Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXVII

2024

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 9

Serie XIX

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Sala Especializada de lo Contencioso Tributario

Gustavo Adolfo Durango Vela
José Dionicio Suing Nagua
Gilda Rosana Morales Ordónez
Fernando Antonio Cohn Zurita

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 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

Sala Especializada de lo Laboral

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

Sala Especializada de lo Civil y Mercantil

Luis Adrián Rojas Calle
David Isaías Jacho Chicaiza
Roberto Guzmán Castañeda

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

David Isaías Jacho Chicaiza
Luis Adrián Rojas Calle
Roberto Guzmán Castañeda

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Es la titular y propietaria de los derechos de autor de los trabajos de investigación, compilación, selección de los fallos, resúmenes, formato y contenido de esta obra, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

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

Colaboradores:
Despacho de Presidencia C.N.J.
María Dolores Grijalva
Diana Catucuago
Valeria Veloz
Gema Novoa Ramos
Unidad de Biblioteca, Gaceta y Museo

Diagramación
Santiago González
Unidad de Gaceta Judicial

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

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

Impresión
Unidad de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia

Fecha de publicación
Diciembre del 2025

PRESENTACIÓN

Me es grato hacer la presentación de la Gaceta Judicial número 9, serie XIX, órgano de difusión de la Función Judicial, que contiene resoluciones generales y obligatorias emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y sentencias dictadas por los Jueces Nacionales de las diferentes Salas Especializadas que la conforman, durante el año 2024.

Entre las resoluciones del Pleno constan la que se encarga la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia y se resuelve que quienes sean elegidos como titulares de la Presidencia y Presidencia Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, serán designados únicamente para culminar el periodo que inició el 26 de enero de 2024; la resolución que declara como precedente jurisprudencial obligatorio el punto de derecho que trata sobre la competencia para conocer y resolver los reclamos sobre fondos de reserva, otra que aclara las dudas respecto de a quién corresponde encargar las funciones de Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en caso de ausencia temporal del Presidente y Presidente subrogante; sobre la competencia para conocer las demandas en que se reclame la devolución por la aplicación y cobro de salvaguardias, recaudadas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; una que se establece el procedimiento para el resorteo de las causas que se encuentran en conocimiento de los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia; una que aplica lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 226, suspendiendo los plazos y términos previstos en la ley para los procesos judiciales los días 18 y 19 de abril de 2024; y, finalmente, una Resolución que aclara las dudas respecto de la procedencia de los recursos de apelación y hecho respecto de los autos interlocutorios dictados en la fase de ejecución para el cobro de la obligación de alimentos.

En cuanto a las sentencias de los señores Jueces Nacionales, en esta edición, en materia Contencioso Administrativo, se tratan temas de responsabilidad extracontractual del Estado, la falta de legitimación en la causa; el error judicial en contraposición con

la inadecuada administración de justicia; la deficiente prestación de servicios de salud por parte del IESS y la responsabilidad objetiva del Estado; principios de informalismo o formalismo moderado que equivale al derecho a una buena administración; autotulela y heterotutela, el vicio de insuficiencia motivacional; y la seguridad jurídica que implica un acuerdo de pensión retroactiva IESS- jubilado.

En lo Contencioso Tributario, los Tribunales de Sala tratan sobre la procedencia de la determinación presuntiva; impugnación a un acta de determinación del Servicio de Rentas Internas; requisitos para imponer una tarifa impositiva del 25% a la declaración del impuesto a la renta; la validez de la notificación por medios electrónicos; y la deducibilidad de intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio.

En la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, se destacan temas sobre delitos como peculado, hurto, lavado de activos, abuso de confianza y un análisis sobre la indebida aplicación del Art. 186 del COIP y el carácter pluriofensivo del delito de tránsito que ocasione muerte culposa.

La Sala de lo Laboral ha destacado en sus fallos la importancia de la institución del visto bueno, tanto en casos de faltas repetidas e injustificadas de asistencia del trabajador, como de la validez del mismo, al ser solicitado por empleadores y trabajadores; hacen también un estudio sobre el litis consorcio facultativo sin que ello implique una reforma a la demanda; y sobre las particularidades del acta de finiquito.

La Sala de lo Civil y Mercantil, por su parte, hace un estudio de la resolución de los contratos en los que se contemplan daños y perjuicios; otro en relación a la cuantificación de daños y perjuicios de acuerdo a la sentencia originaria; a la valoración de la prueba en la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y trata asimismo sobre el procedimiento ordinario para cobro de dinero.

