villa. Después de aproximadamente tres años de residir en la Urbanización, nos trasladamos a vivir a la Urbanización xx. El 30 de marzo del 2019, decidimos contraer matrimonio, la que se llevó a cabo en el Club Social, en la que vivíamos junto con mi hija menor de edad C. S. Ambos estábamos enfermos desde el 12 de marzo del 2020, con fiebre, dolor en el pecho, tos, fiebre, etc.; permanecimos en la casa y fue el 20 de marzo del 2020, en horas de la tarde que mi cónyuge fallecido, respiraba con dificultad, y decidimos ir a la Clínica, en la que después de realizarnos una tomografía a ambos, nos dejaron hospitalizados, por tener neumónica y estar nuestros pulmones muy comprometidos. Falleciendo mi cónyuge el 23 de marzo del 2020, y a mí me dieron el alta del Hospital Clínica, el 27 de marzo del 2020, a continuar el tratamiento en mi domicilio.
>
> De la Información Sumaria, protocolizada en la Notaria Sexagésima Cuarta, del Cantón, se colige que mis testigos, declaran que les consta que A. E. y S. S. manteníamos una unión de hecho desde el año 2014.
>
> De las fotografías que adjunto se puede evidenciar que mantuve una relación de hecho, de conocimiento de nuestro círculo social, ya que

tanto como mi fallecido cónyuge era abogado, así como yo también ejerzo la misma profesión, y laboramos desde noviembre del 2009, en la Fiscalía General del Estado.

De las fotografías que constan en el Facebook, y en las que se puede entrever fotos de hace aproximadamente varios años atrás, se nos puede ver en reuniones en la casa de la Urbanización, así como en la casa de la Urbanización y en reuniones en las casas de varios amigos en común.

De la documentación y certificados, consta que compartimos con A. E. cursos en el Ecuador, que realizamos siempre juntos.

Manteniendo una unión de hecho con A. E., de aproximadamente cinco años, de forma ininterrumpida, una unión de hecho, estable, monogámica y libres de vínculo matrimonial, habiendo de esta forma constituido de hecho un hogar, con el fin de vivir juntos, y auxiliarse mutuamente desde el 10 de diciembre del 2014, y que ahora los dos hijos de mi fallecido cónyuge pretenden desconocer. Formalizando nuestra relación, el 30 de marzo del 2019, con el vínculo matrimonial, conforme consta con el certificado matrimonial.

Del certificado de defunción, se denota que mi difunto cónyuge dejo de existir el 23 de marzo del 2020, por insuficiencia respiratoria, posible corona virus."

3. En la contestación a la demanda la parte accionada J. J. contestó:

"PRIMERO INEXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO

La actora, para acreditar la supuesta Unión de Hecho, con mi padre, que dice existió desde el 10 de diciembre del año 2014, y supuestamente formalizada mediante el matrimonio civil del 30 de marzo del 2019, para lo cual presenta y anuncia como prueba, variada documentación, entre ellas las siguientes:

1 Como prueba número 7, que corra fojas 2 de este expediente, presenta la copia de la Razón de Inscripción de Reportorio 215-2707 de fecha 23 de febrero de 2015 emitida por el Registro de Propiedades del Cantón, respecto de la compraventa de los predios-con- matricula inmobiliaria, adquiridos por Mí padre a los señores A. B. y A. F., en calidad de vendedores y A. E. en calidad de comprador.

Correlacionando la referida prueba No.7, la actora presenta las pruebas documentales números 3, 4, 5, y 6, que corren a fojas 3, 4, 5 y 6 de este proceso que consisten en las copias de los pagos de los predios urbanos de los años 2016, 2017, 2018 y 2019 de los inmuebles referidos con la prueba 7, con códigos catastrales, correspondientes a la oficina ubicada en y su parqueo ubicado en el mismo edificio. Pero a modo de enlazar las pruebas indicadas, buscando inducir a una idea falsa a usted Señor Juez, la actora presenta y anuncia la prueba número 2 que corre a fojas 1 de este proceso, consistente en el comprobante de transacción de pago emitido por el Banco de Guayaquil de la cuenta No.xx de propiedad de S. S., pagando impuestos prediales del año 2020 de la oficina antes citada con código catastral.

Es verdad, el mentado comprobante de transacción bancaria evidencia el pago DESDE la cuenta de la actora, lo que NO significa que se haya realizado con dinero de ella, pero tal pago realizado en fecha 13 de ENERO del año 2020 nada tiene que ver o probar la existencia de la supuesta Unión de Hecho, ya que cuando se realizó ese pago el estado civil de mi padre con la actora era la de CASADOS mediante matrimonio civil celebrado el 30 de marzo del año 2019.

Por tanto es evidente que las pruebas 2, 3, 4, 5, 6 y 7, resultan impertinentes y ajenas a la supuesta sociedad de hecho que sostiene la actora con mi padre desde diciembre del 2014 al 30 de marzo del 2019.

1.2 Por otro lado, la actora solo presenta como prueba número 7 la copia de la Razón de Inscripción de Repertorio de fecha 23 de febrero de 2015 emitida por el Registro de Propiedades del Cantón, respecto de la compraventa de los predios con matricula inmobiliaria, pero OMITE ex protesamente presentar la escritura de compraventa celebrada en fecha 31 de diciembre del año 2014 en que mi padre compró los inmuebles precitados a la señora M. M. y A. B.

1.3.- La accionante FALSAMENTE dice que habría iniciado la supuesta la relación de hecho con mi padre A. E., DESDE el 10 de diciembre del 2014, lo cual queda desmentido porque la actora se DIVORCIÓ de su cónyuge anterior Z. A., mediante sentencia emitida dentro de la causa por el juez de la Unidad Judicial Sur, tal como lo demuestro con la copia certificada que agrego del expediente No., de designación de curaduría planteado ante la Jueza donde se puede apreciar el acta matrimonial de la actora pudiéndose constatar a fojas 3 de dicho expediente que en copias certificadas adjunto y que

desde ya lo anuncio como prueba; en dicha acta matrimonial de la actora y su cónyuge anterior a mi padre, constan inscrito el divorcio en fecha 28 de abril del año 2015. Y, la actora afirma en la demanda falsamente que mantenía unión de hecho con mi padre desde el diciembre del año 2014. Es de conocimiento público, que la Unión de Hecho debe ser establecida entre dos personas LIBRES de vínculo matrimonial.
Señor Juez, si creamos una línea de tiempo hasta los hechos narrados en líneas anteriores tenemos lo siguiente:
1) En el año 2011 inició la relación sentimental entre mi fallecido padre y la actora;
2) Desde el 10 de diciembre del 2014 supuestamente se transformó a "unión de hecho";
3) Respecto de la compraventa de los predios con código catastral fue inscrita en el Registro de Propiedades del cantón;
4) La actora se divorció mediante sentencia el 11 de marzo de 2015 y se inscribió dicho divorcio el 28 de abril de 2015.
Qué curioso verdad, la actora no estaba ni divorciada, pero ya pretende que usía le reconozca derechos de una supuesta unión de hecho desde el 10 de Diciembre de 2014 (21) días antes en que mi papá adquiriera la oficina ya antes mencionada. Raro y conveniente para la actora.
1.4.- Para que su señoria tenga una idea de los falsos hechos narrados por la actora o de su alcance para lo falsear la verdad, están los siguientes hechos:
1.4.1.- El 29 de Enero de 2019 a las 09H07 la actora de ésta causa presentó a sorteo un proceso voluntario de "autorización para contraer segundas nupcias", misma que recayó la competencia en, Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
En el contenido de la demanda (fojas 10, 10 vta., 11 y 11 vta.) en su parte inicial, la señora S. S. Navarro en sus generales de ley indica:
"Yo, S. S., titular de la cédulas xx, divorciada, de 54 años de edad, de profesión abogada, de nacionalidad ecuatoriana, domiciliada.
Es decir, que para el 29 de Enero de 2019 la actora tenía domicilio en la ciudad.
Pero aquí no termina, la juzgadora de ésta causa conforme a la agenda del despacho convocó a la audiencia de insinuación de curador especial para el 29 de marzo de 2019 a las 10H15; más como NO convenía con los planes que tenía la señora S. S., ésta decidió no ir a la audiencia convocada y optó por presentar una segunda acción para obtener su licencia de segundas nupcias para casarse con mi padre.
1.4.2.- El 15 de Febrero de 2019 a las 15H15 la actora de ésta causa presentó a sorteo por SEGUNDA ocasión un proceso voluntario de "autorización para contraer segundas nupcias" misma que recayó la competencia en Señora Jueza, Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con número de causa.
En el expediente judicial No. , de curaduría ya agregado, la señora S. S., como actora expresa en la demanda, textual lo siguiente:
"Yo, S. S., titular de la cédula xx, divorciada, de 54 años de edad, de profesión abogada, de nacionalidad ecuatoriana, domiciliada.
De lo expuesto en los numerales 1.4.1 y 1.4.2 se puede establecer incontrovertiblemente que tanto la actora como mi padre mantenían domicilios distintos; ya que ella reconoce que tenía DOS domicilios diferentes y NINGUNO de ellos era la Urbanización.
1.5 Ahora respecto al inmueble consistente en solar y edificación, mi padre lo adquirió mediante escritura de compraventa escritura celebrada en la Notaria en fecha 10 de noviembre del año 2016 e inscrita el 16 de diciembre del año 2016 en el Registro de la Propiedad. En dicho instrumento público mi padre declara que su estado civil es DIVORCIADO, adjunto y anuncio como prueba copia certificada de la mentada escritura. De su lectura usted señor Juez, podrá apreciar que mi padre adquirió dicho inmueble como bien propio y exclusivo para él, mas no para la supuesta unión de hecho ni en estado de Unión de Hecho que alega la actora.
Señor Juez, es importante que usted sepa que Mi padre al momento de realizar la compra, mi padre realizó un crédito hipotecario al Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de manera Individual y NO un crédito solidario, es decir, TODO el valor del bien inmueble adquirido ANTES que se casara con la Sra. S. S., era descontado de su sueldo, tal como reza en la fojas 10 y 11 de la escritura que entrego.
Además, está la promesa de compraventa que realizó mi padre al Fideicomiso, dicho acto notarial se llevó acabo el 29 de septiembre de 2015 en la Notaría del Cantón, acto mediante el cual mi padre declaró y reconoció que su estado civil era de DIVORCIADO; y que su DOMICILIO según consta de los documentos habilitantes era Cdla. y entre sus números telefónicos dio el

convencional xx (línea telefónica que estaba a nombre de mi abuela materna), es importante que usted sepa Señor Juez que la dirección de Sauces 6 es del domicilio donde mis padres vivieron TODO su matrimonio, bien inmueble que pertenece a la sociedad conyugal que mis padres conformaron. Esta dirección domiciliaria fue dada y reconocida con la firma de mi padre en 3 documentos habilitantes de la promesa de compraventa:

1) Reserva del inmueble No. 15-000076

2) Plan de pagos No. Venta 15000076 de fecha 4 de Agosto de 2015

3) Especificaciones Técnicas del bien inmueble adquirir.

De estos documentos públicos se puede establecer fehacientemente que la actora señora S. S. y mi padre, públicamente expresaban que sus estados civiles eran de DIVORCIADOS, con DOMICILIOS distintos.

4. El demandado R. R. por su parte contesta la demanda en los siguientes términos:

1.1.- En primeros e iniciales rechazo de forma categórica las aseveraciones, respecto a los enunciados expuestos en los fundamentos de hecho, sobre una supuesta relación sentimental de quien en vida fue A. E. con la parte actora desde el año 2014.

2.1.- Cabe recalcar, que el divorcio de mi padre, A. E. y P. R., fue debidamente inscrito, con fecha 13 de enero del 2015, en la Dirección General de Registro civil, Identificación y Cedulación.

Asimismo, señor Juez, pongo a conocimiento del hecho de que la parte actora, la señora S. S., con fecha 28 de abril del 2015, inscribió ante la Dirección General de Registro civil, Identificación y Cedulación, su sentencia de divorcio con su conyuge de ese entonces, el señor L. L.

Para efectos jurídicos y legales, el Código Civil establece que, la sentencia de divorcio surte efecto a partir de la inscripción ante el Órgano correspondiente, esta es, la Dirección General de Registro civil, Identificación y Cedulación.

"Art. 128. La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la oficina de registro civil correspondiente"

2.2.- Nuestras Unidades Judiciales Cantonales, Salas Especializadas Provinciales y la Corte Nacional previamente al caso en concreto, han resuelto un sinnúmero de acciones basadas en los mismos hechos que hoy, la parte actora pretende que se le reconozca. Dichos órganos jurisdiccionales en apego a la Ley, en la parte expositiva de las sentencias emitidas, argumentan que para que proceda la institución jurídica de la Unión de Hecho, son requisitos sine qua non: a) la estabilidad de pareja, b) la monogamia, y c) y la libertad de vínculo matrimonial; sí faltase uno de aquellos, no procedería dicha institución jurídica de Unión de Hecho.

Parte expositiva de la sentencia emitida por la extinta Corte Provincial de Pastaza, en el Juicio ordinario No. Juicio no. 066-2012 PVM, para la Declaratoria de Unión de Hecho propuesto por Izurieta Meneses en contra de Robalino Pérez.

"La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres del vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes". En definitiva, esta disposición legal exige que deben ser libres de vínculo matrimonial con otra persona, y naturalmente formar un hogar de hecho por el lapso de tiempo de más de dos años, y bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley

2.3.- En estos tipos de juicios de reconocimiento de Unión de Hecho, es menester demostrar la libertad de vínculo matrimonial de los convivientes, ya que es una disposición legal, para que proceda dicha unión, tal y como se prueba en el juicio 09201-2019-02890.

Parte expositiva de la sentencia emitida por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Guayaquil, en el juicio ordinario 09201-201-02890, de Declaratoria de Unión de Hecho Post Mortem propuesto por Plúa Serrano en contra de Wong Arias.

5.- Que las pruebas practicadas por parte Actora se demuestran el hecho y derecho alegado, al expresar que mantuvo unión de hecho desde el 19 de enero del 2009 hasta el 18 de mavo el 2019, libres de vínculo matrimonial, en el certificado de defunción del señor LUIS FERNANDO WONG ARIAS se desprende estado civil soltero. La demandada, señora ANA ROSA ARIAS JARA, madre del fallecido Luis Fernando Wong Arias, compareció audiencia de juicio junto a su defensor y en el alegato final expresó que se allana a la demanda, que su hijono estuvo casado ni mantuvo o trarelación que su hijo en vida convivió con la Accionante Elena, con quien procreó dos hijas, las niñas EB y NM WONG PLUA.- La

Actora ha justificado que la unión de convivencia que mantuvo? con el señor LUIS FERNANDO WONG ARIAS fue estable y monogámica, libre de vínculo matrimonial, se adecúa a lo dispuesto en el artículo 129 y 222 del Código Civil.
2.4.- Por lo antes expuestos y fácilmente comprobable mediante las respectivas Partidas de Matrimonio, para efectos del presente proceso, cualquier aseveración de que existió una unión de hecho con antelación a la fecha de las respectivas marginaciones de divorcio, sería una falacia, que atentaría contra la verdad fáctica y la anhela verdad procesal que el tratadista italiano Luigi Ferrajoli ha desarrollado.
3.1.- El artículo 223 de Código Civil, señala que, "en caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta", es decir, que mínimo debe haber transcurrido, indispensablemente, dos años de convivencia, para que se presuma que la convivencia es de carácter estable y monogámica. A raíz, de que se caracterice dicha unión, como estable y monogámica, yace de forma presunta la unión de hecho, la cual, no se ha probado dentro de este juicio, dicha convivencia.
La accionante, es la obligada a demostrar y probar sus afirmaciones, ella alega en su demanda, en el acápite de la narración de los hechos, haber mantenido una unión hecho: "a partir del diez de diciembre del dos mil catorce, decidimos convivir en unión de hecho", la cual, queda desvirtuada con la partida de matrimonio de nuestros padres A. E. y P. R., y asimismo con la partida de matrimonio de la parte actora, en la cual, consta que estaba casada con su anterior cónyuge en esa época.
En la parte expositiva de la sentencia emitida por la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, en el juicio ordinario 12203-2016-02222, de Declaratoria de Unión de Hecho Post Mortem propuesto por Cerna Ibarra en contra de los herederos de quien vida fue Bravo Torres, los jueces amparados el artículo 223 de Código Civil que hace referencia al artículo 95 de la misma norma, señalan que es un requisito estar libre de vínculo matrimonial, para declarar la unión de hecho, en caso contrario desaparecería la unión de hecho:
Libres de vínculo matrimonial: este requisito se refiere a dos personas deben haber estado libre de vínculo matrimonial, ya que en caso contrario se trataría de una unión adúltera o si se consolida entre los convivientes el matrimonio desaparecería la unión de hecho.
3.2.- En el mes de enero del año 2017, me fui a vivir con mi padre, en su casa ubicada en la urbanización, (inmueble que mi padre lo compró, por razones afectivas y con la finalidad de estar cerca de mi hermana D. D., ya que ella también, había comprado anteriormente en la misma ciudadela, un inmueble), como se puede verificar en las bitácoras de autorizaciones de entrada a la ciudadela, consta la autorización conferida por mi padre en su calidad de único propietario del bien inmueble hacia al suscrito, con la finalidad de poder entrar y salir de la ciudadela sin necesidad de anunciarme por medio de los guardias de la garita de la ciudadela.
Mi padre, aproximadamente en el mes de marzo del año 2017, autorizó ante la administración de, el ingreso de la señora C. M., para que realice los servicios de limpieza del bien inmueble de su propiedad, en la cual, solo vivíamos los dos (mi padre y el suscrito), en aquel entonces.
A pesar, de que nuestros padres A. E. y P. R. se hayan divorciado por mutuo acuerdo, ambos aún se trataban como esposos, demostrando ante sus amistades, familiares, grados de responsabilidades y obligaciones como cónyuges. Traigo acotación aquello, ya que estando divorciados nuestros padres, sin presión alguna parento filial, se seguían auxiliando mutuamente, tanto así, que nuestro padre, almorzaba en la casa de donde vivía con nuestra madre, ubicada en la ciudadela.
Para el mes de octubre del año 2017, A. E., P. R. y el suscrito, programamos un viajé a la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, con fines turísticos y distracción, lo cual, lo demuestro con los Certificados de Movimiento Migratorios de cada uno y fotos del viaje, pruebas que anexo a la presente contestación. En dicho viaje, visitamos a mi tía A. H., hermana de mi padre, la cual, rendirá su declaración, respecto al grado afectividad de mis padres entre sí; y, la posible reconciliación matrimonial que hubo entre ellos durante el tiempo que estuvimos en la ciudad de Nueva York.
Posterior al viaje, mi padre y yo, por motivo de salud de mi abuela, nos fuimos a vivir con mi abuela, previo a cambiarnos momentáneamente a la casa de mi abuela ubicada en Urbanización N. N. mi padre realizó el cambio de lugar de servicio de su contrato de Tv Cable

de, N. N. y asimismo una vez que el regresó a N. N., nuevamente volvió hacer la gestión de cambio de lugar del servicio.