Finalmente, la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores trata en sus resoluciones, sobre la rendición de cuentas en la sociedad conyugal; sobre 2 dos diferentes casos de divorcio por abandono y por causal y la unión de hecho.

Aspiro que este material de consulta sea de provecho para profesionales del derecho, estudiantes y público en general, en beneficio del quehacer jurídico ecuatoriano.

Quito, 21 de octubre de 2025

José Suing Nagua
Presidente Encargado de la Corte Nacional de Justicia

Gaceta Judicial

Número 1 serie XIX

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

PRESIDENCIA		
Resoluciones Generales y Obligatorias		
R: 01-2024 F: 7/2/2024	Resolución por la que se encarga la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia y se resuelve que quienes sean elegidos como titulares de la Presidencia y Presidencia Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, serán designados únicamente para culminar el periodo que inició el 26 de enero de 2024.	5169
R: 02-2024 F: 13/3/2024	Resolución que declara como precedente jurisprudencial obligatorio el punto de derecho que trata sobre la competencia para conocer y resolver los reclamos sobre fondos de reserva, dependiendo de su forma de pago y la fecha en que se generó este derecho.	5172
R: 03-2024 F: 27/3/2024	Resolución que aclara las dudas respecto de a quién corresponde encargar las funciones de Presidente de la Corte Nacional de Justicia en caso de ausencia temporal del Presidente y Presidente subrogante.	5176
R: 04-2024 F: 27/3/2024	Resolución que aclara dudas sobre la competencia para conocer las demandas en que se reclame la devolución por la aplicación y cobro de salvaguardias, recaudadas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.	5178
R: 05-2024 F: 1/4/2024	Resolución por la que se establece el procedimiento para el resorteo de las causas que se encuentran en conocimiento de los Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.	5181
R: 06-2024 F: 17/4/2024	Resolución que, aplicando lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 226, dispone suspender los plazos y términos previstos en la ley para los procesos judiciales los días 18 y 19 de abril de 2024.	5183
R: 07-2024 F: 17/4/2024	Resolución que aclara las dudas respecto de la procedencia de los recursos de apelación y hecho respecto de los autos interlocutorios dictados en la fase de ejecución para el cobro de la obligación de alimentos.	5185

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. J: 09802-2020-00903	No existe el acto administrativo en el fundamento de la demanda.	5191
II. J: 09802-2019-00119	Responsabilidad Extracontractual del Estado Excepción previa de falta de legitimación en la causa.	5199
III. J: 17811-2016-01392	Son dos títulos distintos: imputación de error judicial e inadecuada administración de justicia.	5236
IV. J: 09801-2010-0468	Responsabilidad objetiva del Estado por la deficiente prestación del servicio público de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.	5250
V. J: 01803-2019-00253	El derecho a la buena administración. Principio del informalismo o formalismo moderado.	5271
VI. J: 01803-2021-00224	El reclamo se sustenta en el derecho de reversión, amparándose en el caso quinto del Art. 268 del COGEP	5285
VII. J: 17811-2013-1562	Vicio de insuficiencia motivacional. La autotutela, concepto, límites. La heterotutela concepto, límites.	5297
VIII. J: 17811-2015-01182	Interpretación de Acuerdo de Jubilación. Retroactividad. Seguridad jurídica el Acuerdo del IESS a favor de los jubilados.	5313

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. J: 17502-2011-0126	Valoración probatoria. Interpretación de normas. Vicios relacionados con la deducibilidad de pérdidas de la empresa absorbida	5329
II. J: 01501-2020-00049	Impugnación del Acta de determinación del Servicio de Rentas Internas.	5340
III. J: 09501-2021-00014	Requisitos para imponer una tarifa impositiva del 25% a la declaración del impuesto a la renta.	5358
IV. J: 17510-2021-00070	Notificación por medios electrónicos. Momento desde el cual es contabilizada como válida la notificación.	5366
V. J: 17510-2020-00136	Impugnación Acta de determinación tributaria Servicio Rentas Internas.	5373
VI. J: 09501-2021-00292	El caso quinto del artículo 268 del COGEP. Deducibilidad de los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio.	5394
VII. J: 17510-2019-00175	El caso quinto del artículo 268 del COGEP. El a quo dejó de analizar la legalidad de la resolución que negó el pago indebido por un dictamen al que le dieron el carácter de vinculante.	5402