5. En la audiencia preliminar se determinó el objeto de la controversia, se anunció los medios de prueba, los cuales fueron calificados y admitidos.

6. Una vez sustanciada la causa conforme trámite ordinario (artículo 289 ss. del COGEP), el juez competente emitió sentencia escrita el 22 de junio de 2021, a las 13h31, en la que declaró con lugar la demanda y estableció -en función de los medios de prueba actuados- como periodo de la unión de hecho el comprendido desde el 29 de abril de 2015 hasta el 29 de marzo de 2019, ya que el 30 de marzo de 2019 celebraron legalmente su matrimonio.

7. La parte accionada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido, y en virtud de ello, se remitió el expediente al superior orgánico.

8. En la audiencia convocada para conocer y resolver el recurso de apelación presentado por la parte demanda, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia emitió resolución oral, en la que rechazó el medio de impugnación y confirmó, en su integralidad, lo decidido en primera instancia.

9. La sentencia escrita fue dictada el 25 de noviembre de 2021, a las 08h50; y notificada las partes procesales el 26 de noviembre de 2021 a partir de las 09h11.

b. Actos de sustanciación del recurso

10. Respecto de la referida sentencia de segunda instancia, únicamente el accionado R. R. interpone recurso extraordinario de casación, mediante escrito de 10 de enero de 2022.

11. Mediante auto de 31 de enero de 2022, a las 15h23, el tribunal de alzada calificó la oportunidad del recurso, disponiendo remitir la causa al órgano de cierre de justicia ordinaria.

12. La causa se recibió en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 14 de febrero de 2022.

13. Mediante auto de 21 de marzo de 2022, el doctor Carlos Pazos Medina, conjuez nacional temporal, admitió a trámite el recurso interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos- COGEP-.

14. Mediante sorteo efectuado el 17 de mayo de 2022, la causa accede al Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) doctores: Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Terán Carrillo.

15. El doctor Roberto Guzmán Castañeda, mediante acción de personal 0864-DNTH-2024-DM que rige a partir del 20 de marzo de 2024, cesó en sus funciones de conjuez nacional titular por terminación del periodo de nueve años para el cual fue designado; en esta virtud, dicho despacho se encarga a la doctora Rita Bravo Quijano, conjueza nacional, con oficio 501-SG-CNJ-MMV-2024 de 05 de abril de 2024, suscrito por el Presidente (e) de esta Corte Nacional de Justicia.

16. El doctor Wilman Terán presentó su renuncia, 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, conjuez nacional, para que lo reemplace definitivamente, en esta razón actúa en la presente causa.

17. En razón de habérseles concedido licencia a los doctores David Jacho Chicaiza y Luis Adrián Rojas Calle, actúa en remplazo del doctor David Jacho Chicaiza el doctor Marco Vinicio Rodríguez Mongón, mediante acta de sorteo de 21 de mayo de 2024 y en reemplazo del doctor Luis Adrián Rojas Calle actúa el doctor Carlos Pazos Medina, en virtud del acta de sorteo de 07 de junio de 2024, actas suscritas por el doctor Jose Suing Nagua Presidente encargado de la Corte Nacional de Justicia.

18. En auto de 05 de junio de 2024, se convocó a audiencia de argumentación y contradicción del recurso extraordinario de casación, para el 10 de junio de 2024, a las 10h00.

19. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, hace las siguientes consideraciones:

c. Cargos admitidos en contra de la decisión de apelación.

20. El recurrente en casación, interpone su impugnación extraordinaria con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP.

21. De manera precisa, acusa a la sentencia emitida por el tribunal de apelación, por errónea interpretación del artículo 223 del Código Civil.

II
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.

22. Este tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes

Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto, en virtud de la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

23. Con base en la resolución, la jueza nacional (e) doctora Rita Bravo Quijano y los jueces nacionales (e) doctores David Jacho Chicaiza y Luis Adrián Rojas, han sido debidamente encargados de ejercer funciones, sin embargo por licencia legalmente concedida a los prenombrados jueces actúan los doctores Marco Vinicio Rodríguez Mongón y Carlos Vinicio Pazos Medina, conjueces nacionales temporales; quienes avocan conocimiento de la presente causa.

24. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República–CRE, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183 numeral 6, 184 y 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial -COFJ-.

2.2. Validez procesal

25. 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 CRE; 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.

2.3. Audiencia pública de fundamentación del recurso de casación.

26. Según la disposición contenida en el artículo 168 numeral 6 de la CRE, 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, de conformidad al artículo 272 del COGEP y las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación para el 10 de junio de 2024, a las 10h00.

27. En el día y hora señalados, la jueza nacional (e) ponente, en calidad de directora de la audiencia (artículos 12 y 80 del COGEP), dispuso que la actuaria de la Sala, certifique la comparecencia de las partes procesales.

28. La secretaria de la Sala constató la presencia, a través de medios telemáticos, el recurrente R. R., con su defensor técnico; y, la accionante, S. S., con su defensor técnico.

29. Una vez que finalizó el debate, el tribunal de manera oral resolvió declarar improcedente el recurso de casación, con lo que dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 del COGEP.

III
FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

3.1. Fundamentos de la impugnación extraordinaria.

30. El demandado por intermedio de su defensa técnica manifiesta:

La causal quinta invocada fue por error de interpretación del Art. 223 del Código Civil que versa sobre y para efectos probatorios de la unión de hecho. La ley manifiesta que en caso de controversia para efectos probatorios se presumirá que la unión es estable y monogámica transcurrido al menos dos años de esta, cabe recalcar que en sentencias anteriores dictada por este mismo tribunal las controversias siempre ha sido distintas menciono aquello porque en juicios anteriores analizados siempre ha existido como causa o prueba el reconocimiento por ambas partes de que la unión de hecho se formalizo tal día, sea por escritura o publica o sea mediante declaración de parte dentro de un proceso en este caso es muy diferente porque esta unión de hecho es post mortem, solamente existe voluntad de una persona de la declaración de unión la otra persona como esta fallecida no tiene la voluntad no se pudo determinar si tuvo o no de declarar la unión de hecho. Señalo aquello porque uno de los requisitos esenciales para la unión de hecho son tres: la estabilidad la monogamia y la liberta del vínculo matrimonial de los hechos probados que ustedes podrán verificar con la inscripción de los divorcios de la actora y del padre de mi representados ambos estaban casados respectivamente con sus cónyuges, cabe recalcar que la señora S. S. estaba casada con el señor H. H. hasta el día 28 de marzo de 2015, el señor Z. Z. papá de mis representados estaba casado con la mamá de mis representados hasta el día 13 de enero de 2015 aquí caber recalcar y hacer énfasis en las fechas porque si bien es cierto el juez de primera instancia y la sala de la Corte Provincial ratificó lo mencionado por el juez de primera instancia manifestando que en la unión de hecho post

mortem tendría que ser declarado desde el día siguiente que estaban hábiles para hacerlo siendo la última inscripción en el Registro Civil el día 28 de marzo de 2015, el juez de primera instancia declaro desde el 29 de marzo de 2015, aunque la parte actora estaba solicitando que se reconozca desde el 14 de noviembre del 2014 fecha que también estaba impedido. Si bien es cierto señores jueces de los hechos probados en la sentencia los testigos señalan que la unión comenzó aparente mente en noviembre, que dice el artículo 223 del C.C. que se ha interpretado en forma errónea es que "En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta." Si a partir de 29 de marzo de 2015 estaban en aptitud para hacerlo ambos se encontraban libres de vínculo matrimonial es a partir de ahí que debemos verificar los elementos probatorios para declarar si la unión es estable y monogámica otras dos causales más que faltaban para que se configuren la unión de hecho, el simple hecho de que una persona conviva con otra sino existe los otros requisitos esenciales para la unión de hecho no se podría configurar que se conviva con una persona que sea monogámica no da la unión de hecho, si yo convivo con una persona de forma estable pero tengo un vínculo matrimonial no da lugar a la unión de hecho por eso que las causales son taxativas es aquí que a partir de esto hay que verificar si la unión era estable y monogamia dentro del plazo de dos años, ojo a diferencia de otras sentencia que hecho mención ha existido en otros casos análogos la aceptación pero en este caso no es de ambos convivientes porque en este caso la una se encuentra con vida y la otra esta fallecida en virtud de aquello mal hizo el señor juez de primera instancia y la Sala en confirmar la unión de hecho donde no cumplía los requisitos esenciales de la unión de hecho, hasta aquí mi intervención señores jueces.

3.2. Contradicción de la parte actora.

31. La accionante por intermedio de su defensa técnica manifiesta:

La parte recurrente en su recurso de casación solamente menciona el Art. 268 del COGEP pero no determina ningún tipo de causal si ustedes revisan el recurso de casación planteado no hay ninguna causal que se invoque, es decir no se ha determinado la norma y que tipo de infringimiento ni se ha dicho de acuerdo a la ley si ha existido errónea interpretación o indebida interpretación de la ley o la falta de aplicación de la ley solo se ha mencionado el art. 268 del COGEP pero no se ha especificado el motivo de la aplicación se menciona pero no se dice los motivos porque de acuerdo al Art. 222 y 223 del Código Civil fueron aplicados en legal y debida forma por los jueces tanto de primera como de segunda instancia, además señores jueces la sentencia que dicta tanto el juez de primera como el tribunal de apelación se encuentra debidamente motivada y no existe ningún tipo de abuso, exceso o agravio de derecho peor aún que se haya dictado en contra de normas expresas o que encierren vicios de forma o de fondo que haya causado agravio con decisiones contradictorias o incompatibles que no se explique en la pertinencia de la norma o de principios jurídicos peor aún que se haya dictado en contra de ley expresa, en dicha sentencia se ha hecho prevalecer las normas procesales y ordenamiento jurídico justo al fallar los jueces de primera y segunda instancia en forma concreta clara y precisa para obtener la correcta aplicación del derecho y la correcta administración de justicia, no se ha cometido arbitrariedades jurídicas no se ha atentado en contra de normas constitucionales y se ha resuelto de acuerdo a cuestiones de derecho constantes en autos tanto en cuaderno de primer nivel y en cuaderno de segundo nivel atendiendo a la sujeción de norma jurídica específicamente aplicable en el caso esto es en el Art. 222 del Código Civil y Art 223 de la misma Ley, por parte del señor juez de primer nivel y de segundo nivel se observó determinado requisito y presupuesto procesales que sin ellos no se hubiera dictado sentencia a favor de mi representada no se ha vulnerado ninguna norma de derecho civil ni de derecho público. En el recurso planteado que presenta el recurrente no existe la suficiente claridad y motivación y la fuerza que se pueda aceptar un recurso de casación en contra de la sentencia, la recurrente no ha sufrido perjuicio porque se ha dictado en forma correcta no se ha demostrado el error en el fallo impugnado y los yerros deben tener incidencia decisoria en la parte resolutiva del fallo es decir la relación causal directa y necesaria además que se debería determinar si la sentencia contiene un efecto jurídico completo o no, debiendo precisar toda las disposiciones o causal invocada que constituya lo que es un recurso de casación planteado, así determina la resolución número 133-2002 del 24 de junio de 2022 publicada en R.O. 630-31 de julio de 2022 dictado por la

Corte Nacional de Justicia de tal modo que no cumple los requisitos que determina la ley de casación la mera enunciación de la causal invocada que no ha sido aplicada conforme determina la ley no constituye un presupuesto procesal o fundamento jurídico del recurso que se requiere del análisis del vicio o de la norma que no ha sido aplicado en relación al derecho o a un precepto jurídico así también lo determina el fallo jurisprudencial de triple reiteración dictado el 27 de mayo de 2003 publicado en el R.O. Nº 154-25 del 2003, por tal razón señores jueces la sentencia se encuentra debidamente motivada y no da razón alguna que se tenga que aceptar o admitir a trámite un recurso de casación donde no se ha planteado los motivos o las razones o donde no se ha indicado si existe una falsa o errónea interpretación de la norma, se ha cumplido con todos los requisitos procesales por tal razón se ha dictado la sentencia que ha sido confirmatoria de la misma por tanto y en base del principio constitucional del Art. 11 de la Carta Magna, numerales 3, 4 y 5, consagra la seguridad jurídica del Estado y el derecho al debido proceso porque de lo contrario me dejaría en completo estado de indefensión al existir bines que fueron creados dentro de la unión de hecho y en su momento oportuno tendrán que ser compartidos, se ha cumplido los requisitos necesarios del Art. 222 y 223 del Código Civil en relación con lo que determina el Art. 68 de la Constitución de la Republica y la Ley 115 publicada en el R.O. 39 del 29 de diciembre de 1982 en cuanto a la unión de hecho por tal razón solicitamos que se inadmita el recurso de casación por ser un recurso extraordinario que no ha cumplido con los presupuestos ni los requisitos necesarios para su admisión. Hasta aquí mi intervención.

IV
CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER

32. De los argumentos esgrimidos por los sujetos procesales, este tribunal, dentro del marco de competencias de un órgano casacional, analizará si el artículo 223 del Código Civil fue erróneamente interpretado, teniendo en cuenta que a decir del recurrente, no se cumplió con el requisito de estar libre de vínculo matrimonial ya que ambos estaban casados con personas distintas y adicionalmente respecto del inicio de la unión de hecho.

V
RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL ASUNTO CASACIONAL

5.1. Sobre la motivación de las resoluciones judiciales.

33. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la CRE, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[1].

34. La motivación es la justificación de la decisión judicial[2] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[3], en un sentido u otro[4]; 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 derecho[5].

35. 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

[1] 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.

[2] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[3] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[4] Jordi Ferrer, *Prueba sin convicción.* Estándares de prueba y debido proceso, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 187-188.

[5] Alejandro Nieto, *Arbitrio judicial,* Barcelona, Ariel, 2000, p. 157.

la decisión y que la motivación esté fundada en derecho […]" [6]

36. 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 impugnar[7]; 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[8] [9].

37. 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 predecibilidad[10] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[11].

38. 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 […]" [12] […] 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

---

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

[7] 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.

[8] Jordi Ferrer, *Ob. cit.,* p. 189-191.

[9] 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.*)

[10] El juicio de predictibilidad es una suerte 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.

[11] Jordi Ferrer, Ob. cit., p. 191.

[12] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha […]" [13]

39. 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.

40. 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.[14]

41. 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.[15]

42. 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.

5.2. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional.

43. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la CRE, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

44. 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.

45. A la vez, el artículo 169 de la CRE 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.

46. 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.

47. 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".[16]

48. 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.

49. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[17] que prescribe el artículo 75 de la CRE, es aquel por el cual toda persona tiene la

[13] 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.
[14] Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción,* p. 189.
[15] 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).
[16] Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), p. 27.
[17] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

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.

50. A su vez, la Corte Constitucional[18] 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.[19] 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.[20]

51. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la CRE, 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.[21]

52. 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.

53. El artículo 8.1 del texto de la Convención Americana 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 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. 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.

54. 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.

55. 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

---

[18] 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.

[19] 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.

[20] 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.

[21] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

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.

56. 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.[22]

57. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica[23].

58. 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 consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva[24].

59. 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 alguna[25].

60. 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.

61. 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.

62. 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.

5.3.Análisis y resolución del cargo casacional.

63. 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.[26]

64. 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.[27]

65. 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

[22] Osvaldo Gozaíni, *Ob. cit.*, p. 24.
[23] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[24] 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.
[25] Jorge Malem, *Ob. cit.,* p. 23.
[26] Jorge Rodríguez-Zapata, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo,* Madrid, Tecnos, 2019. ISBN: 978-84-309-7843-4
[27] *Ibíd.*

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.

66. 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.[28]

67. 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.*

68. Desde la doctrina se 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".[29]

69. 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 efectiva30. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[31]

70. 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.

71. 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.[32]

---

[28] Michele Taruffo, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile,* Boloña, Il Mulino, 1991, p. 72-73.
[29] Mario Nájera, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, p. 649.
[30] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[31] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.
[32] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

72. 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 al momento de fundamentar el recurso, 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, toda vez 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[33].

73. El demandado señaló que recurre en base a la causal quinta del artículo 268 del COGEP, debido a que en la sentencia censurada se ha incurrido en errónea interpretación del artículo 223 *ibídem*.

74. Que hay una errónea interpretación del artículo 223 del CC, porque la unión de hecho que pretende la actora no cumplía con los dos primeros requisitos que establece el artículo infringido, ya que dicha convivencia no fue ni estable, ni monogámica, ya que ambos estaban casados con personas distintas por lo que no se puede cumplir con la condición de estabilidad ni mucho menos la monogamia.

75. Que dentro de la presente causa, además de los primeros requisitos incumplidos para el perfeccionamiento de la unión de hecho, el tercer requisito que se trata de la temporalidad tampoco se cumple ya que los convivientes recién se encontraban aptos para contraer unión de hecho después de dos años desde que la unión sea estable y monogámica; y no desde el día siguiente de las fechas de inscripciones de las sentencias de divorcio respectivamente.

76. Respecto al lapso de "al menos dos años" del que trata la referida disposición, constituye una suerte de prerrequisito para comparecer ante el órgano jurisdiccional y solicitar la declaratoria de unión de hecho.