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

I. J: 10281-2017-001559	Peculado. Análisis doctrinario de delito.	5413
II. J: 23281-2020-04117	Imposibilidad de alegar un punto de derecho en casación	5431
III. J: 09287-2020-00877	Hurto.	5445
IV. J: 13284-2020-00912	Igualdad formal, igualdad material.	5459
V. J: 02332-2021-00460	Atipicidad de la conducta del indiciado.	5471
VI. J: 07712-2020-00205	Lavado de activos.	5484
VII. J: 11282-2019-07084	Abuso de confianza. Indebida aplicación del tipo penal. Casación de oficio.	5512
VIII. J: 23281-2017-00995	Motivación. Indebida aplicación del art. 186 COIP.	5524
IX. J: 12333-2020-00277	El delito de tránsito que ocasiona una muerte culposa, es de carácter pluriofensivo.	5552

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

I. J: 09330-2019-00503	Visto bueno por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia del trabajador Art. 172 CT.	5563
II. J: 17371-2021-00422	Despido intempestivo indirecto, matices y efectos.	5569
III. J: 09359-2021-02864	Indefensión de una parte procesal. Prueba oficiosa para mejor resolver.	5583
IV. J: 01371-2020-00189	Regla de la Supletoriedad (art. 33 de la Ley de Empresas Públicas).	5592
V. J: 09359-2017-01135	Consideraciones acerca de la validez del Visto bueno solicitado por empleador y trabajador.	5601
VI. J: 17371-2020-02563	Litis consorcio facultativo; no debe entenderse como una reforma a la demanda.	5627

VII. J: 09359-2021-01232	Descuentos improcedentes en el acta de finiquito.	5635
VIII. J: 02335-2022-00107	Impugnación del acta de finiquito. Particularidades.	5644

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. J: 17230-2019-07246	Ordinario de resolución de contrato con condena a daños y perjuicios.	5651
II. J: 17230-2018-15527	Daños y perjuicios. Cuantificación de conformidad con la sentencia originaria.	5663
III. J: 09332-2019-05494	Valoración de la prueba. Prescripción extraordinaria de dominio. Omisión indirecta.	5677
IV. J: 11333-2020-00681	Procedimiento ordinario, cobro de dinero.	5697

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

I. J: 14201-2018-00762	Rendición de cuentas dentro de la sociedad conyugal.	5739
II. J: 17315-2020-00702	En procedimiento sumario demanda la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio por abandono.	5750
III. J: 17204-2022-00538	Declaratoria de unión de hecho.	5769
IV. J: 11203-2019-03308	Divorcio por causal.	5792

Gaceta Judicial

Número 1 serie XIX

RESOLUCIONES

RESOLUCIÓN No. 01-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 182 de la Constitución de la República indica: *"La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley. Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años. En cada sala se elegirá un presidente para el período de un año…"*;

Que en concordancia, el artículo 198 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *"Las juezas y los jueces titulares elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la primera quincena del período correspondiente, por votación escrita y secreta, y durará en sus funciones tres años. En caso de impedimento o ausencia temporal, le subrogará la jueza o el juez designado en la misma sesión y del mismo modo; de haber dos o más nominados al mismo tiempo, la designación se desarrollará mediante sorteo realizado de modo transparente. Si la ausencia es definitiva se convocará de inmediato al Pleno para elegir nueva Presidenta o al Presidente, quien únicamente completará el período";*

Que en sesión extraordinaria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 18 de enero de 2024, se resolvió que el periodo al que se refiere el artículo 198 del Código Orgánico de la Función Judicial tiene como punto de partida el día 26 de enero del año que corresponda, a efectos de realizar la elección de presidente y presidenta subrogante de la Corte Nacional de Justicia.

Que en sesión extraordinaria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 26 de enero de 2024, reanudada el 1 de febrero del mismo año, los jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia se reunieron para elección de presidente y presidente subrogante de este Organismo, sin que en ella se haya logrado la votación calificada que exige el artículo 179 del Código Orgánico de la Función Judicial para designar presidente, ni tampoco la elección de la autoridad que lo subrogue.

Que el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia en el periodo 2021-2024, ha presentado su renuncia a dicho cargo, en miras de lograr un consenso en el Pleno del Organismo.

Que cabe mencionar que quien ejerce las funciones de Presidente de la Corte Nacional de Justicia tiene una serie de atribuciones jurisdiccionales y administrativas, entre las cuales constan las siguientes:

"A la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde:

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

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

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

4. Poner en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas;

5. Conceder licencia hasta por ocho días a los jueces y demás servidores de la Corte Nacional de Justicia; y,

6. Los demás asuntos que establezca la ley".

Que esta serie de atribuciones son de vital importancia para la prestación del servicio de justicia para la atención del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, conforme el artículo 75 de la Constitución de la República.

Que la Corte Constitucional ya ha advertido sobre la falta de designación de autoridades en las instituciones y organismos creados por la Constitución, y su impacto en la prestación al servicio a la colectividad. En ese marco, dicho Organismo ha expresado:

> "La falta de designación de autoridades provisionales o de transición, porque no hayan sido nombradas o estas renuncien durante el proceso de selección de sus reemplazos, pone en riesgo el ejercicio y protección de los derechos constitucionales de las personas y la continuidad del servicio público. Genera además acefalía en el cargo que en el caso de los órganos colegiados, por citar un ejemplo, sería difícil de cubrir con el número insuficiente de autoridades alternas, lo que dificultaría la labor de los miembros en conjunto". [Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 027-12-SIN-CC, dentro del caso No. 02-12-IN]

Que las actuales circunstancias exigen que sea el propio Pleno de la Corte Nacional de Justicia la que establezca una fórmula de su resolución; incluso de no existir una regla expresa para el caso especialísimo que acontece.

Que sobre el ejercicio de competencias implícitas o inherentes, el Tribunal Constitucional del Ecuador ha indicado:

> *"… existirá una competencia implícita o inherente a la expresamente conferida por el ordenamiento, cuando comporte aspectos de actividad de tal modo esenciales y naturales al cumplimiento del cometido que la atribución conferida implica, que de negárselos dicha atribución legal no pudiera ejercerse o el cometido público no pudiera cumplirse, total o parcialmente"*. [Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, Caso No. 0433-2004-RA]

Que conforme el artículo 182 de la Constitución, existe la competencia expresa de elegir al presidente de la Corte Nacional de Justicia, en sujeción a las reglas que desarrollan este precepto constitucional. Pese a ello, estas reglas no prevén cuál sería la solución ante la imposibilidad de elegir presidente de este Organismo.

Que del artículo 182 de la misma Constitución se desprende la competencia implícita de que, las juezas y jueces nacionales encarguen la Presidencia del organismo ante falta de elección de la presidenta o presidente del mismo, en sujeción a las reglas establecidas en el artículo 198 y 179 de la Código Orgánico de la Función Judicial.

Que este encargo implica, que las autoridades encargadas ejercerán todas las atribuciones que constitucional y legalmente le corresponden al Presidente y Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, hasta el nombramiento de los jueces titulares del Pleno, en número suficiente para sesionar y elegir Presidente y Presidente Subrogante, conforme las reglas del artículo 198 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En ejercicio de la atribución conferida en el segundo inciso del artículo 182 de la Constitución de la República,

RESUELVE:

Artículo 1.- Encargar la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia al Juez Nacional doctor José Dionicio Suing Nagua, perteneciente a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, hasta que sea elegido al Presidente o Presidenta titular de la Corte.

Artículo 2.- Encargar la Presidencia Subrogante de la Corte Nacional de Justicia a la Jueza Nacional doctora Enma Teresita Tapia Rivera, perteneciente a la Sala Especializada de lo Laboral, hasta que sea elegido el Presidente o Presidenta Subrogante titular de la Corte.

Artículo 3.- Los jueces encargados de las señaladas dignidades ejercerán las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias que corresponden a los titulares de la Presidencia y Presidencia Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, mientras dure su encargo.

Artículo 4.- Quienes sean elegidos como titulares de la Presidencia y Presidencia Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo indicado en los artículos anteriores, serán designados únicamente para culminar el periodo que inició el 26 de enero de 2024.

DISPOSICIÓN GENERAL.- Póngase en conocimiento la presente Resolución al Consejo de la Judicatura, para los fines legales consiguientes.