77. Es decir, siempre que exista una convivencia estable, monogámica entre dos personas que no tengan vínculo matrimonial de al menos dos años de iniciada la convivencia, uno de ellos podrá demandar la declaratoria judicial de existencia de unión de hecho; pues en el momento que inicia la convivencia ya se generan derechos y obligaciones entre os convivientes.

78. La causal alegada por el casacionista es la quinta del artículo 268 del COGEP.

79. Esta causal procura proteger la esencia y contenido de la norma de derecho que ha sido establecida

[33] Ex Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, año XCVIII., serie XVI., No. 11., pág. 2783, Sala Civil y Mercantil: "[…] La actividad del organismo jurisdiccional de casación se mueve por el impulso de la voluntad del recurrente, quien en los motivos que el recurso cristaliza, condiciona la actividad del tribunal y señala de antemano los límites que no pueden ser rebasados; y dado el carácter de extraordinario del recurso, por la limitación de los medios de que es lícito valerse al utilizarlo e interponerlo; el Art. 6 de la Ley de Casación constituye norma formularia a la que es indispensable ajustar el escrito en el que se interponga el recurso, lo cual responde a la necesidad de que se señale de modo preciso los términos dentro de los que se ha de plantear el litigio entre el recurrente y la sentencia que por su intermedio se combate; esta naturaleza especialísima del recurso de casación es decisiva en la del escrito mediante el cual se lo interpone y se lo fundamenta, el cual ha de cumplir con los requisitos de forma que la Ley señala, bajo pena de no ser admitido y que en consecuencia el recurso no prospere […]". Ver también, Gaceta Judicial, año CIV., serie XVII., No. 11, pág. 3486, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil: "[…] La fundamentación, es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentación, sin razonar las infracciones que debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas, con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción […]".

en el ordenamiento jurídico vigente, incluido los precedentes jurisprudenciales, por lo que, recae sobre la pura aplicación del derecho. Si el fallo viola conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay error de juicio del juzgador, por eso se denomina violación directa de la ley.

80. El vicio seleccionado por el recurrente ha sido la errónea interpretación del artículo 223 del Código Civil.

81. 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.

82. El demandado 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 223 del CC, sin que medie explicación alguna respecto a su interpretación, pues su argumentación se ha referido a la falta de existencia de uno de los requisitos necesarios para la declaración de unión de hecho, el de hallarse los convivientes libres de vínculo matrimonial, el cual se encuentra necesariamente ligado a los medios de prueba actuados para justificar la existencia de la unión de hecho, por lo que es contrario a la técnica jurídica con la que debe ser presentado el recurso extraordinario de casación.

83. De la revisión de la sentencia censurada, se ha establecido como hechos fijados-porque han sido demostrados conforme se desprende de aquella-los siguientes: i) que la accioante S. S. mantuvo una relación sentimental con quien en vida respondía a los nombres de A. E. desde el año 2011; ii) que el extinto A. E. estuvo casado hasta el 13 de enero de 2015; iii) que la señora S. S. registró su divorcio el 28 de abril de 2015); iv) que el periodo en el que se declaró la existencia de la unión de hecho, se tomó a partir de la inscripción del divorcio de la actora, por lo que ambos se encontraban libres de vínculo matrimonial.

84. Con estos hechos fijados, y al negar el tribunal Ad quem el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmó la sentencia de primer nivel, en la que se estableció como tiempo de la unión de hecho post mortem desde el 29 de abril de 2015 hasta el 29 de marzo de 2019, ya que el 30 de marzo de 2019 celebraron legalmente su matrimonio, el tribunal *ad quem* aplicó e interpretó los artículos correspondientes a la presente acción.

85. El artículo 68 de la CRE determina que:

Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

86. Y, el artículo 222 del CC establece que:

Art. 222.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes.

La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo.

87. El artículo 223 *ibídem* establece dicho lapso como de al menos dos años, así:

Art. 223.- En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta.

El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95.

88. De dichas disposiciones se extraen los parámetros a ser probados en juicio para que prospere la acción de declaración de existencia de unión de hecho: a) unión estable y monogámica entre dos personas; b) mayores de edad; c) que no tengan vínculo matrimonial; d) por el lapso de tiempo que prescriba la ley (al menos dos años).

89. Y, conforme se ha mencionado, el tribunal tuvo como probados los requisitos de que tratan las disposiciones normativas antes referidas, por lo que confirmó la sentencia de primer nivel en la que se declaró la existencia de la unión de hecho post mortem entre la actora S. S. y el causante A. E.

90. Para poder controvertir los hechos que el tribunal de segundo nivel tuvo como probados y que desembocaron en la declaración de la existencia de la unión de hecho post mortem, necesariamente se debe acusar algún yerro en que haya incurrido el tribunal de apelación respecto de la valoración 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 probatoria[34].

91. El legislador ecuatoriano entendiendo la naturaleza jurídica de cada error *in procedendo* o *in iudicand*o que puede existir en las sentencias de última instancia, ha previsto cinco causales en el artículo 268 del COGEP para corregir los diversos errores de derecho en los que puede incurrir el juzgador de apelación, con la finalidad de que, una vez que se encuentre debidamente fundamentado el recurso por la o las causales invocadas, sea resuelto por el tribunal de casación.

92. Por ejemplo, si el objetivo es acusar a la sentencia censurada de falta de motivación, se ha previsto la causal segunda, o si existe una causa de nulidad procesal, quien recurre deberá indicar la causal primera; sin que en sede de casación, el juzgador pueda corregir o cambiar la causal señalada en el recurso de casación en caso de que esta no se adecue a la argumentación desarrollada por quien impugna.

93. De tal manera que, la causal quinta no se encuentra prevista para realizar un control del análisis de los medios de prueba, ni para más consideraciones sobre los hechos fijados en la sentencia recurrida.

94. Así, los argumentos del casacionista en el sentido que no se encontraba libre de vínculo matrimonial, tienen que ver precisamente con lo que se probó durante el proceso.

95. Es decir, la inconformidad de la casacionista tiene fundamento en el ejercicio de valoración probatoria realizado por el *ad quem*, el cual nada tiene que ver con la causal quinta que ha sido alegada, debido a que no tiene relación con la violación directa de una disposición de derecho sustantivo, pues con sus argumentos lo único que busca es que se analice los medios de prueba para que este Tribunal arribe a una decisión diferente a la confirmatoria de primer nivel, lo cual, como se ha explicado en líneas anteriores, no procede cuando se recurre en virtud de la causal quinta, por lo que el cargo de errónea interpretación del artículo 223, del CC, se rechazan.

96. Si la acción planteada es la de declaración de la existencia de unión de hecho post mortem, y el juzgador considera que se ha cumplido con los requisitos jurídicos – constitucionales y legales, aquella debe ser declarada como tal, y las fechas de inicio y fin de la misma serán las que hayan sido justificadas por los medios de prueba actuados en el proceso.

97. De tal manera que, si en el presente caso, la actora pretendió que se declare la existencia de la unión de hecho desde el 10 de diciembre de 2014, pero en función de la prueba admitida y actuada se demostró que los convivientes se encontraban en aptitud para iniciarla legalmente recién el 29 de abril de 2015, el juzgador puede y debe declararla así –como en efecto hizo el *ad quem*, sin que aquello constituya una violación al principio de congruencia; razón por la cual, no se ha violado el principio dispositivo.

VI
DECISIÓN

98. 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"**, por unanimidad, resuelve:

1) Declarar improcedente el recurso de casación presentado por R. R., por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

2) En consecuencia, no casa la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2021, a las 08h50, por el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia.

3) Con el ejecutorial se dispone la devolución del expediente al tribunal de origen.

[34] 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.

Notifíquese y devuélvase.
f) DR. RITA ANNABEL BRAVO QUIJANO **JUEZA NACIONAL (e) (PONENTE)** DR. MARCO VINICIO RODRIGUEZ MONGON **CONJUEZ NACIONAL** DR. CARLOS VINICIO PAZOS MEDINA **CONJUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En la presente resolución, el tribunal de casación rechazó el cargo de errónea interpretación del artículo 223 del CC, debido a que los argumentos presentados por el casacionista se dirigen a controvertir los hechos fijados por el tribunal de segunda instancia, pues asevera que no se cumplió con el requisito de estar libre de vínculo matrimonial para poder declarar la existencia de unión de hecho, lo cual riñe con la naturaleza de la causal quinta, pues aquella se refiere únicamente a la violación directa de la ley, partiendo de la aceptación de los hechos que tiene por probados el *ad quem.* A esto se agrega, que la delimitación temporal de la unión de hecho ha sido declarada a partir de la fecha en la cual los convivientes se encontraban aptos legalmente para iniciar la convivencia, esto es, luego de la inscripción del divorcio de la actora.

II
Juicio Nro. 17204-2020-01987
Fecha: 9 de septiembre del 2024 a las 12h04
Juez Ponente: Dr. Luis Adrian Rojas Calle

TEMA

Reproducción asistida con donante: Improcedencia de la impugnación de paternidad cuando existe consentimiento previo.

SÍNTESIS

En los casos de reproducción asistida con donante, el consentimiento previo del cónyuge para la utilización de estas técnicas, impide posteriormente la impugnación de la paternidad, en atención al interés superior del niño y su derecho a la identidad. La Corte Nacional analizó un recurso de casación dentro de un proceso de impugnación de paternidad respecto de un hijo concebido mediante fecundación in vitro con esperma de donante. La Sala determinó que la sentencia impugnada incurrió en deficiencia motivacional al no considerar adecuadamente la autonomía reproductiva de los cónyuges ni el consentimiento otorgado para el uso de ténicas de reproducción asistida. Al examinar el fondo del asunto, la Corte estableció que el consentimiento previo del cónyuge para la utilización de estas técnicas impide posteriormente impugnar la paternidad, en atención al interés superior del niño y su derecho a la identidad. En consecuencia, aceptó el recurso de casación y rechazó la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada, sustanciada y una vez reinstalada el 07 de agosto del 2024, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por la señora P. E., en su calidad de madre y representante legal de la menor de edad N. N. dentro del juicio ordinario de impugnación de paternidad. 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. Los ciudadanos J. A., plantean demanda de impugnación de paternidad, en contra de la señora P. E. como madre y representante legal de su hija menor de edad N. N.

1.1. Los actores sustentan su demanda, indicando que son hijos legítimos y biológicos del señor L. J., fruto del primer matrimonio de su extinto padre.

1.2. Que el 14 de febrero del 2012 su padre contrajo nuevo matrimonio con la señora P. E., y el 14 de junio del 2017 la demandada dio a luz a la niña N. N., procediendo a inscribirla con el apellido del padre de los accionantes.

1.3. Que el 15 de abril del 2020, su padre L. J., falleció, que pocos días antes de su fallecimiento su padre tuvo conocimiento de que la niña N. N. no era su hija legítima, sino fruto de la infidelidad de su esposa, por lo cual se encontraban separados por más de 30 días, habiéndose efectuado el reconocimiento de la niña por error, acarreando la nulidad del acto.

2. Efectuada la citación, comparece la parte demandada oponiéndose a la pretensión y proponiendo excepciones previas, habiéndose aceptado por parte del juez de primer nivel la de *"error en la forma proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de acciones"* y de conformidad con el numeral 2 del artículo 295 del COGEP dispuesto que se subsane los defectos de la demanda.

2.1. Dentro del término concedido, los demandados comparecen precisando que su demanda es de impugnación de paternidad y que por tanto solicitan que se declare la inexistencia del vínculo filial entre su padre L. J. y la niña N. N., con fundamento en los artículos 233 y 233A numeral 4 del Código Civil.

3. Trabada así la litis, el Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en

la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el 3 de mayo de 2023, desecha la demanda de impugnación de paternidad.

4. De esta sentencia, los actores interponen recurso de apelación, resuelto por Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el miércoles 30 de agosto de 2023, las 10h56. Aceptando el recurso de apelación interpuesto por los accionantes y en consecuencia revocando la sentencia venida en grado, declarando que el señor L. J., no es el padre de la niña N. N.

5. De la sentencia de segunda instancia, la señora P. E. por los derechos de su hija menor de edad, interpone recurso de casación, que ha sido admitido parcialmente a trámite por la señora Conjuez Nacional competente, doctora Mónica Heredia Proaño, mediante auto de 6 de marzo de 2024, las 10h07.

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; Rita Bravo Quijano, Jueza Nacional encargada; 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 conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces 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, Rita Bravo Quijano 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. En tal razón, avocamos conocimiento de la presente causa.

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 Nº 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 cumplimento 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 irregularidades.[1]

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 pudiere 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[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].

18. Son entonces fines o funciones de la casación, los siguientes:

a) Fin nomofiláctico: relativo al control de legalidad del fallo impugnable 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 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 Constitución[4]; 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. 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

---

[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).

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]

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, comparece la defensa técnica la casacionista P. E., fundamentando el recurso en torno al caso dos del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

25.1. Denuncia falta de motivación en el fallo de apelación y por tanto la infracción del literal l), número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República y el número 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

25.2. Indica que la sentencia no enuncia las normas ni los principios jurídicos en que se funda,

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.
[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

mucho menos la pertinencia de su aplicación respecto de la narración de los hechos.

25.3. Que el caso se trata de un acto voluntario entre dos cónyuges, que decidieron una concepción in vitro con donación de semen, dentro del matrimonio y como consecuencia de ello el posterior nacimiento y reconocimiento de la niña N. N.

25.4. Que la acción demandada es de impugnación de paternidad, mientras que los jueces de apelación se habrían referido a una acción de impugnación de reconocimiento, cambiando la acción por la que se demandó, cayendo en una constante contradicción, que derivaría en una aparente motivación.

25.5. Añade la casacionista, que en el intento argumentivo, el tribunal de apelación cita jurisprudencia respecto de la identidad y vínculo biológico; pretendiendo hacer una aclaración respecto de la diferencia de la impugnación de paternidad e impugnación de reconocimiento, refiriéndose inclusive a la prueba de ADN, como si ésta sirviera para dilucidar la verdad biológica cuando tal evento nunca estuvo en discusión, ni fue materia de la Litis.

25.6. Refiere que la Corte Provincial cuestionó un documento aparejado al proceso, en torno al consentimiento del extinto cónyuge de su defendida, como si en el caso se estuviera frente a un consentimiento viciado por error, fuerza o dolo.

25.7. Considera errado el planteamiento del análisis del tribunal de segunda instancia, en cuanto a si el consentimiento para la fecundación in vitro y el uso del semen de donante constituye un vínculo biológico, toda vez que la filiación no solo nace del vínculo biológico, sino de un acto de voluntad como sucede en el presente caso. Situación que el tribunal de alzada no habría analizado.

25.8. Adiciona, que la Corte Nacional de Justicia ha señalado en sentido amplio, categórico y humano que el derecho a la identidad va más allá que el derecho a tener un nombre y un apellido, al ser un derecho personalísimo, intrínseco del ser humano, que garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, de quienes fueron sus padres, su país o su ciudad de nacimiento y el marco familiar que conformó su entorno al venir al mundo y a partir de ese conocimiento poder desarrollarse social, cultural, afectivamente y espiritualmente.

25.9. Enfatiza en que el tribunal de segunda instancia, no habría considerado el acto voluntario dentro del matrimonio de dos cónyuges que accedieron a la fecundación in vitro, habiendo presentado los actores la acción de impugnación una vez que fallecido el causante, quien consintió en dicho procedimiento. Bajo estos planteamientos solicita que se acepte el recurso de casación.

26. La contraparte J. A., en su calidad de actores, a través de su defensor, refutaron la impugnación casacional descrita, indicando:

26.1. Que contrario a lo señalado por la recurrente en casación, la sala de apelación no resolvió sobre el reconocimiento de la paternidad, sino acerca de la impugnación de paternidad, que fue la demanda con la que se terminó trabando la litis, ante el hecho no controvertido, de que la menor no es hija biológica del padre de los demandados, con fundamento en los artículos 233 y 233 A, del Código Civil.

26.2. Que en esa línea, la sala de apelación recogió los hechos y efectuó la fundamentación de su resolución, verificando si en efecto el padre de las actoras dio su consentimiento para la fecundación in vitro. Considera que el Tribunal hace un análisis correcto, al existir un documento pericial evacuado en legal y debida forma que establece que la firma que consta en la autorización para el consentimiento de la fecundación in vitro, con semen de un donante no era del causante. Habiendo determinado por tal, el tribunal de apelación, que la menor no es hija biológica del padre de los actores y que en efecto, no dio la autorización para hacer la fecundación con el semen de un donante. Añade que no existe por tanto un documento que acredita el consentimiento del padre.

26.3. Concluye señalando que el recurso planteado se fundamenta en la inconformidad de la demandada, al no existir falta de motivación en la sentencia impugnada, por lo que solicita que se rechace el recurso de casación indebidamente propuesto, declarando la improcedencia del mismo y condenando al pago correspondiente de costas.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 25 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 30 de agosto del 2023, las 10h59; cumple con la argumentación normativa y fáctica suficiente?

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 democrática*[7].

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.

VII.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 incompatibles entre sí, en la parte resolutiva 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,

[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.

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 la casacionista.

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 controvertida[8].

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) apariencia[10].

40. Dicho esto y en razón de la denuncia de la recurrente, con respecto a que la sentencia impugnada adolecería de insuficiencia normativa y fáctica, toda vez que en ella existirían una serie de contradicciones en torno al asunto de la demanda y en suma se habría desviado el análisis correspondiente a los presupuestos fácticos del caso, en lo atinente al consentimiento del causante para la concepción por fecundación in vitro de la menor cuya filiación se discute. Corresponde entonces, el análisis de la sentencia impugnada, bajo la denuncia de falta de motivación presentada.

41. La sentencia en análisis, emitida por el tribunal provincial de Pichincha (fs. 51-56 del cuaderno de segunda instancia), luego de identificar el tribunal que emite la decisión, individualizar a las partes procesales, enunciar los hechos de la demanda y su contestación; y, establecer la validez de la causa. Con respecto al recurso de apelación propuesto por la parte actora, cita los medios de prueba aportados por las partes procesales y a renglón seguido sobre la procedencia del recurso de apelación argumenta en la parte pertinente del considerando "6.1", la legitimidad de los actores para proponer la actual demanda de impugnación de paternidad; a continuación en el apartado "6.2", el tribunal ad quem refiriéndose al objeto del juicio de impugnación de paternidad, cita el fallo de triple reiteración de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emitido en resolución Nº. 05-2014 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014, que su punto 4.4, respecto al análisis de uno de los casos que sirvieron para delinear el precedente jurisprudencial señalado, esta Sala en el caso en particular precisó:

La práctica del examen de ADN, como prueba que permite establecer la filiación o parentesco, es prueba idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad, no así en los juicios de impugnación de reconocimiento, que solo prosperan cuando el reconociente demuestra ya no la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido, sino que el acto del reconocimiento, acto jurídico propio, es el resultado de la concurrencia de vicios de consentimiento o ilicitud de objeto...[Sic]

42. Contenido a partir del cual, el tribunal de apelación en el apartado 6.4 determina el problema jurídico objeto de resolución bajos los siguientes términos: (…) de lo anterior resulta que, el juzgador deberá dilucidar la existencia de un vínculo biológico entre padre e hijo para aceptar o rechazar la demanda,

[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

en el caso particular la autoridad Judicial también deberá tomar en consideración que se cumplan las circunstancias previstas en los Art. 233 y 233A numeral 4 del Código Civil que han sido citadas anteriormente.- **6.3.-** Los actores del presente caso, en su acto de proposición manifiestan que la niña **N. N.** no es hija biológica de su padre fallecido el señor **L. J.** Por su parte la demandada ha ratificado este hecho, por cuanto en su contestación a la demanda que obra de Fs. 102 vta. manifiesta principalmente que: "(...) No consideran la voluntad de su padre, ni de los diferentes instrumentos que acreditan de forma clara, categórica y voluntaria los consentimientos para la fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso del donante previamente elegido por el paciente que era mi cónyuge.(...)". **6.4.-** En virtud de lo alegado por los sujetos procesales, el Tribunal a efectos de resolver el problema jurídico presentado dentro de la presente causa, se formula la siguiente interrogante: ¿El consentimiento que emite uno de los cónyuges para que el otro se efectúe una fecundación in vitro con semen de un donante, genera un vínculo biológico entre el niño o niña y el cónyuge que autoriza?.[Sic]

43. De lo anterior, queda claro que el ad quem erige su desarrollo argumentativo a partir del contenido del precedente jurisprudencial señalado y los artículos 233 y 233A que regulan la presunción de paternidad de los hijos habidos dentro del matrimonio o en unión de hecho así reconocida; así como la legitimación de quienes impugnan la paternidad.

44. La Sala de segunda instancia plantea la cuestión puesta a su conocimiento, bajo las reglas de procedencia del juicio de impugnación de paternidad, señalando que se ha de dilucidar sobre la existencia de vínculo biológico entre padre e hija. Sin embargo, más adelante puntualiza que en el caso tanto los actores como la demandada coinciden en que la menor N.N., no es hija biológica de su fallecido padre el señor L. J., al haber sido concebida mediante fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso de semen de donante.

45. Lo que significa que la línea análisis que hasta ese momento había trazado la Sala de segunda instancia, varió en su totalidad, al no estar en discusión la filiación biológica de la niña N. N., el conflicto quedó limitado al desvanecimiento o no de la presunción de paternidad de la menor que se refuta hija del cónyuge de la demandada, sin perjuicio de su forma de concepción por el hecho del matrimonio. Debiendo encaminarse el análisis entonces, a la existencia y en todo caso la validez del consentimiento del occiso L.J., en la fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso semen de donante.

46. No obstante, el tribunal de segundo nivel, con propósito de resolver el entuerto, plantea como problema jurídico a resolver: *¿El consentimiento que emite uno de los cónyuges para que el otro se efectué una fecundación in vitro con semen de un donante, genera un vínculo biológico entre el niño o niña y el cónyuge que autoriza?* Dicho cuestionamiento resuelta descabellado y a todas luces ilógico, ninguno de los razonamientos esbozados por la sala de apelación hasta el planteamiento de la interrogante dan lugar a semejante cuestionamiento, habiendo dejado sentado el mismo tribunal en un primer momento que no existe vínculo biológico entre la menor N. N. y el señor L.J. ¿De qué manera se justicia entonces, que se examine el caso desde un parentesco biológico obviamente inexistente?; es más, ¿Cuál era el fin de seguir discutiendo sobre aquello?

47. Y lo que es peor, al resolver el problema jurídico planteado la sala de apelación realiza una serie de inferencias incompatibles con lo propuesto como objeto de análisis y en definitiva contradictorias entre sí; al considerar:

a) El Tecnólogo Criminalístico Christian Chancusig Toapanta realiza una pericia respecto de dos documentos denominados "Consentimiento para fecundación In Vitro y transferencia de embriones con uso de semen de donante" y "Autorización para el uso de Banco de Semen", lo cual sumado a las aseveraciones de las partes litigantes durante todo el proceso, no deja duda alguna para este Tribunal que el origen de la fecundación de la niña N. N. surge de un procedimiento médico de fecundación In Vitro. b) El vínculo biológico entre padres e hijos surge de la existencia de los mismos patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) entre progenitor e hijo, lo cual no se sustituye por un consentimiento, esto quiere decir que la autorización del progenitor no modifica las bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico del niño o niña. c) En virtud del hecho no controvertido de la fecundación In Vitro con semen de un donante, que provocó el nacimiento de la niña N. N., y que cualquier autorización emitida por el señor **L. J.** para dicho procedimiento no modifica los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico, se excluye por tanto, la existencia de un vínculo biológico entre el señor L.J. y la niña N. N., más aún cuando esta afirmación ha sido aceptada por la parte demandada conforme lo analizado en líneas precedentes y, que de conformidad a lo determinado en el Art.

163 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos constituye un hecho que no requiere ser probado. Inclusive es necesario señalar en este punto que, acorde a la prueba evacuada, no se tiene la certeza de que el señor L.J. haya autorizado la utilización del banco de Sémen en el procedimiento In Vitro, es decir la utilización del semen de otra persona distinta a él, tal es así que a Fs. 318 del proceso consta las conclusiones del peritaje grafológico a saber "(...) QUE LA FIRMA DUBITADA No. 2, ATRIBUIDA AL SEÑOR L.J. OBRANTE EN EL REVERSO DEL DOCUMENTO (AUTORIZACION PARA EL USO DE BANCO DE SEMEN) MISMO QUE REPOSA EN EL CENTRO ECUATORIANO DE REPRODUCCION HUMANA DE LA CIUDAD DE QUITO, ANALIZADO; PRESENTA CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS Y MORFOLÓGICAS DISIMILES; CON LAS FIRMAS INDUBITADAS Y TESTIGOS DE LAS TARJETAS INDICE PROPORCIONADAS POR EL REGISTRO CIVIL DE LA CIUDAD DE QUITO A NOMBRE DE L.J. C.C. XX; **ES DECIR PROVIENE DE DIFERENTE AUTORÍA GRÁFICA.**(...)". (Lo Subrayado fuera de texto nos pertenece). Así mismo el documento "Consentimiento para Fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso de semen donante" del Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana textualmente instruye que "… El presente Consentimiento deberá estar firmado por los pacientes en **TODAS sus hojas y por ambas caras…"** lo cual no sucede en la especie, por lo que, este Tribunal tampoco encuentra certeza en que haya existido la plena autorización del señor **L.J.- 6.5.-** En esta línea de argumentación, resulta importante dejar en claro que los hijos nacidos dentro del matrimonio como es el caso particular, transcurridos por lo menos los 180 días que establece el art. 233 del Código Civil (Sustituido por el Art. 26 de la Ley s/n. R.O. 526-2S-19-VI-2015), gozan de la presunción de paternidad, esto es, que se les considere como hijos del marido de la madre, por lo tanto, siendo esta una presunción legal, que al tenor del art. 32 ibídem permite desvanecerla, tal como ha sucedido en el presente caso, con el hecho no controvertido de que la niña N. N. fue producto de un procedimiento de fecundación in vitro con semen de un donante.[Sic]

48. Lo citado, evidencia una vez más, que la sentencia impugnada se compone de premisas que se anulan, al ser discordantes con la propuesta fáctica inicial, concordante en el hecho de la ausencia de vínculo consanguíneo entre la menor y su padre, de manera que en el caso por la forma en que se concibió a la menor N. N., el análisis de la demanda de impugnación de paternidad necesariamente debía abordarse desde la autonomía reproductiva de los cónyuges y padres de la menor, derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 66 numeral 10 de la Constitución de la República, que implica que las personas podamos decidir acerca de la posibilidad de procrear o no; y por tanto la forma y con qué frecuencia.

49. En razón de lo dicho, se determina que la sentencia recurrida incumple con el criterio rector de la motivación en lo que atañe a una argumentación fáctica suficiente, toda vez que el aporte que efectúa con respecto a las razones que justifican la decisión es manifiestamente contradictorio, lo que lleva a concluir a este tribunal de casación, que la sentencia adolece de deficiencia motivacional por el tipo de apariencia motivacional, en el vicio de incoherencia lógica.

50. Existe aparente motivación en la sentencia, por cuanto a primera vista entrega argumentación fáctica y jurídica si se quiere suficiente, pero en el fondo, sus premisas se contraponen entre sí; y, en suma la conclusión a la que arriba el tribunal ad quem, no se concatena con las premisas eslabonadas a lo largo del fallo. Y aun si dejáramos de lado el conjunto de enunciados contradictorios indicados ut supra, no quedan razones que coadyuven a una argumentación jurídica suficiente. El tribunal de apelación a la hora de analizar la existencia del consentimiento del causante en la fecundación in vitro con semen de donante, lejos de efectuar un análisis sesudo al respecto, afirma por un lado que no existe certeza de que el señor L.J. haya autorizado la utilización del banco de semen en el procedimiento in vitro; y, por otra parte con respecto al *"Consentimiento para Fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso de semen donante"* que no se tiene certeza de que haya existido la plena autorización del occiso señor L.J. A decir del tribunal ad quem entonces, el consentimiento en la fecundación in vitro con uso de semen de donante existió pero no fue pleno y ante aquella duda decide revocar la paternidad de la menor, como si su derecho de filiación legalmente adquirido, pudiera desvanecerse por la mera falta de certeza.

51. La Corte Constitucional ha explicado que una decisión decae en vicio motivacional de incoherencia decisional cuando existe inconsistencia entre: *"la conclusión final de la argumentación y la decisión"*, es decir, *"cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida"*. A su vez, existe

incoherencia lógica en la sentencia, cuando existe contradicción entre *"los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones-"*, cuando *"un enunciado afirma lo que otro niega"* [11]; tal como sucede en el caso, conforme a quedado determinado.

52. En razón de lo dicho, este tribunal de casación concluye que la sentencia efectivamente adolece de deficiencia motivacional, por lo que encuentra mérito para CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y en los términos del artículo del 273.3 del COGEP en concordancia con los artículo 4, 5 y 6[12] de la Resolución 07-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de febrero del 2017, pasa a dictar sentencia motivada, según corresponda a los recaudos procesales.

VIII. SENTENCIA DE MÉRITO

53. Tal como ha quedado determinado en los antecedentes de esta decisión, los actores plantean demanda de impugnación de paternidad en contra de la menor N. N. debidamente representada por su madre.

54. Las partes coinciden en que la menor fue concebida mediante fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso de semen de donante, por lo que no es hija biológica de su padre el occiso L.J.

55. En este punto, es importante señalar que al haber sido concebida la menor dentro del matrimonio de los señores L.J. y P. E., se reputa legalmente hija de los dos.

56. Previo al análisis de rigor, resulta importante precisar que en función del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previsto en los artículos 44 de la Constitución de la Republica, 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 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 su efectiva protección y goce.

57. Así, 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 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 legislación[13].

58. Dicho esto, el artículo 24 del Código Civil señala:

> *"Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) 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; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos,*

---

[11] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 74.

[12] Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Resolución 07-2017:

> **Artículo 4.-** Casada la sentencia en aplicación del numeral 3 del artículo 273 del COGEP, los jueces y juezas del Tribunal de la Sala Especializada de Casación correspondiente, verificada la ocurrencia del vicio, dictarán una nueva sentencia "en mérito de los autos" corrigiendo el error de derecho y reemplazando los fundamentos jurídicos errados por los adecuados, según corresponda.
>
> **Artículo 5.-** Casada la sentencia por falta de motivación, el Tribunal de la Sala Especializada de Casación dictará sentencia debidamente motivada.
>
> **Artículo 6.-** Para efectos de la presente resolución se entenderá que la interpretación legal correcta de la expresión técnica "en mérito de los autos" abarca el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de la prueba.

[13] Resolución No. 05-2014 Pleno de la Corte Nacional de Justicia (Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014)

en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre."

59. Se entiende por filiación en sentido genérico a aquel lazo: *"…que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y la filiación, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos."* [14]

60. Por lo tanto, la filiación alude a la procedencia de los hijos respecto a sus progenitores y a la relación existente entre ellos, caracterizada por una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí, como son: el derecho al nombre, a conocer a sus progenitores y descendencia, de alimentos, sucesorios, entre otros.

61. Se la considera como una relación jurídica recíproca entre los progenitores legalmente establecidos o dígase reconocidos y por otro los hijos –relación jurídica– que representa el origen de una serie de derechos y obligaciones exigibles entre progenitores e hijos. Al sustentarse en el vínculo de la generación, origina un estado, determinante de la posición que la individualidad humana ocupa en la familia como hijo, derivándose en prerrogativas y responsabilidades. De esta relación filial se ocasiona entre otros aspectos el parentesco, la patria potestad y a partir de ella, se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los grupos humanos dentro de la sociedad.

62. La filiación puede ser por naturaleza, identificada como aquella que posee una base biológica, cuyo criterio legal fundamental para establecerla es la fijación del hecho biológico de la generación, dándose un reconocimiento legal en las más frecuentes relaciones familiares dentro de las cuales el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Esta clase de filiación, es de la que habla el artículo 24 del Código Civil, la cual puede ser marital y extramarital, iguales en efectos y distintas por su origen en una unidad familiar o fuera de ella.

63. La filiación extramarital tiene igualdad de derechos con la marital, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. Las únicas diferencias entre estas filiaciones, están en las formas de reconocimiento o determinación legal de éstas. Así por ejemplo la marital se sitúa en el artículo 24 letra a, del Código Civil, por haberse concebido al hijo dentro del matrimonio verdadero, asimilándose a éste el matrimonio aparente o putativo de los progenitores, como también a la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente; situaciones en las cuales, la ley presume esa paternidad o maternidad de manera automática. La extra marital se revela en el artículo 24 letra b, del Código Civil, por el hecho de reconocerse al hijo voluntariamente por el padre o la madre o por ambos, al no existir matrimonio entre ellos. De manera general, se asimila también el supuesto de la letra c, del artículo 24 del Código Civil, cuando ha sido necesaria la intervención judicial para que se declare hijo de determinados padre o madre. Pudiendo establecerse también filiación por efecto de la adopción, establecida en el artículo 314 y siguientes del Código Civil. En el caso in examine se está ante una presunción de paternidad de la menor N. N. con respecto al señor L.J., y en el mismo no se discute acerca de la verdad biológica de la menor puesto que su filiación con respecto a su padre es de carácter legal.

64. Esta Sala especializada, ha sido enfática en señalar que la filiación hace parte del derecho a la identidad personal, que como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República, permite la designación de las personas con nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; así como la conservación y desarrollo se sus características materiales e inmateriales de la identidad, como son la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. Así, la identidad personal, en la arista de conservación de la verdad biológica y procedencia familiar, va más allá del vínculo jurídico que otorga la filiación por su reconocimiento legal; dado que 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, aun cuando los padres se

[14] Varsi R, Enrique. Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la Teoría de la filiación biológica. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima. 1999. P.31.

encuentren separados de sus hijos, sin perjuicio de los antecedentes o calidad de la filiación[15].

65. Por tanto, 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, 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. De manera general, la identidad filiatoria, 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 adoptados, los habidos mediante procedimientos de reproducción asistida por así haberlo decidido sus padres, o los hijos reconocidos voluntariamente aun conociendo que no lo son o mediando errores en el consentimiento del reconociente.

66. En el caso, lo que interesa es la identidad filiatoria legal de la menor, sin perjuicio del origen de su concepción, cuyo vínculo con su padre, más allá de la certeza de su verdad biológica, debe ser protegido, de conformidad con del artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 67 de la Constitución de la República. Por lo que no es factible recurrir a la prueba científica de ADN, sabiendo que en definitiva la menor, no comparte herencia genética con su padre por lo que no resulta aplicable al caso la situación determinada en el artículo 233 del Código Civil para impugnar dicha paternidad.

67. La acción de impugnación de paternidad, está orientada a enervar la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho, de conformidad con el 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. En el tema que nos ocupa, la determinación de filiación de hija concebida dentro de un matrimonio, legalmente reconocido, operando por tanto a su favor la presunción legal de paternidad, establecida en las normas antes indicadas. No obstante y como hemos manifestado a lo largo de esta resolución, el tema medular de discusión no es la verdad biológica, por lo que el caso en particular tampoco es aplicable el precedente jurisprudencial de la Resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, ni aplicables las reglas generales del juicio de impugnación de paternidad, no siendo eficaz al propósito de enervar la paternidad de la menor, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), al tratarse el caso -repetimos- de un filiación que surge a partir de procreación asistida.

68. Al respecto, pese a que la Constitución ecuatoriana reconoce a la familia en sus diversos tipos, así como el derecho de las personas a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su vida reproductiva; sigue sin desarrollarse leyes específicas que regulen las implicaciones civiles y familiares de la reproducción asistida y que surgen a partir de tratamientos de fecundación in vitro, inseminación artificial y otros; así como la disposición de bancos de semen y óvulos.