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 siete días del mes de febrero 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 Artega García, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**. Certifico. **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL**

RESOLUCIÓN No. 02-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

2. Que dicho procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución de la República, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que, en un principio tiene efectos *inter partes*, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio, con efectos *erga omnes*:

- Existencia de al menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados, en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre que los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;

- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;

- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,

- Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen que al Pleno de la Corte Nacional le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución n.° 1A-2016, publicada en el Registro Oficial número 767, de 2 de junio de 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, y, unificación de la estructura de la resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

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

a) Resolución No. 0405-2021, que expide la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 09359-2019-02227, de 22 de diciembre de 2021, a las 15h02,

suscrita por el tribunal que lo conforman las doctoras: María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; Katerine Muñoz Subía y Enma Tapia Rivera, Juezas Nacionales.

b) Resolución No. 0330-2022, que expide la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 01371-2019-00424, de 23 de agosto de 2022, 16h27, suscrita por el tribunal que lo conforman las doctoras: Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional Ponente; Enma Tapia Rivera y María Consuelo Heredia Yerovi, Juezas Nacionales.

c) Resolución No. 0294-2023, que expide la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 07307-2020-00450, de 30 de junio de 2023, a las 12h46, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Enma tapia Rivera, Jueza Nacional Ponente; Katerine Muñoz Subía y Alejandro Magno Arteaga García, Jueces Nacionales.

d) Resolución No. 029-2024, que expide la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 05371-2019-00089, de 6 de febrero de 2024, 15h03 suscrita por el tribunal que lo conforman las doctoras: Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional Ponente; María Consuelo Heredia Yerovi y Katerine Muñoz Subía, Juezas Nacionales.

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia desarrolla y reitera la siguiente línea argumental común, con respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

a) El pago de fondo de reserva es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores en relación de dependencia, que se hace efectivo después de que han cumplido el primer año de trabajo para un mismo empleador, según lo establece el capítulo XI, artículo 196, del Código del Trabajo.

b) En el año 2001, el artículo 201 del Código del Trabajo establecía: ***"Depósito de los fondos de reserva.-*** *Las cantidades que el empleador deba por concepto de fondos de reserva serán depositados mensual o anualmente en el Instituto de Seguridad Social, para los efectos determinados en la Ley y en sus estatutos, siempre que el trabajador se hallare afiliado a dicho instituto".*

c) La Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, reformó el artículo 201 antes señalado, disposición cuyo contenido se modificó en el siguiente sentido: ***"Depósito del fondo de reserva.-*** *Las cantidades que el empleador deba por concepto de fondo de reserva serán depositados mensualmente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para los efectos determinados en la ley y en sus estatutos, siempre que el trabajador se hallare afiliado a dicho Instituto y en el caso de que el trabajador haya decidido no recibirla de manera mensual y directa por parte del empleador."*

d) Es a partir de la vigencia de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado - 29 de julio de 2009, que la legislación incorpora la posibilidad de que el trabajador reciba de forma mensual y directa el pago de los fondos de reserva; puesto que, antes de esa fecha, el rubro por tal derecho debía depositarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), sin la opción de que el trabajador lo perciba directamente.

e) En ese contexto, antes de la reforma referida, podían ocurrir dos posibles escenarios:

i. Que el trabajador se encuentre afiliado al IESS: En este primer supuesto, podría acontecer que aun cuando el trabajador se encuentre afiliado a la seguridad social, el empleador se encuentre en mora del pago de dicho beneficio. En este evento, no corresponde a los órganos jurisdiccionales ordenar su pago directo a favor trabajador, en atención a lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley de Seguridad Social, que prevé que el IESS es el recaudador de los fondos de reserva. Es decir, es a esta entidad a quien le corresponde tomar las medidas administrativas pertinentes

con el objeto de que los empleadores satisfagan este derecho, para lo cual el artículo 287 ibídem, otorga la potestad coactiva.

ii. Que el trabajador no se encuentre afiliado al IESS: En el segundo escenario, el contexto es distinto, pues se obliga al patrono al pago directo del fondo de reserva a favor del trabajador ante la falta de afiliación, habilitándose de esta manera la acción judicial para exigir su cumplimiento conforme lo dispuesto en el artículo 202 del Código del Trabajo; más aún, si la falta de afiliación al IESS impidió la recaudación de dicho fondo por parte de la citada entidad pública.