69. Técnicas de reproducción humana que hoy en día existen, cuyo uso genera una serie de consecuencias jurídicas, como la del caso nos ocupa, que sin duda han de ser legisladas para ser reguladas formalmente. Sin embargo de dicha falta, este tribunal echando mano del principio dikelógico de la casación, en nuestro rol de jueces garantistas y dada la progresividad de los derechos y garantías, se ve evocado a recurrir al derecho supranacional y al derecho comparado, con objeto de entregar una resolución justa de la situación puesta en nuestro conocimiento.

70. Así, la Corte Suprema de Colombia, en un caso similar señaló:

> (…) lo que resulta irrefutable en el área de la «reproducción asistida» es la trascendencia del «consentimiento informado» en las repercusiones que se derivan de acudir a técnicas científicas para cristalizar el sueño de prolongar la especie humana… Atendiendo las diferencias que puedan darse entre las variadas manifestaciones de familia y no existiendo razones para discriminar a las personas que de forma voluntaria optan por acudir a técnicas científicas de asistencia reproductiva para ampliar el círculo familiar acudiendo a

[15] Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia. Sentencia de Juicio No. 14304-2018-00997.

donantes de material genético, eso posibilita el surgimiento de los nexos filiatorios derivados del consentimiento sin que sea necesario hacer extensivos los alcances de preceptos concebidos netamente para la «filiación biológica.[16]

71. Dicho esto, lo que corresponde a este tribunal, es la determinación del consentimiento del señor L.J. en la fecundación in vitro con transferencia de embriones y uso de semen de donante, producto de cuyo procedimiento nació la menor N. N. Examinados los recaudos procesales, se establece como hechos ciertos a más de los discernidos hasta ahora, los siguientes:

a) Que los cónyuges P. E. y L.J. asistieron al Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, por primera vez con fecha 4 de febrero del 2016. Y que después de realizar los exámenes respectivos se llegó a la conclusión que la pareja necesitaba de una fecundación in vitro para lograr un embarazo. Y conforme se hace constar en certificación de dicha entidad: *"El día 26 de septiembre del 2016 el paciente L.J. elige de forma voluntaria un donante de semen para su tratamiento de fecundación in vitro. El paciente firma una autorización para dicho procedimiento y acepta las implicaciones sobre el uso de un donante de semen. El día 3 de octubre del 2016 se realiza la fecundación in vitro con uso del donante previamente elegido por los paciente, y se transfieren 2 embriones. La prueba de embarazo salió positiva el día 13 de octubre del 2016. El embarazo cursa de forma normal sin complicaciones importantes y el día 14 de junio del 2017 se atiende el parto de un producto femenino sin complicaciones."*

b) En cuanto al consentimiento para la fecundación in vitro y transferencia de embriones con uso de semen de donante, emitido por el centro ecuatoriano de reproducción humana y las copias certificadas de la autorización para el uso de semen, los cuales han sido objeto de un análisis pericial grafológico cuyo perito tecnólogo en criminalística, perito en grafología Christian Javier Chancusig Toapanta, nombrado mediante el sorteo de rigor, ha concluido que: *"5.1.- LA FIRMA DUBITADA NO. 1, ATRIBUIDA AL SEÑOR L.J. OBRANTE EN EL REVERSO DE HOJA 3 DEL DOCUMENTO (CONSENTIMIENTO PARA FECUNDACIÓN IN VITRO Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES CON USO DE SEMEN DE DONANTE) QUE REPOSA EN EL CENTRO ECUATORIANO DE REPRODUCCIÓN HUMANA DE LA CIUDAD DE QUITO, ANALIZADO; PRESENTA CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS Y MORFOLÓGICAS IGUALES; CON LAS FIRMAS INDUBITADAS Y TESTIGOS DE LAS TARJETAS INDICE PROPORCIONADASPOR EL REGISTRO CIVIL DE LA CIUDAD DE QUITO A NOMBRE DE L.J. C.C. XX; ES DECIR PROVIENE DE UNA MISMA AUTORÍA GRÁFICA. QUE LA FIRMA DUBITADA NO. 2, ATRIBUIDA AL SEÑOR PL.J. OBRANTE EN EL REVERSO DEL DOCUMENTO (AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE BANCO DE SEMEN) MISMO QUE REPOSA EN EL CENTRO ECUATORIANO DE REPRODUCCIÓN HUMANA DE LA CIUDAD DE QUITO, ANALIZADO; PRESENTA CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS Y MORFOLÓGICAS DISIMILES; CON LAS FIRMAS INDUBITADAS Y TESTIGOS DE LAS TARJETAS INDICE PROPORCIONADAS POR EL REGISTRO CIVIL DE LA CIUDAD DE QUITO A NOMBRE DE L.J. C.C. XX; ES DECIR PROVIENE DE DIFERENTE AUTORÍA GRÁFICA. (…)"*

c) Sin embargo al sustentar su informe el perito ha aceptado que se cometieron algunos errores de escritura, manifestando además que la edad y/o salud de una persona si influye en los rasgos de la firma, dejando la posibilidad de que las firmas podrían haber sufrido variaciones por el estado en el que se hubiere encontrado quien las realizó.

d) De los certificados de la XX, (fs. 66) y certificado emitido por el Hospital XX, (fs. 61), así como del certificado emitido por el Dr. R. P. Endocrinólogo Diabetólogo, se establece el cuadro clínico del causante, cuya salud se encontraba deteriorada.

e) Del testimonio rendido por la parte demandada señora P. E., se desprende que contrajo matrimonio con el señor L.J. el XX, que se encontraba casada cuando se embarazó; que la inseminación In Vitro se realizó en el Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, en el mes de febrero del 2016, que el 27 de febrero del 2016 firmaron los contratos y que el 3 de octubre del mismo año le colocaron los embriones. Que los documentos a

[16] Corte Suprema de Colombia, caso SC009-2024; Radicación n° 08001-31-10-002-2019-00294-01

ser firmados les fueron entregados por la señora Diana Delgado y que los firmaron en unidad de acto el mismo día entre ella y su cónyuge en la oficina; que firmaron la autorización de compra de esperma, que el médico que practicó el tratamiento fue el Dr. P. V.; que tuvieron cerca de 5 años de tratamiento, que al final al realizar el espermatograma se verificó que el esperma de su cónyuge era de mala calidad, que lo exámenes se los realizó en la Clínica. Que cuando su cónyuge falleció, ellos se encontraban separados por aproximadamente 10 días, debido a que era objeto de malos tratos por parte de su cónyuge., AL CONTRAINTERROGATORIO, indica que: los documentos que firmaron con su cónyuge, lo hicieron después de leerlos y tener una entrevista de 2 horas, en la cual les informaron que iban a utilizar semen de un donante; que la asesoría les impartió la señora Diana Delgado frente a quien firmaron los documentos, que debido a la enfermedades que padecía su esposo, tenía problemas en la utilización de sus miembros; que su cónyuge se había puesto muy feliz al enterarse que había funcionado la fecundación.

f) La testigo señora M. O. ha indicado que conoció al señor L. J., porque trabajó a su servicio cuando él estaba separado; que el señor le había manifestado que su cónyuge era una tal y cual, que le había traicionado con un policía, que se había ido de la casa llevándose hasta el perro, que el señor lloraba por todo lo que le estaba sucediendo; indica que conoció a la señora cuando se reconciliaron, sin precisar fechas, que como ya había llegado la señora, ella había renunciado después de 8 días. Que se mantenía en contacto con el señor, que habló con él, el 19 de marzo del 2020, donde le comentó que la tal y cual le ha vuelto a engañar, que le ha falsificado la firma para tener un hijo. Que conoció que el señor tenía diabetes, sin embargo esto no le provocaba problemas en su movilidad.- AL CONTRAINTERROGATORIO dice, que trabajó con el señor durante un año dos meses, que sabía que tenía una relación, pero desconocía el tiempo. Que el señor bebía cuando iban los amigos del espectáculo, que a ella no le ha comentado que había acudido al Centro de Reproducción Humana. Que ella no ha presenciado el nacimiento de la niña, así como tampoco ha visto foto alguna.- Declaración de la cual se desprende que la testigo no conocía que los conyugues se encontraban realizando los trámites correspondientes para concebir un hijo, sin embargo a conocido a la niña, escuchando al padre que no era su hija pues supuestamente lo ha engañado con un policía.

g) Del testimonio de la señora M. G., indica que conoció al señor L. J. hace unos 7 años a través de la señora Alexandra, que lo frecuentaba y que la última vez que se ha contactado con él ha sido en el mes de noviembre o diciembre del 2019; que no le había comentado lo de la fertilización, que tampoco conocía que tenía alguna enfermedad o limitación física. Que el señor casi no hablaba de su pareja. Al contrainterrogatorio ha indicado que, era amiga del señor L.J., que lo veía dos o tres veces por semana, que a su casa fue unas dos o tres veces, que no conoció a la señora P.- Al no conocer los hechos de cómo se produjo el embarazo y posterior parto, desde luego las declaraciones de las dos testigos no dan mayor aporte, toda vez que como ellas mismo han mencionado, el señor decía que no era su hija, sin embargo ellas consideraban que era por cuanto existió engaño con otro hombre por parte de la madre de la niña.

h) De los testimonios rendidos por lo señores M. A. y J. U., se desprende que conocían de manera cercana al señor L. J. y a su cónyuge la señora P. E., que conocían la relación que los señores mantenían, que deseaban tener un hijo, sin embargo el señor L. J. no gozaba de una salud ideal para concebirlo, por lo cual acudieron en busca de ayuda profesional, lugar donde les hicieron firmar los contratos necesarios para que se proceda a realizar la fecundación In Vitro. Siendo sus testimonios claros y concordantes al respecto, que conocieron los hechos de fuente propia, pues existía una amistad íntima con el señor L. J. y su cónyuge.

i) También por parte de la demandada, se han receptado los testimonios del Dr. P. V., quien ha indicado que, trabaja en el Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, que conoció al señor L.J. en el mes de octubre del 2016, en circunstancias en que acudió con la señora P. E., para realizar una consulta sobre reproducción asistida; que al realizar los exámenes correspondientes, se diagnosticó una mala calidad del semen del señor L. J., razón por la cual luego de los análisis y asesoramiento pertinente, los cónyuges decidieron que se utilicen las muestras de un donante; dice que los donantes se manejan a través de un código, que no se muestran fotografías por el protocolo de anonimato de los

donantes, sin embargo en la carpeta, constan las características del donante. Que para realizar el procedimiento de fecundación In Vitro, la clínica utiliza protocolos como, consentimientos informados, explicación clara a los pacientes de la forma como se procede. Que en el caso de los cónyuges, luego de las explicaciones (protocolos) firmaron los consentimientos para la Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones con uso de semen de donante y la Autorización para el uso de Banco de semen. AL CONTRAINTERROGATORIO, contesta que se encuentra a cargo de la clínica por más de 15 años, que en la clínica existen 4 Ginecólogos, 3 Biólogos y 7 enfermeras; indica que no conoce que fue exactamente el médico que realizó la inseminación, al ser preguntado si conoce al señor L. J. indica que si lo conoce, indicando que es un señor alto, robusto, de edad. Indica que el reporte original del procedimiento se entrega al paciente, en la clínica quedan copias; así mismo indica que pueden ser sacados de la Clínica y llevados a otro lugar con el objeto de que los peticionarios lo firmen; que si la paciente a quien se le va a realizar la inseminación se encuentra casada, es necesario que exista el consentimiento del esposo, el cual debe hacerlo por escrito; indica que le consta que el señor L. J., del backup de donantes, eligió el que deseaba para que sea fecundado, esto juntamente con su cónyuge.

j) La testigo señora D. I., indica que, es Jefe de laboratorio de fertilización In Vitro del Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, que se encuentra a cargo del banco de semen; dice que conoció al señor L. J., cuando acudió en compañía de su mujer en busca de asesoría sobre el banco de semen; que se les explicó el proceso de elección de donantes, uso del banco de semen, sugiriéndole opciones, dice que como anécdota recuerda que el señor L. J. había indicado que el semen del donante debe ser de alguien tan guapo como él. Indica que el proceso de donación de semen es anónimo y altruista, pues al donante se le garantiza el anonimato, que los bancos de semen son confidenciales y anónimos. Manifiesta que, los documentos del consentimiento deben ser firmados para cada tratamiento, que estos documentos pueden llenárselos fuera de la clínica; indica que cuando acuden al asesoramiento se les hace firmar el consentimiento. AL CONTRAINTERROGATORIO dice, que necesariamente toda paciente que es casada, necesita el consentimiento del cónyuge para realizarse el tratamiento de fecundación In Vitro.

k) La testigo K. E., ha indicado que, conoce al señor L.J. por el lapso de unos 15 años, que trabajó en la casa del señor como empleada doméstica desde el mes de agosto del 2016 hasta el mes de agosto del 2017, que entraba al trabajo a las 8h00 y salía a las 16h00; que cuando fue el baby shower para N.N. fue la única vez en la que se quedó más tarde; que conoció que el tratamiento de inseminación fue muy largo; que ella alguna vez acompaño a los cónyuges al Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana; indica que cuando nació la niña, el señor L. J. la llamó a las tres de la mañana a comentarle que ya ha nacido su hija. Dice que el señor era muy alegre, le encantaba hacer bromas y que en una ocasión en sus bromas había manifestado ¿de quién será la niña?, que ese tipo de bromas hacia refiriéndose a todos los niños; que conocía que el señor padecía diabetes y bebía bastante. ALCONTRAINTERROGATORIO dice, que el Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, queda ubicado por la Carolina, en un edificio marrón o verde; que ella si los acompañó pero no puede aseverar que le señor haya firmado algún documento, pues ella no ha entrado al centro; indica que ella había visto que el señor solía temblar para firmar y para utilizar el teléfono. De todo lo cual se puede evidenciar que, existió el consentimiento por parte de los dos cónyuges en la forma de concepción de la menor.

72. En suma, de los recaudos procesales, se establece con certeza que existió la voluntad y el consentimiento del señor L. J. en el procedimiento de fecundación in vitro con semen de donante, sin perjuicio de sus problemas de salud, se sometió de manera voluntaria junto con su cónyuge a dicho tratamiento, conscientes de su imposibilidad para procrear por medios naturales. Por lo que bajo ningún razonamiento se puede desconocer el consentimiento prestado por el causante, quien en su momento asumió la responsabilidad en la procreación de su hija, con los derechos y obligaciones parento- filiales que aquello implica, en conjunto con su cónyuge P. E.; quienes en ejercicio de su libertad reproductiva decidieron su forma de hacer familia.

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. Aceptar el recurso de casación planteado por la señora P. E. en su condición de madre y representante legal de la menor N. N.

2. En tal virtud, **SE CASA** la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de miércoles 30 de agosto de 2023, las 10h56.

3. Se **RECHAZA** la demanda planteada por los ciudadanos J. A. en contra de la señora P. E. en su calidad de madre y representante legal de su hija menor de edad N. N.

4. De conformidad con el artículo 6 de la Resolución 042023 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por presumirse negligencia manifiesta por parte de los jueces de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que conocieron y resolvieron en segunda asistencia la presente causa, los doctores Luis Lenin López Guzmán (Ponente), Ana Teresa Intriago Ceballos y Fausto René Chávez Chávez; se dispone que, en el término de diez días, desde la notificación de esta sentencia, presenten informe motivado de sus actuaciones u omisiones en la presente causa. Para cumplir lo dispuesto, por secretaría, notifíquese con lo resuelto a los prenombrados Jueces.

5. Con el contenido de esta resolución, se dispone que por secretaría de la Sala se oficie a la Asamblea Nacional, a fin de que adopte los procesos necesarios para la regulación de la filiación de los hijos concebidos mediante reproducción asistida.

6. Notifíquese y devuélvase.

f) DR. ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (e)** DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (e)** DRA. RITA BRAVO QUIJANO **JUEZA NACIONAL (e)**

Resumen de fácil comprensión

El tribunal de casación, aceptó el recurso planteado por déficit motivacional, procediendo a emitir la sentencia de mérito de conformidad con los recaudos procesales. Estableciendo el tribunal de casación, que en los procesos de impugnación de paternidad de hijos habidos mediante fecundación in vitro con donante de semen, no hace prueba el examen de ADN, por no estar en discusión la procedencia biológica, debiendo demostrarse en estos casos que existió consentimiento no viciado del padre o madre, para el procedimiento de reproducción asistida.

III

Juicio Nro. 01658-2022-00240
Fecha: 18 de octubre de 2024 a las 16h45
Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

TEMA

Declaratoria de paternidad post mortem: Valor probatorio del examen de ADN y derecho a la identidad.

SÍNTESIS

En los procesos de investigación de paternidad, el examen de ADN constituye un medio probatorio idóneo y determinante para acreditar la filiación biológica, en atención al derecho a la identidad de las personas. La Corte Nacional analizó un recurso de casación dentro de un proceso de declaratoria de paternidad post mortem. La Sala determinó que el examen pericial de ADN practicado en el proceso arrojó una coincidencia genética evidente, lo que acreditó la filiación biológica del demandante. La Corte señaló que la investigación de la paternidad se encuentra estrechamente vinculada al derecho constitucional a la identidad; y, que el examen de ADN constituye un medio probatorio legal, conducente y determinante para establecer la filiación. Al constatar que el recurrente intentó desvirtuar dicho examen sin fundamento técnico. La Sala rechazó el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por P. R., demandada, 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 J. J., demanda la declaración judicial de la paternidad post mortem, a XX, en calidad de herederos conocidos del señor V. R. (…); en el siguiente contexto:

> *"(…) De la inscripción de nacimiento que adjunto vendrá a su conocimiento que soy hija de la señora: A. B., quien mantuvo una relación sentimental con mi padre biológico, el señor: V. R. , y producto de dicha relación fui engendrada y concebida a la vez; mi padre biológico no me reconoció legalmente como su hija, razón por la que consto únicamente como hija de la señora: A. B., inscrito en el Registro Civil, Identificación y Cedulación en el Tomo 3, página 335, Acta, 833.*
>
> *Cuando fui creciendo poco a poco me iba enterando que mi padre biológico fue el señor: V. R. Quien al momento se encuentra fallecido, debido a los comentarios de amigos y allegados, y así se fue creando en mi mente que efectivamente era la hija del señor V. R.*
>
> *Por ser un derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes, de tener una identidad biológica es que procedo a plantear esta demanda de reconocimiento de paternidad post-mortem(…)*
>
> *La presente demanda se encuentra fundamentada en los Artículos 252,255 y 258 del Código Civil (…)" (Sic)*

2. Estableciendo como pretensión lo siguiente:

> *"(…) Por las consideraciones expuestas, demando en JUICIO ORDINARIO a los señores: XX, en calidad de HEREDEROS CONOCIDOS del señor quien en vida fue: V. R.; y, también demando a los PRESUNTOS HEREDEROS Y*

DESCONOCIDOS de quien en vida fue: V .R., para que en sentencia se DECLARE que el señor quien en vida fue: V .R., es el padre biológico de la compareciente J. J., disponiendo que dicha sentencia se inscriba en el Registro Civil respectivo al margen de la partida de nacimiento de la compareciente inscrito en el tomo 3, página 335, Acta 833.(…)"(Sic)

3. De autos se verifica que los accionados, XX, comparecen al proceso, y se allanan a la demanda, sin presentar excepciones previas.

4. Asimismo comparece la accionada P. R., quien contesta la demanda, condicionando su resultado a la prueba de ADN, sin presentar excepciones previas.

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

5. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes Juez de la Unidad Judicial Multicompetente, emite su sentencia declarando con lugar la pretensión de la parte actora, la misma que es reducida a escrito el 14 de agosto de 2023, a las 09h27, 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 declara:

5.5.1.- Con lugar la pretensión incoada por la actora, J. J. 5.5.1.1.- Declaro que V. R. de estado civil soltero, nacido en el cantón y ecuatoriano de nacionalidad, es padre biológico de J. J. con cédula de ciudadanía xx.- La presente declaratoria se la hace en función del derecho a la identidad de la accionante, que desde ahora y para todos sus actos públicos y privados será J. J. (…)" (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

6. Frente al recurso de apelación interpuesto por la demandada P. R., y la adhesión de la parte actora, el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia en sentencia de 13 de noviembre de 2023, las 11h03, rechaza el remedio procesal de la accionada, 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, desecha el recurso de apelación presentado. En consecuencia, confirma la sentencia venida en grado, en la que, se declara con lugar la demanda presentada por la actora J. J. y se declara que V. R. es padre biológico de J. J. con cédula de ciudadanía xx (…)." (Sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

7. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, la demandada P. R., interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

8. 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 22 de abril de 2024, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) ADMITE el recurso de casación propuesto por P. R., exclusivamente por la CAUSAL SEGUNDA y CUARTA del artículo 268 del COGEP. Por lo tanto, de conformidad con lo ordenado en el Art. 43 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, que sustituye el Art. 270 del COGEP, se corre traslado a la contraparte para que en el término de treinta días, conteste el recurso de manera fundada (…)". (Sic)

9. 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.

10. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme las Resoluciones No. 02-2021 y 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a la doctora Rita Annabel Bravo Quijano[1], y a los doctores Luis Adrián Rojas Calle[2], y David Isaías Jacho Chicaiza[3], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de la Familia, Niñez,

[1] Oficio No. 501-SG-CNJ-MMV-2024, de 5 de abril de 2024.
[2] Acción de personal No. 189-UATH-2023-JV
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

Adolescencia, y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

11. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 21 de junio de 2024, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por la doctora Rita Annabel Bravo Quijano, el doctor Luis Adrián Rojas Calle, Jueza y Juez Nacionales (E); y, el 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 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 **"8"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo a los cargos descritos en los **numerales 2 y 4 del artículo 268** del COGEP; respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

16. Sobre la causal 2 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

"(…) esta causal se fundamenta por no cumplir con el requisito de motivación de la sentencia impugnada que, con las disculpas públicas del caso, deja mucho que desear, pues enunciar ciertos principios jurídicos o normas legales y constitucionales, no es motivar el fallo, peor cuando no se explica la pertinencia de su aplicación a los fundamentos fácticos del litigio;

2.- Por ello, acuso la INCONGRUENCIA de la motivación en la sentencia recurrida y, concretamente, por "incongruencia frente al Derecho", de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia emitida por la Excelentísima Corte Constitucional, en el caso No. 1158-17-EP, conocido como el "Caso Garantía de la motivación"

3.- Al respecto, es fundamental considerar que la Excelentísima Corte Constitucional nos indica que (…) y, aquella es la deficiencia en que, precisamente, incurre la sentencia impugnada;

4.- En tal sentido, la argumentación jurídica de la sentencia impugnada es aparentemente correcta, por cuanto hace una enunciación de la única prueba aportada por la accionante- examen de ADN- y nos induce a creer en dicha errada motivación; sí, errada motivación frente al derecho, porque las Juezas y Juez se olvidaron verificar y contrastar la validez y rigurosidad científica del único medio de prueba aportado por la accionante -examen de ADN- puesto que, al ser la prueba fundamental en un proceso en el que se determina la procedencia o improcedencia de la demanda por el resultado científico de esa prueba de ADN, es la que finalmente y contra nuestra voluntad, establece si existe o no el vínculo consanguíneo entre la accionante y mi hermano;

5.- De tal forma que los(as) Jueces(as) recurridos (as) debieron, como mínimo ejercicio de motivación , REVISAR Y RESPETAR LA NORMATIVA SOBRE LA PRUEBA DE ADN, así como la vasta producción científica sobre la misma y, entonces aplicar imperiosamente los numerales 2 y 4 del Art. 29 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial; los artículos 158, 160, 162, 164, 224 y 227 del Código Orgánico General de Procesos; los artículos 11 y 12 del Código de la Niñez y Adolescencia; y, el Art. 76 de

la Constitución de la República que, en conjunto y uniformemente, exigían que declaren con lugar la apelación y consecuentemente, se deseche la demanda deducida por la accionante;
6.- Adicionalmente y en la misma sentencia, la Excelentísima Corte Constitucional, se pronunció en el sentido de que "86. (…) y, precisamente, son los cuestionamientos de la compareciente y las cuestiones del sistema jurídico – frente al examen de ADN- los que no fueron contestados científica y jurídicamente por el Juez y las Juezas de segunda instancia.
7. De la lectura de la sentencia se constata, Excelentísimos Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, que el Juez y Juezas de última instancia se limitaron a consignar frases como "Las dudas que la recurrente introduce sobre los resultados alcanzados fue debidamente esclarecido en la audiencia de juicio por la perito que realizó la prueba. Las dudas suscitadas por la recurrente fue objeto de construcción en la audiencia de juicio, al ser preguntado expresamente sobre ellas a la perito que realizó el informe de ADN", "la recurrente afirma que la conclusión de la perito no tiene ningún sustento técnico ni científico, pues a su criterio con el análisis de solo 22 marcadores del perfil genético no se llega a 99,99999999% de probabilidad de paternidad. Este criterio personal ADN [5] es extraído de determinadas lecturas realizadas al informe de que carecen de cualquier soporte científico. La prueba de ADN fue realizada por una perito previamente calificada por el Consejo de la Judicatura, designada por sorteo, respecto de lo que no cabe cuestionar su cualificación para la elaboración de informe" y "no puede desvirtuarse su rigor técnico o científico de sus conclusiones porque a juicio de la recurrente se debía contar con la madre de la actora, pues no basta la mera alegación de la falta de requisitos técnicos científicos, si no va acompañada de otra prueba que lo demuestre", sin motivar científica y jurídicamente el fallo;
8.- Al respecto, cabe preguntarse: a) Por haber sido objeto de contradicción ¿fueron absueltas científicamente las dudas sobre el examen de ADN?; b) Las publicaciones científicas ¿carecen de soporte científico y valor probatorio?; y, c) Contar con la participación de la madre para el examen de ADN ¿es solución un criterio de la recurrente?;
9.- No queda duda alguna de que, los cuestionamientos científicos al examen de ADN y la falta de aplicación de las normas que son objeto y causa del presente recurso de casación, son las que debían abordar científica y jurídicamente las Juezas y el Juez recurridos para resolver el problema jurídico concretado en el presente juicio, por estar conectadas con el deber de adoptar una decisión en un litigio en el que -contra la voluntad de las pates- dilucida únicamente por el resultado del examen científico que, per se, no tiene validez y reconocimiento científico, jurídico y constitucional, salvo que cumpla con condiciones y requisitos técnicos y científicos, reglamentarios, legales y constitucionales, que el da el valor de prueba plena y, justamente esto, es lo que jamás -ni por simple reojo- constataron y verificaron las Juezas y Juez recurridos.
10.- De otro lado, es necesario señalar que, con respecto a la falta de motivación que acuso, por "incongruencia frente a las partes" y por "incongruencia frente al derecho" la Corte Constitucional determinó en la sentencia mencionada que "90. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que al argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de motivación, en la que se hizo tabla rasa de la condición científica de la prueba de ADN y de los requisitos científicos, normativa procesal y de valoración de pruebas que deben respetarse en su producción y, por lo mismo, se vulneran también los derechos de tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica;
11.- Específicamente, para tener mejores elementos científicos sobre este tema, es importante revisar los resultados de un Estudio de Relación de Filiación de AMPLIGEN DIAGNÓSTICOS S.L.U. (https://www.ampligen.es/tests-pruebas/inerpretar-prueba-paternidad/), que nos aporta una ilustración correcta: (…)
12.- Entonces, es irrefutable que la sentencia carece de motivación pues, de conformidad con la ciencia, no existe el vínculo de consanguinidad entre la accionante y mi hermano, así como en la sentencia ".. no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho" como lo impone el Art. 76.7.l) de la Constitución de la República;
13.- Desarrollando el derecho a la motivación de la sociedad, la Excelentísima Corte Constitucional, en la sentencia 274-13-EP/19 DE 18 de octubre de 2019, determina que (…)
14.- En armonía con este criterio y derecho, la Excelentísima Corte Nacional de

Justicia, en la sentencia emitida en el juicio 03257-2017-00059 por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores (Sentencias relevantes en materia civil, mercantil y familia 2021-2024, Corte Nacional de Justicia, marzo 2024, Quito, Ecuador, pá.599), ha señalado que (…) de tal manera que, la sentencia impugnada, no cumple con el estándar mínimo de esta justificación;

15.- Más aún, en la misma sentencia, la Excelentísima Corte Nacional de Justicia, profundiza la exigencia de la justificación motivacional y señala que (…) De tal forma que, hay que decirlo, la sentencia impugnada no cumple en lo mínimo con estos estándares de justificación y motivación legal y constitucional;

16.- Entonces, para justificar la conclusión y decisión judicial, es fundamental analizar los criterios técnicos-científicos con relación a la prueba de ADN, es decir, para la interpretación de resultados del Estudio de Relación de Filiación de AMPLIGEN DIAGNOSTICOS S.L.U. (https://www.ampligen.es/tests-pruebas /interpretar-prueba-paternidad/), que nos dice: (...)

17.- No está demás señalar que la información científica que antecede fue confirmada por la misma Lcda. Mónica Galarza, Perito del examen de ADN, quien me dio la razón cuando sustentó su Informe pericial, al sostener que para que se NO SE EXCLUYA EL PAZO DE CONSANGUINEDIDAD DE UNA PERSONA CON OTRA ES NECESARIA LA COINCIDENCIA DEL 99,999 DE PERFIL GENÉTICO - lo que no consta en el informe escrito- y no se da en el presente caso, como lo he justificado fehacientemente;

18.- Para confirmar este aserto, Excelentísimos Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, es suficiente verificar la información de los marcadores o alelos de los perfiles genéticos de la accionante y de mi hermano V. R. y, entonces, encontramos que en marcador denominado "Penta E" no existe información del alelo de mi hermano V. R. y, en el marcador denominado "DYS391", no existe la información del perfil genético de la accionante, sin embargo de lo cual, la Perito concluye que existe el 99,99999999% de coincidencias;

19.- Siendo así, si 2 de los 23 alelos no coinciden, estamos obligados(as) a hacer la operación matemática correspondiente y, entonces tenemos que: Cada uno de los 23 alelos representa el 4,34782608696% y que el porcentaje total, queda en solo el 91,3043478261 % de coincidencias y, jamás el 99,999 % que la Perito confirmó es indispensable para establecer el lazo de consanguineidad, en la audiencia de juicio;

20.- Excelentísimos Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, con todo respeto, pero, qué motivación constitucional podemos esperar de una sentencia que, lamentable y prácticamente solo en una de sus diez páginas contrasta los fundamentos del recurso de apelación y, para colmo, se limita a decir que (…)

21.- Es incuestionable que, en este aspecto, queda fehacientemente justificado que el fallo impugnado fue concebido con tal ligereza que perdonen decirlo no tienen ni el menor ápice de motivación científica, jurídica y constitucional y, obviamente, con ello vulnera las normas que consagran los derechos constitucionales a la tutela efectiva, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la supremacía constitucional (…)" (Sic).

17. Sobre la causal 4 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

"(…) 1.- En atención al indicado mandato, ratifico que esta causal se fundamenta por existir falta de aplicación: a) De los numerales 2 y 4 del Art. 29 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial; b) Del Art. 164, de los numerales 5 y 6 y último inciso del Art. 224 y primer inciso del Art. 227 del Código Orgánico General de Procesos; c) Del Art. 11 del Capítulo II del Título V Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia; y, d) Del Art. 76.4 de la Constitución de la República, que condujeron a la aplicación equivocada de la norma sustantiva contenida en el Art. 13 del Capítulo II del Título V Libro Il del Código de la Niñez y Adolescencia y a la no aplicación del Art. 12 del mismo cuerpo legal;

2.- (…) es importante considerar que los preceptos jurídicos para la valoración de la prueba están contenidos en varios cuerpos legales, entre ellos y el fundamentalmente, en el Código Orgánico General de Procesos, cuyo Art. 164, en su segundo inciso, dispone que se aplicarán las reglas de la sana crítica, "dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos", es decir, como en el presente caso, respetándose la prueba científica de ADN, fundamental e indispensable para la resolución de este tipo de litigios;

3.- Entonces, para la valoración de la prueba de ADN, resultan de trascendental importancia los numerales 5, 6 y último inciso del Art. 224 del COGEP que, con absoluta precisión y en

conjunto, imponen que el Informe Pericial debe contener "5. El detalle de los exámenes, métodos, prácticas e investigaciones a las cuales ha sometido dichos hechos u objetos. 6. Los razonamientos y deducciones efectuadas para llegar a las conclusiones que presenta ante el juzgador. Las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas", es decir, no debe quedar una mínima duda de la rigurosidad de la validez y eficacia de la prueba científica del examen de ADN para ser admitida y valorada como prueba plena, indubitable e irrefutable;

4.- Que una prueba de ADN no cumpla con las exigencias científicas, jurídicas y constitucionales, significa que no es confiable y que, por tanto, no serviría de sustento científico y constitucional para una sentencia que declare el vínculo de consanguinidad entre dos personas o, de ser el caso y viceversa, para que lo excluya;

5.- Por ello y a la luz de los numerales 2 y 4 del Art. 29 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, se concluye que la pericia de la Lcda. Mónica Galarza no cumple con tales requisitos y con las exigencias y solemnidades establecidas en el COGEP y en la Constitución de la República, tanto por acción como por omisión, como lo he determinado plenamente en los apartados anteriores;

6.- En este punto, es importante considerar lo expuesto por el Dr. Héctor Rangel Villalobos en su artículo Importancia de la interpretación estadística en ciencias (https://www.identificacionhumana.mx/wp-content/uploads/2021/05/05_01_Importancia - de - la - interpretacion - estadistica - en - ciencias - frenses.pdf), cuando manifiesta (…)

7.- Después de revisar minuciosamente la producción y resultados del examen de ADN, confrontándolos con los conocimientos y criterios científicos expuestos, no queda duda alguna, Excelentísimos Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, que es reglamentaria, legal y constitucional, además de científica, la conclusión de que entre mi hermano V. R. y la accionante no existe vinculo de consanguinidad alguno, pues no comparten los alelos indispensables para obtener el 99,999 % de coincidencias, como lo informó la Lcda. Mónica Galarza, recién en la audiencia de juicio, porcentaje que es indispensable para declarar la paternidad, de lo que resulta que la pericia Lcda. Galarza no es indubitada ni guarda rigurosidad científica y constitucional para sustentar la sentencia emitida;

8.- Entonces, podemos concluir sin temor a equivocarnos, que la sentencia recurrida no aplicó los numerales 3 y 4 del Art. 160 del COGEP, que taxativamente imponen declarar la improcedencia de la prueba obtenida con violación de las normas constitucionales o legales y que, carece de eficacia probatoria, la obtenida por medio de simulación, como en el presente caso, en que no solo se simuló los resultados de una prueba científica sino también la motivación constitucional de la sentencia;

9.- El numeral 4 del Art. 76 de la Constitución de la República consagra que (…) principio de valoración de la prueba que debe aplicarse al presente juicio, pues el examen de ADN no tiene la condición de prueba plena, por incumplir con los requisitos legales, reglamentarios y científicos para tener tal calidad, omisión constitucional en que incurrió la sentencia;

10.- Es necesario resaltar que la falta de aplicación de las normas señaladas anteriormente, condujeron a la vulneración de los principios establecidos en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, por cuanto la sentencia recurrida hace tabla rasa de la jerarquía y supremacía constitucional, al emitirse una sentencia que declara con lugar la demanda, con base en una prueba que contraviene los preceptos constitucionales y legales y, por tanto, carece de eficacia probatoria;

11.- Excelentísimos Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, es irrefutable que la falta de aplicación de las normas señaladas anteriormente, en el presente apartado, conllevaron a la equivocada aplicación de la norma sustantiva contenida en el Art. 13 del Capítulo I, Título V del Libro Il del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que literalmente establece que (…) sin que las Juezas y el Juez que emitieron la sentencia impugnada consideren, en lo mínimo, que la prueba de ADN practicada en el presente juicio no cumple con tales condiciones de idoneidad y seguridad, como lo he justificado hasta la saciedad, en el presente recurso; y,

12.- Finalmente, es fundamental considerar que la prueba de ADN practicada en el presente no cumple con los requisitos exigidos en el Art. 11 del Capítulo I, Título V del Libro Il del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, especialmente por cuanto no se ha justificado que el Laboratorio al que pertenece la Lcda. Mónica Galarza tenga el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública y no cumplió con su inciso tercero, lo que condujo a la falta de aplicación del Art. 12 del mismo cuerpo legal, norma sustantiva (…)" (Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

18. 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 define el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

> **¿La sentencia emitida por el Tribunal ad quem, incurre en el vicio de apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes y frente al derecho?**
>
> **¿El Ad quem, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, 164, 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP; 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia; y, 76 numeral 4 de la CRE, en la valoración de la prueba, en la presente causa?**
>
> **¿El error de omisión acusado, generó la aplicación equivocada del artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y la no aplicación del artículo 12 ibídem?**

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

19. 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:

20. 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..."* [4].