f) Con la entrada en vigencia de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, de 29 de julio de 2009, se reforma el artículo 201 del Código de Trabajo, incorporándose dos opciones que puede escoger el trabajador para el pago de los fondos de reserva: la primera de ellas es que los fondos de reserva sean pagados de forma mensual y directa a los trabajadores/as, sin intermediación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); o, que las cantidades que el empleador deba cancelar por concepto de fondos de reserva, los deposite mensualmente en el IESS.

g) La modalidad de pago directo y mensual de una cantidad dineraria por concepto de fondos de reserva, implica que el IESS ya no administra los rubros sobre tal beneficio, sino que, la disposición de estos valores se traslada al trabajador; en tal virtud, ya no existe una potestad exclusiva del IESS para exigir su recaudación, puesto que esta entidad administrará los fondos de reserva, únicamente en el caso de aquellos afiliados que hayan expresado su deseo de ahorrarlos en sus cuentas individuales de esta institución.

h) Las referidas modalidades de pago de los fondos de reserva generan un efecto procedimental inmediato y diferenciado que determina la vía para exigir su pago en caso de incumplimiento; esto es: 1.Antes de la reforma de 29 de julio de 2009, la administración y recaudación le corresponde exclusivamente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); 2. Si el trabajador lo percibía de forma mensual y directa, puede accionar la vía judicial, ante el juez del trabajo respectivo, demandando a su empleador el pago de sus fondos de reserva; y, 3. En el caso de que el IESS sea el administrador y recaudador de sus fondos de reserva por decisión del propio trabajador, la acción de reclamo deberá proponerla en vía administrativa ante el IESS, promoviendo así que la entidad pública ejerza su potestad coactiva para exigir al empleador el pago de los valores adeudados.

En uso de la atribución prevista en 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 competencia para conocer y resolver los reclamos sobre fondos de reserva, depende de su forma de pago y la fecha en que se generó este derecho; esto es, si el trabajador los percibía de manera mensual conforme a la reforma del año 2009 del artículo 201 del Código del Trabajo, el reclamo será tramitado mediante juicio laboral en contra del mismo empleador. Por otra parte, si el trabajador acumulaba sus fondos de reserva, es decir, los administraba y capitalizaba el IESS, el reclamo será tramitado en sede administrativa ante el IESS, para que en ejercicio de su potestad coactiva recaude los valores adeudados por el empleador, tal como lo prevé el artículo 275 de la Ley de Seguridad Social".

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.

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 trece días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Artega García, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango **(VOTO EN CONTRA)**, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Hipatia Ortiz Vargas **(VOTO EN CONTRA)**, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dr. Pablo Loayza Ortega, **CONJUEZ NACIONAL.** Certifico. **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 03-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 182 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el país, que estará integrada por veintiún juezas y jueces nacionales; quienes deberán elegir de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente que representará a la Función Judicial y durará tres años en sus funciones;

Que el artículo 198, inciso primero, del Código Orgánico de la Función Judicial, reformado por el artículo 43 de la Ley s/n publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345 de 8 de diciembre de 2020, dispone: *"Las juezas y los jueces titulares elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la primera quincena del período correspondiente, por votación escrita y secreta, y durará en sus funciones tres años. En caso de impedimento o ausencia temporal, le subrogará la jueza o el juez designado en la misma sesión y del mismo modo; de haber dos o más nominados al mismo tiempo, la designación se desarrollará mediante sorteo realizado de modo transparente."*

Que para el caso de ausencia de la Presidenta o Presidente de las Cortes Provinciales de Justicia, el artículo 211 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *"Subrogación de la presidenta o el presidente.- En caso de impedimento o ausencia de la Presidenta o el Presidente, le subrogará la jueza o el juez más antigua o antiguo, según la fecha de nombramiento, y de haber sido designados en la misma fecha, según el orden de nombramiento, quien igualmente asumirá la presidencia hasta la conclusión del periodo en caso que fuere definitiva la falta del titular".*

Que el Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expedido en Resolución No. 04-2017 publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial 962 de 14 de marzo de 2017, al referirse a la dirección de las sesiones de ese Órgano, en su artículo 8 dispone*: "Las sesiones del Pleno estarán dirigidas por el Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, cuando desee intervenir en un debate, se conozca un asunto en el cual tenga interés personal, o deba ausentarse momentáneamente, encargará la dirección de la sesión a la o el juez subrogante. En caso de impedimento o ausencia del titular, presidirá el primer Juez o Jueza subrogante y a su falta lo hará aquel o aquella que corresponda de acuerdo al orden de designación."*

Que existen dudas sobre el alcance e interpretación del artículo 198 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto del encargo de funciones de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, cuando exista ausencia temporal tanto de la o el Presidente como de la o el Presidente Subrogante.