21. 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...".*

22. 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.

23. 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 revisión[5]; 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 sucesiones[6].

24. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

---

[4] 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.

[5] **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. (…)".*

[6] **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;(…)"*

25. 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..."* [7].

26. 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.

27. 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..."*.

28. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

29. 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.

30. *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.

31. 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..."*.[8]

32. 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.

33. 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*

[7] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.
[8] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

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."* [9]

34. 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.

35. 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.

36. 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".* [10]

37. 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".*

38. Por otra parte, tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario Piero Calamendrei, 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...".* [11]

39. 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.

[9] Andrade, Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[10] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[11] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

VI.2. Análisis individualizado de los yerros acusados y admitidos a trámite.

40. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 2 y 4 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, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

VI.3. Estudio del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

41. 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 (…)*
> *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."*

42. 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 resolutiva (...) 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".* [12]

43. 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.

44. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[13], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

45. 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 l) de la CRE, y 89 del COGEP.

46. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[14],

---

[12] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade &Asociados Quito, 2005, p. 135-136.

[13] **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".*

[14] 9 **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 Aptiz 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.)

doctrinaria[15], y jurisprudencialmente[16].

47. 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*

---

[15] **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.)

[16] **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 acto2. 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"3. 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 resolutiva. 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 resolutiva 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 Nº .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).

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".

48. 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.

49. 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.

50. Además, se debe ser enfático en lo siguiente: 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).*

51. 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..."* [17] (Énfasis añadido).

52. 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 intelectiva les permite llegar a una adecuada conclusión.

53. 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 desarrollado 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,

[17] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

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" [18]

54. Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, 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.

55. 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"* [19].

56. 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?

57. 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.

58. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

¿La sentencia emitida por el Tribunal ad quem, incurre en el vicio de apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes y frente al derecho?

59. 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 del principio de la motivación, ya que:

- *No se verificó ni contrastó la validez y rigurosidad científica del examen de ADN, lo cual determina una incongruencia frente al derecho.*
- *No se revisó ni respetó la normativa sobre la prueba de ADN, así como la vasta producción científica sobre la misma, menos aún los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, 158, 160, 162, 164, 224 y 227 del COGEP, 11 y 12 del Código de la Niñez y Adolescencia, y 76 numeral 4 de la CRE.*
- *Los cuestionamientos científicos al examen de ADN y la falta de aplicación de las normas invocadas como cuestiones del sistema jurídico, no fueron abordados ni contestados científica y jurídicamente para resolver el problema jurídico.*
- *No se tomó en cuenta que el resultado del examen científico de ADN, no tiene validez ni*

[18] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[19] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 33.

reconocimiento científico, por no cumplir con las condiciones y requisitos técnicos, científicos, reglamentarios, legales, y constitucionales, que le den el valor de prueba plena.

- *Se hizo tabla rasa de la condición científica de la prueba de ADN, y de los requisitos científicos, normativa procesal y de valoración de pruebas que deben respetarse en su producción.*
- *De conformidad con la ciencia, no existe el vínculo de consanguinidad entre la accionante y V. R. (+).*
- *La sentencia impugnada no cumple en lo mínimo con estos estándares de justificación y motivación legal y constitucional.*
- *La información de los marcadores o alelos de los perfiles genéticos de la accionante y de V. R. (+), determinan la presencia de un marcador denominado "Penta E", asimismo que, no existe información del alelo de V. R. y, en el marcador denominado "DYS391", no existe la información del perfil genético de la accionante, sin embargo de lo cual, la Perito concluye que existe el 99,99999999% de coincidencias.*
- *Si 2 de los 23 alelos no coinciden, en base a una operación matemática, se tiene que cada uno de los 23 alelos representa el 4,34782608696% y que el porcentaje total, queda en solo el 91,3043478261 % de coincidencias y, jamás el 99,999 %, como indicó la Perito.*
- *Solo en una de sus diez páginas contrasta los fundamentos del recurso de apelación.*

60. Ahora bien, al tratar de dotar de sustento a su cargo casacional, la parte recurrente, incurre en una imprecisión, ya que procura de parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato de la fundamentación descrita ut supra, cuando enfáticamente acusa que el Ad quem, declara procedente la demanda únicamente en base a la prueba de ADN, la misma que presuntamente no tiene validez ni rigor científico.

61. Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el artículo 270 del 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 (…)"* [20]

62. 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 resolución, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica*

[20] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

en que se fundamenta la sentencia de instancia" [21]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de la causal analizada (motivación) y la trascendencia de la violación argüida, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual, no se avizora debida fundamentación, demostración y trascendencia en el cargo planteado.

63. Sin dejar de lado los yerros de la propuesta impugnatoria, señalados en líneas anteriores, continuando con el análisis del cargo planteado, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional [22], para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta 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.

64. 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:

65. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica .

66. 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.[24] 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"* [25]

67. 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, incomprensibilidad,[26] conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

68. 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.

69. 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 motivación[27].

70. 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"

---

[21] Murcia Ballen, Humberto, "Recurso de Casación Civil", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59
[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] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[25] Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138
[26] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[27] Ibídem.

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 suficiente[28].

71. 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). 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.[29]

72. 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.[30]

73. Ahora bien, relacionando el cargo casacional, con el conflicto judicializado, y **la declaración judicial o investigación de paternidad o maternidad**, es de relevancia puntualizar la esencia de la misma como institución jurídica.

74. La legislación sustantiva civil ecuatoriana, establece varias instituciones jurídicas, tendientes a regular la filiación de las personas, las mismas que, cuando se declara su procedencia, enervan esta relación filial, por ello, emergen ciertas garantías normativas para la aplicación de las mismas, en aras de tutelar al máximo el derecho de identidad y el vínculo jurídico existente entre los seres humanos.

75. En función de los principios de seguridad jurídica y legalidad, se identifican cuatro acciones, que pueden enervar la filiación de un hijo(a), estas son: 1. La impugnación de paternidad, 2. La impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, 3. La declaración judicial o investigación de paternidad o maternidad; y, 4. La acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad.

76. Estas cuatro instituciones jurídicas son distintas y en cada una, la prueba de "Examen Comparativo de los Patrones de Bandas o Secuencias de Ácido Desoxirribonucleico" [ADN], en unas tiene eficacia, y en otras no. Tiene eficacia cuando se discute la verdad biológica, y no tiene eficacia cuando no se discute la verdad biológica, dependiendo de cada caso concreto.

77. Una de las fuentes del derecho de paternidad es la procreación, dentro de la cual surge el vínculo biológico, y el jurídico, entre progenitores e hijos, este vínculo es denominado paternidad cuando es observado desde el punto de vista paterno y materno, y recibe la denominación de filiación cuando se lo observa desde el lado de los hijos o hijas. Ahora bien, *"no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existe entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley civil."* [31]

78. En este contexto, 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. Planiol y Ripert, refiere que la Filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual una es el padre o la madre de la otra.[32]

---

[28] Ibídem.
[29] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[30] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[31] Larrea Holguín, J. (2008). Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, P. 318.
[32] Morales, J. (1992). Derecho Civil de las Personas, Cuenca, UDA, p. 257.

79. La legislación civil ecuatoriana, 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**.

80. 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.

81. 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.

82. El Título IX del (Código Civil, 2005), desarrolla desde el artículo 252 la acción sobre la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad, en virtud de la cual, quien no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir a un juez que lo declare hijo de determinados padre o madre.

83. La declaración judicial de paternidad y de la maternidad, es una vía judicial establecida para garantizar el derecho de los hijos e hijas a saber quiénes son sus padres o para la posibilidad de gozar de su cuidado y protección. El tema de la investigación de la filiación biológica en esta acción, necesariamente está ligada al examen del ADN en virtud del derecho a la identidad que tiene toda persona.

84. Así también, la posibilidad de investigar la paternidad resulta positiva y coherente con el sistema de reconocimiento de la igualdad de todos los hijos y de su derecho a conocer su origen biológico, donde la investigación sobre la paternidad y la maternidad constituyen un elemento positivo de la protección del hijo/a, no sólo en los aspectos tendientes a su reconocimiento y asistencia, sino también en otros casos en los que el conocimiento de sus orígenes puede ser de vital importancia por sus consecuencias de carácter afectivo, familiar, social, psicológico y cultural.

85. Fijado el marco teórico sobre la declaración judicial o investigación de paternidad o maternidad, en relación con el problema jurídico planteado, la recurrente, sostiene que, en la sentencia de apelación, se incurre en apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes y frente al derecho, cuestión que es objeto de estudio en este recurso.

86. Previo al análisis propuesto en el párrafo que precede, tomando en consideración, que la recurrente, al fundamentar el presente cargo, sostiene la incongruencia frente al derecho en torno a la inobservancia de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, 158, 160, 162, 164, 224 y 227 del COGEP, 11 y 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y 76 numeral 4 de la CRE; normas que también son invocadas al postular la otra censura admitida a trámite, relacionada con la infracción de preceptos jurídicos de valoración probatoria, y violación indirecta de normas sustantivas; a fin de integrar y condensar el análisis, *prima facie,* corresponde determinar la esencia jurídica del caso 4 del artículo 268 del COGEP.

VI.4. Estudio del caso 4 previsto en el artículo 268 del COGEP.

87. La causal establecida en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

> ***"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".*

88. Del ámbito literal y teleológico establecido en la norma invocada, se avizoran tres modos de infracción, tres vicios o cargos a través de los cuales se puede interpelar una sentencia del *ad quem*, vía recurso de casación, en procesos de conocimiento, cargos que, a su vez, conducen a otros dos modos de infracción. Ergo, en la sentencia,

el primer yerro, puede ocurrir por: 1) aplicación indebida, 2) falta de aplicación, o, 3) errónea interpretación, de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y, el segundo por: a) equivocada aplicación, o, b) por la no aplicación de normas de derecho sustantivo; *per se*, para la procedencia del recurso por la causal objeto de análisis, es imprescindible la concurrencia de dos infracciones continuadas, la primera de "preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba"; y, la segunda de "normas de derecho sustantivo", lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

> *"Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la violación de la prueba conduce a otra violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal [33]".*

89. Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- *"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 violada, 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 escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.*
- *La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados ut supra, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado, se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial." [34]*

90. Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- *"El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.*
- *La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.*
- *Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma violada.*
- *Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro in iure acusado, ha sido* ***indirectamente*** *transgredida." [35]*

91. Ergo, frente a este cargo casacional, es preciso observar que:

> *"La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración del aprueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (…) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente –medio de la prueba(…) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas*

[33] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120
[34] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[35] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.

que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas. [36]"

92. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros in iure acusados por la parte recurrente, quien en términos concretos sostiene que, los jueces del Tribunal de apelación, incurrieron en falta de aplicación de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, 164, 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP; 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia; y, 76 numeral 4 de la CRE, lo que generó la violación indirecta de los artículos 13 y 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

93. La falta de aplicación de la ley, en el caso 4 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que, de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

94. Ahora bien, vale considerar que no todas las normas invocadas por la recurrente, constituyen preceptos jurídicos de valoración probatoria; ya que, por una parte, el artículo 76 numeral 4, contenido en el Título II, capítulo VIII, de la CRE, denominado "derechos de protección", emerge como un principio que tutela el debido proceso, que es desarrollado por garantías normativas para procurar su materialización; por otra parte, el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia, germina también como un principio desarrollado por dicho cuerpo normativo; es ese sentido, la censura planteada, respecto de las normas invocadas, no determina explícitamente un precepto jurídico de valoración probatoria infringido, por ende, se inobserva el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que se excluye del estudio lo alegado en torno a estas normas.

95. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, en lo referente a los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 164, 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP, 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.

96. Entonces, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿El *Ad quem,* incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 164, 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP, en la valoración de la prueba, en la presente causa?

¿El error de omisión acusado, generó la aplicación equivocada del artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y la no aplicación del artículo 12 ibídem?

97. Para dar respuesta a este problema jurídico, es menester el estudio del argumento planteado, así como de las garantías normativas, cuya falta de aplicación se acusa.

98. Ahora bien, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Titulo II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo I, instituye las reglas generales; así, el artículo **164 del COGEP,** establece el sistema de sana crítica para la valoración de la prueba indicando que *"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica"*, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos, norma en la cual se obliga al juzgador a *"justipreciar la prueba en su conjunto y a aplicarle a toda ella las normas y los juicios lógicos y axiológicos"* [37]. También del régimen procesal vigente, emerge el ámbito normativo del contenido del informe pericial (artículo 224 del COGEP), así como la finalidad y contenido de la prueba pericial (artículo 227 del COGEP).

[36] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

[37] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Civil, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

99. En lo referente al contenido del artículo 164 del COGEP, ante la presencia de pruebas solemnes, su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un sistema valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador; la opinión jurídica generalmente autorizada, ha dicho que *"la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero razonamiento"* [38], puesto que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapando del control de la casación su revisión; la vulneración de la norma invocada, es motivo de casación únicamente cuando se demuestre de manera evidente, que el Tribunal *Ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y la observación racional, puesto que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba.

100. Por su parte, el artículo 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, desarrolla las siguientes reglas:

> ***"Art. 29.- Contenido del informe pericial.-*** *Los requisitos mínimos obligatorios de todo informe pericial son los siguientes: (…)*
> *2. Consideraciones técnicas o metodología a aplicarse: Explicación clara del análisis y cómo aplican sus conocimientos especializados de una profesión, arte u oficio, al caso, el objeto pericial o encargo materia de la pericia; (…)*
> *4. Inclusión de documentos de respaldo, anexos o explicación de criterios técnicos: deberá sustentar sus conclusiones, ya sea con documentos y objetos de respaldo (fotos, láminas demostrativas, copias certificadas de documentos, grabaciones de audio y video, etc.) y/o con la explicación clara de cuál es el sustento técnico o científico para obtener un resultado o conclusión específica. Se deben exponer claramente las razones especializadas de la o el perito para llegar a la conclusión correspondiente. No se cumplirá con este requisito si no se sustenta la conclusión con documentos, objetos o con la explicación técnica y científica exigida en este numeral.*
> *Los informes periciales que contengan avalúos incluirán:*
> *a. El avalúo comercial ajustado, que se determinará mediante el análisis del valor del bien respecto de otros de similares condiciones en el mercado. Se deberá identificar, cuando sea posible, al menos tres bienes actuales que presenten características y condiciones similares a las del bien avaluado; y,*
> *b. Las fuentes de información utilizadas en esta valoración; en caso de que las fuentes sean escasas o únicas, la o el perito deberá señalar esta novedad en el informe. En ambos casos se indicará el sistema o metodología y los factores de ajuste, corrección u homologación utilizados para la determinación del valor comercial ajustado.*
> *A más de las obligaciones mínimas establecidas en los numerales anteriores de este artículo, la o el perito deberá incluir en el informe cualquier otro requisito determinado de forma específica por la ley correspondiente.*
> *Sin perjuicio de los requisitos que deben constar obligatoriamente en todo informe pericial, verbal y/o escrito, la o el perito designado puede incluir información adicional que considere relevante como parte de su trabajo y con el objeto de la pericia."*

101. El desarrollo conceptual de las reglas singularizadas *ut supra*, y su irradiación procesal, conforme lo indicado, se derivan de la teoría general de la prueba judicial, la misma que, coadyuva a delimitar el ámbito conceptual de prueba, objeto, sujeto, órgano, medio de prueba, todo lo cual tiene relación con el *"Thema Probandum"* o *necesidad de prueba*; ahora bien, dichos institutos, en función de los mandatos de optimización de legalidad y seguridad jurídica, tienen que cumplir con los principios de eficacia jurídica y legal, formalidad y legitimidad, libertad,

[38] Couture, Eduardo 1979. Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

pertinencia, idoneidad o conducencia, y utilidad de la prueba[39].

102. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos *supra*, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales, ofertaron sus medios de prueba, las mismas fueron admitidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso; sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción valida y jurídica, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, pertinencia, conducencia, eficacia y validez, institutos que tienen relación con los principios desarrollados en líneas anteriores, cuyos referentes son los artículos 76 numeral 4, y 168 numeral 6, de la CRE.

103. Ahora bien, las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de alzada:

- Omitió aplicar la regla que señala que, la prueba debe ser valorada conforme la sana crítica *"dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos",* en relación a la prueba científica de ADN, fundamental e indispensable para la resolución del caso.
- No verificó que, si en aplicación de los numerales 5 y 6 del artículo 224 del COGEP, el informe pericial de ADN, no generaba la más mínima duda de su rigurosidad, validez y eficacia científica, para ser admitido y valorado como prueba plena, indubitable e irrefutable.

---

[39] *" **Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba**: Este principio complementa al anterior (necesidad de prueba). Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados (…) **Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba**: Al tratar del sistema de la libre apreciación de las pruebas vimos (cfr., núm. 27) que este no es incompatible con las formalidades procesales para la validez de las practicadas en el juicio, sino que, por el contrario, es preciosa garantía para la defensa del acusado en el proceso penal y para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso civil (cfr., núm. 27, punto b). Estas formalidades permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticiamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad. Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y de cualquiera otra naturaleza.-Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno. El segundo aspecto consiste, como dice Silva Melero 4, en que debe obtenerse la prueba "por los modos legítimos y las vías derechas", excluyendo las calificadas de "fuentes impuras de prueba", se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba. Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos o intrínsecos 4 . Los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; los segundos contemplan principalmente la ausencia de vicios, como dolo, error, violencia, y de inmoralidad en el medio mismo, como sería la reconstrucción total de un delito sexual o de una unión extramatrimonial para establecer la concepción; procuran que con ella se busque en realidad el convencimiento del juez sobre hechos que interesen al proceso, y no lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocurriría con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada influyan sobre el litigio (…).- **Principio de la libertad de la prueba**: Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes (…) puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas (cfr., punto 18 de este número) o aparezcan ilícitas por otro motivo (véase núm. 137, m). Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en algunos códigos de procedimiento, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica. El segundo puede existir sin el primero (…).- **Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba**: Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y la eficacia procesal de la prueba" Devis Echandia, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.*

- No advirtió que, la perito que sustentó el examen de ADN, no cumplió con los requisitos y exigencias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 29 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, tanto más que, al confrontarlo con indiscutibles conocimientos y criterios científicos, emergió la duda respecto a que, entre V. R. (+) y la accionante existe un verdadero vinculo de consanguinidad, pues no comparten los alelos indispensables para obtener el 99,999 % de coincidencias.
- No verificó que, la pericia de ADN, no es indubitada ni guarda rigurosidad científica y constitucional para sustentar la sentencia emitida, por tanto, debía excluirse esta prueba que adolece de eficacia probatoria, por violación de normas constitucionales y legales.
- Por omisión de las normas invocadas, incurrió en una equivocada aplicación del artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y en una falta de aplicación del artículo 12 ibídem.

104. En esa ilación, la recurrente, sostiene que no se justificaron los elementos de la acción de declaración judicial de paternidad, lo que enerva la premisa fáctica necesaria para declarar la procedencia de la institución demandada basada en los artículos 252 y más pertinentes del Código Civil; por ello afirma que la conclusión probatoria derivada del error de omisión de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 164, 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP, no conducía a aceptar la demanda, por lo tanto, correspondía declarar procedente el recurso de apelación.

105. Analizada la censura, se llega a establecer la clara intención de la recurrente, de inducir al Tribunal de casación, a justipreciar nuevamente los medios de prueba constantes en el proceso, en especial la prueba de ADN, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, el *Ad quem*, no verificó su rigor técnico y científico, o que, no advirtió el supuesto desfase en el porcentaje de coincidencia de los perfiles genéticos analizados, basado en conjeturas sin sustento; ergo, conforme lo indicado *ut supra*, la recurrente, infringe el principio de no debate de instancia.

106. En este contexto, además, la parte recurrente, no desarrolla el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus enunciados, hace relación al medio de prueba pericial, en el cual presuntamente se omitió aplicar los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 164, 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP, pero sin demostrar el nexo entre estos dos presupuestos, lo que torna a su propuesta impugnatoria en vaga y estéril, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado ut supra, es un debate de instancia, proscrito en esta sede.

107. Conforme lo estudiado ut supra, la investigación de la filiación biológica en esta acción, necesariamente está ligada al examen del ADN, en virtud del derecho a la identidad que tiene toda persona, siendo la misma, legal, conducente, pertinente, y útil para tal efecto.

108. Sumado a esto, se debe considerar que la prueba pericial de ADN, tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso. El perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, es una persona natural o jurídica que en razón de su conocimiento científico, técnico, artístico, práctico o profesional, está en condición de informar al juzgador o Tribunal, sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia controvertida[40].

109. En el presente caso se tiene fijado como hecho cierto que, la pericia de ADN, fue practicada por una perito legalmente designada, que en su función e informe cumplió con las reglas establecidas en los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP; que la prueba pericial fue practicada con las muestras indubitadas de ADN obtenidas de la sangre tomada de la accionante y la muestra biológica (cabeza y epífisis de fémur izquierdo – peso 158 gr., y el último molar inferior – peso 2 gr.), obtenida mediante exhumación del cadáver de quien en vida fue el señor V. R., y que dicha prueba arrojó como resultado 99,999999999% de coincidencia entre dichos perfiles genéticos.

110. En tal virtud, constituye un desatino lógico y aventurado argumento el cuestionar el rigor técnico

[40] Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, PUCE, Quito Ecuador, pág. 386

o científico de las conclusiones establecidas en la prueba pericial, sobre la base de conjeturas y criterios subjetivos del abogado de la recurrente, aquellos si, sin ningún respaldo y rigor técnico y científico.

111. Se verifica además que el *ad quem*, arribó a ciertos hechos en la presente causa, entre ellos que existe un 99,99999999% de coincidencia entre el perfil genético de los restos de la persona que en su momento fue V. R. y la actora. En este contexto, se observa como una falta de lealtad procesal, el hecho que el abogado de la recurrente, sin ningún rigor científico, afirme que no hay esta coincidencia, y no se entiende de donde llega a la conclusión de que la coincidencia de perfiles es del 91,3043478261 %, frente a lo cual cabe preguntarse si acaso ¿El abogado de la recurrente, en virtud de su formación académica, es un científico o experto en dicha materia?; ante la obvia respuesta, el argumento aparte de ser temerario y falaz, incurre en la vulneración del principio de no debate de instancia, más aún cuando no se entiende cual es la fuente científica para cuestionar las conclusiones del informe pericial legal y constitucionalmente producido como prueba.

112. Desde la **técnica casacional,** aplicada al cargo planteado, a fin de formular una proposición jurídica completa que incluya normas de valoración de la prueba que se consideran infringidas, el vicio por el cual ocurre la infracción, el medio de prueba afectado, y la norma de derecho sustancial que por efecto deviene en equivocadamente aplicada o no aplicada en la sentencia, se precisa hacer énfasis en que las normas de derecho sustantivo o material son aquellas que declaran, crean, modifican o extinguen los derechos de las personas, y son normas adjetivas o procedimentales aquellas que regulan la forma de hacer efectivos esos derechos de tal manera que, las primeras determinan lo que es justo y las segundas como ha de pedirse justicia.

113. Entre las segundas se encuentran aquellas que contienen disposiciones operativas, otras que establecen formalidades, unas que confieren facultades a los jueces y las partes, otras que imponen cargas y otras que integran preceptos de estimación probatoria. En tal sentido constituyen preceptos jurídicos de valoración de la prueba, aquellas disposiciones legales que dan determinado valor probatorio a un medio de prueba, regulando su eficacia; entendiendo como medios de prueba: al testimonio, el documento y la pericia.

114. Se recuerda además que, en el cargo analizado, en la justipreciación del medio o medios de prueba debe observarse la infracción de una norma que regula la tasación de aquellas, a fin de que exista una proposición jurídica adecuada; en el *in examine*, se avizora que la recurrente ha escogido como medio de prueba en el cual se infringió los preceptos de valoración, a la pericia. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que, para valorar la prueba en las etapas e instancias correspondientes, los jueces en virtud de su independencia e imparcialidad admiten o inadmiten la oferta probatoria (anuncio), sobre la base de su legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia, y luego de esa admisión efectivamente al órgano jurisdiccional le corresponde justipreciar la prueba producida. Frente a esto, se observa que, en el *in examine*, los Tribunales de instancia, en función del principio de independencia interna, han considerado constitucional, legal, pertinente, útil, y conducente la prueba de ADN actuada, y en ese sentido han procedido a justipreciarla o valorarla para fijar ciertos hechos, y luego subsumirlos en las normas relativas a la acción de declaración judicial de paternidad.

115. Al examinar si en el medio probatorio invocado por la recurrente, se incurrió en la violación de una norma o precepto de valoración de la prueba, se observa la inexistencia de un ejercicio argumentativo encaminado a justificar tal cuestión, *a contrario sensu*, se verifica la vulneración del principio de *no debate de instancia*, porque, se insiste, hay un interés de que este Tribunal de casación valore nuevamente la prueba de ADN actuada, evidenciándose únicamente una disconformidad con la evaluación probatoria realizada en instancia.

116. Respecto a la valoración probatoria, establecida en el artículo 164 del COGEP, desde la doctrina se señala que *"valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido"* [41], frente a ello, es de relevancia indicar que la regla es clara, *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*

[41] Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I , Bogotá: Editorial Temis 2002, pag. 287

actos"; enunciado plenamente observado, ya que es un hecho procesal cierto que, en el anuncio, admisión, presentación, y práctica de la pericia de ADN, se cumplieron las reglas previas y claras establecidas para el efecto.

117. En tal virtud, respecto de la prueba pericial, en el *in examine,* no se observa error relacionado con las normas invocadas que necesite ser corregido, que consista *"en la determinación que el juez haga de la situación fáctica concreta a fin de subsumirla en la voluntad abstracta de la ley (…) en cuanto a la objetividad misma que las pruebas ostenten"* [42].

118. Si bien es cierto, ha sido criterio de la ex Corte Suprema de Justicia:

> *"revisar extraordinariamente el análisis probatorio efectuado en segunda instancia, además de cuando se haya decidido en base a pruebas ilegalmente actuadas, no admitidas, o infringido disposiciones que conceden cierta tarifa probatoria a determinadas pruebas o excluyen valor a otras; cuando, se observe "suposición o preterición de prueba; es decir, en el primer supuesto, cuando se da por acreditado un hecho sin que exista prueba legalmente válida de tal hecho; o, en el segundo supuesto, cuando no se da por acreditado un hecho a pesar de constar en el proceso prueba idónea de su existencia"* [43].

119. *"Esta excepcionalidad, solo puede ser asumida 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"* [44], cuestión que no se verifica en el presente caso.

120. Ahora bien, para dilucidar de mejor manera la interrogante planteada, es de relevancia mencionar cual fue el ejercicio de justipreciación que hizo el *Ad quem,* de la pericia de ADN, como medio de prueba:

> *"(…) Ahora bien, la fiabilidad del análisis de los patrones de bandas y secuencias de ácido desoxirribonucleico descansa en que en el ADN de cada persona se encuentra toda la información sobre sus características genéticas, por lo que, constituye un criterio fiable de identificación de los individuos. En los procedimientos en los que la verdad biológica debe prevalecer y que afectan al estado civil de las personas, la realización de esa prueba pericial no sólo adquiere la condición de pertinente, sino también de necesaria, y que de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, del Título V del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, es prueba suficiente para la declaración de maternidad o paternidad, y no será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la ley.*
>
> *Las dudas que la recurrente introduce sobre los resultados alcanzados fue debidamente esclarecido en la audiencia de juicio por la perito que realizó la prueba. Las dudas suscitadas por la recurrente fue objeto de contradicción en la audiencia de juicio, al ser preguntado expresamente sobre ellas a la perito que realizó el informe de ADN.*
>
> *La recurrente afirma que la conclusión de la perito no tiene ningún sustento técnico ni científico, pues a su criterio con el análisis de solo 22 marcadores del perfil genético no se llega al 99,999999999% de probabilidad de la paternidad. Este criterio personal es extraídos de determinadas lecturas realizadas al informe de ADN[5] que carecen de cualquier soporte científico.*
>
> *La prueba de ADN fue realizada por una perito previamente calificada por el Consejo de la Judicatura, designada por sorteo, respecto de lo que no cabe cuestionar su cualificación para la elaboración del informe.*
>
> *Por otra parte, el informe es realizado en un laboratorio de identificación genética, en el que se indican las técnicas utilizadas, se explica la metodología seguida y establece unas conclusiones claras y razonadas, desde los conocimientos científicos de quien lo suscribe. Informe sujeto a contradicción e inmediación, por lo que surte los efectos propios de su objeto y conclusiones, y ha sido valorado por el señor Juez de primera instancia con el resto de las demás pruebas.*

---

[42] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá, Ibañez, 2005, Pag. 383

[43] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Juicio No, 21201-2018-00490; y, Registro Oficial 354 de 11 de junio 2004, expediente de Casación No. 320.

[44] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Juicio No, 21201-2018-00490, 08/04/2022 11:55.

Además, la prueba ha sido practicada con las muestras indubitadas de ADN obtenidas de la sangre tomada de la accionante y la muestra biológica (cabeza y epífisis de fémur izquierdo – peso 158 gr., y el último molar inferior – peso 2 gr.) obtenida mediante exhumación del cadáver de quien en vida fue el señor V. R., y no puede desvirtuarse su rigor técnico o científico de sus conclusiones porque a juicio de la recurrente se debía contar con la madre de la actora, pues no basta la mera alegación de la falta de requisitos técnicos científicos, si no va acompañada de otra prueba que lo demuestre.

En consonancia con lo expuesto, las alegaciones de la recurrente en relación al análisis de ADN no pueden ser atendidas.

Conforme la jurisprudencia: "[…] El examen de ADN, cuyo resultado tiene noventa y nueve coma noventa y nueve por ciento de posibilidades de acierto, se ha convertido en la prueba esencial que permite tener certeza, no sólo procesal, sino científica, de la existencia o no de la filiación. Es decir, gracias a los avances que permiten la realización de esta prueba científica, se ha podido llegar a unificar la verdad procesal con la real. tratarse de un hecho científico el análisis genético entre el padre -accionado- y la hija común de la demandante (Resolución No. 186-2002, Primera Sala, R.O. 709, 21-XI-2002, Fallo de triple reiteración de abril de 2001. Registro Oficial No. 709, 21 de noviembre 2002) (…)" (Sic)

121. Revisado el análisis que realiza el *Ad quem*, es claro que, la prueba pericial, obrante de autos, fue anunciada, admitida, practicada y valorada, conforme las reglas pertinentes, de todo lo cual, emergió el hecho cierto referente a que, existe un vínculo consanguíneo entre la actora y quien en vida se llamó V. R.; finalmente, no se observa que para fijar como cierto el tema referido en líneas que preceden, se haya omitido la obligación de observar las solemnidades prescritas en la ley para la existencia o validez de la pericia de ADN, al tenor de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP; ergo, se concluye que la propuesta impugnatoria en el sentido planteado, no cumple con el principio de trascendencia, *per se,* no se observa que haya existido un error de omisión de las normas acusadas como infringidas.

122. De la revisión de la sentencia del *Ad quem*, se determina que, en base a la justipreciación de la prueba aportada, en la cual no se observa trasgresión de regla alguna, se llegó a fijar ciertos hechos, sobre la base de aquellos, se infiere la configuración de todos los requisitos descritos en los artículos 252 y siguientes del Código Civil, para que opere la institución jurídica de la declaratoria judicial de paternidad.

123. Dicho lo anterior, es preciso señalar que entre las características del recurso extraordinario de Casación, se encuentra su carácter eminentemente formalista, el cual *"impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas la exigencias de la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aun al rechazo in limine del correspondiente libelo"* [45]; en este sentido, le corresponde al Tribunal establecer la existencia de los yerros imputados en la línea de otorgar procedencia del recurso cuyo efecto es dejar sin valor la sentencia impugnada, lo cual, por falta de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, en la propuesta planteada, es imposible.

124. En conclusión, el Tribunal *Ad quem,* al resolver la acción incoada, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, sin haber violado normas de derecho concernientes a esa valoración, pues conforme lo explicado a lo largo de esta resolución, no se verifica que se haya omitido la obligación de observar las solemnidades prescritas en la ley (artículo 164 del COGEP) para la existencia o validez de la pericia de ADN, al tenor de los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, y 224 numerales 5 y 6, y 227 del COGEP; es decir, que se haya incurrido en error de omisión de dichos artículos; por ello, no se puede verificar que la cuestión alegada por la parte impugnante, haya conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con los artículos 13 y 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme

[45] Humberto Murcia Ballen, *Recurso de Casación Civil,* Ediciones Jurídicas G.I., Sexta Edición, Bogotá, 2005, p.91.

lo explicado precedentemente, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación indirecta de la norma sustantiva como para configurar la causal objeto de estudio, por ello, por adolecer de debida fundamentación, demostración, y trascendencia, el cargo casacional descrito en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, en la forma propuesta, es improcedente.

125. Retomando el análisis del caso 2 del artículo 268 del COGEP, conforme lo indicado *ut supra*, la recurrente, sostiene que, en la sentencia de apelación, se incurre en apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes y frente al derecho.

126. En líneas anteriores se describió lo vicios motivacionales que pueden emerger en una sentencia; según la Corte Constitucional, 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). 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.

127. Del estudio de la sentencia impugnada, en el considerando "TERCERO", intitulado "ANÁLISIS DEL TRIBUNAL", se avizora que el *Ad quem,* contrasta el recurso de apelación y las alegaciones deducidas por la parte recurrente, con los hechos probados relevantes para la resolución; observando un correcto ejercicio de subsunción en base a las normas aplicables; asimismo, en torno a los cuestionamientos de la prueba pericial de ADN, explica de forma lógica, razonable, y comprensible porque no son válidos dichos enunciados desde la óptica procesal aplicable al caso concreto.

128. Ergo, reiterando los argumentos esbozados al desarrollar el problema jurídico planteado en el análisis del caso 4 del artículo 268 del COGEP, se establece que, en la sentencia de apelación, tanto en la fundamentación fáctica y en la fundamentación jurídica, si se contestaron todos los argumentos relevantes de la hoy recurrente, asimismo, se contestaron aquellas cuestiones que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- imponían abordar en la resolución del caso, relacionadas con los artículos 29 numerales 2 y 4 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, 158, 160, 162, 164, 224 y 227 del COGEP, 11 y 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y 76 numeral 4 de la CRE, en torno al problema jurídico, en ilación con la acción de declaratoria judicial de paternidad, en tutela del derecho de identidad y filiación, evidenciándose que el planteamiento realizado por la parte recurrente obedece a una mera inconformidad, alejado de toda técnica casacional, y en base a enunciados propios de una audiencia de instancia.

129. Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectiva 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 el 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, adolece de incongruencia, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

130. 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:

131. Declarar improcedente el recurso de casación planteado por P. R., demandada, 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.

132. 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.

133. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E) PONENTE,** DRA. RITA ANNABEL BRAVO QUIJANO **JUEZA 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 la sentencia de apelación, cuenta con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, lo que hace concluir que está debidamente motivada, y además no existe vulneración alguna de preceptos jurídicos de valoración probatoria.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial

www.cortenacional.gob.ec