Que es necesario aclarar el alcance de esas normas respecto del orden de encargo de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, no solamente para el caso de la dirección de las sesiones del Pleno de ese organismo, sino para el ejercicio de todas las funciones que le corresponden, en caso de ausencia temporal tanto de la o el Presidente titular, como también de la o el Presidente Subrogante; y,

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

RESUELVE:

Artículo 1.- En caso de ausencia temporal de la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se encargará sus funciones a la o el Presidente Subrogante.

En caso de ausencia temporal tanto de la o el Presidente como de la o el Presidente Subrogante de manera simultánea, se encargarán las funciones de la Presidencia, a la Jueza o Juez Nacional de más antigüedad según la fecha de su nombramiento; en caso de existir más de una Jueza o Juez Nacional designados en la misma fecha, se seguirá el orden de nombramiento establecido al momento de su designación.

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 veintisiete días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE**; Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Katerine Muñoz Subía (Voto en contra), Dr. Iván Saquicela Rodas (Voto en contra), Dra. Consuelo Heredia Yerovi (Voto en contra), Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle (Voto en contra), Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dr. Pablo Loayza Ortega, Fernando Cohn Zurita, Dr. Julio Arrieta Escobar, **CONJUECES NACIONALES**. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 04-2024

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 la facultad de la Corte Nacional de Justicia, se encuentra relacionada con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplado en el artículo 11, numeral 8 de la Carta Magna que establece: *"Artículo 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio"*; así como también es un pilar de la seguridad jurídica, puesto que, con el ejercicio de esta atribución, se garantiza la previsibilidad, por medio de la unificación en la aplicación e interpretación de las normas infraconstitucionales;

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."*

El artículo 82 *ibídem*, reconoce el derecho a la seguridad jurídica fundamentándolo en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

El artículo 76.3 de la Constitución, dentro del debido proceso, determina a una de las dimensiones del principio de legalidad, que se refiere a la necesidad de que exista un procedimiento claramente pre establecido por el ordenamiento jurídico;

Que, el artículo 75 de la Constitución de la República garantiza a las personas el derecho a un acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; y que en ningún caso quedarán en la indefensión. En tanto que el artículo 76 numerales 3 y 7 letra k) de la Constitución establecen: "3… Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"; y, "7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: …k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente…".

Que existen dudas respecto de la aplicación de los artículo 89 inciso primero y 108 último inciso del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en relación con los artículos 217 y 219 numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de la competencia para conocer y resolver las impugnaciones de las resoluciones del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador sobre los reclamos de pago indebido en la aplicación de salvaguardias, situación que está ocasionando inseguridad jurídica al momento en que los sujetos pasivos presentan una demanda contra el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador por pago indebido en aplicación de salvaguardias;

Que, ante la presentación de demandas por pago indebido, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario, consideran que se trata de un acto administrativo y no tributario, por lo cual se inhiben de conocer esta acción; y, por su parte, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, han expresado que la aplicación de salvaguardias son medidas de comercio exterior relacionadas con la liquidación de tributos aduaneros, cuya acción de pago indebido corresponde a la jurisdicción contencioso tributaria;

Que, de acuerdo con el artículo 88 del Código Orgánico de la Producción y Comercio, las medidas de protección comercial como las salvaguardias son mecanismos de política comercial para obtener transparencia y eficiencia de los mercados internacionales fomentar *la igualdad de condiciones y oportunidades el artículo 89, inciso primero, ibídem* dispone que: *"… 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 del Derecho Tributario no serán de aplicación obligatoria a estas medidas…";*

Que, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ha resuelto varios conflictos de competencia entre los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, respecto de los reclamos por devolución de pago de lo no debido en concepto de salvaguardias, determinando que la competencia corresponde a lo contencioso tributario, expresando en sus resoluciones que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 535-2012 concluyó lo siguiente: *"…esta Sala considera oportuno indicar que la salvaguardia, como bien lo manifiesta el recurrente en su recurso de casación, si bien es cierto es una medida económica adoptada por el Estado, su consecuencia es el aumento de los impuestos al comercio exterior, y es sobre este incremento de tributos sobre el cual la Sala A quo resolvió el juicio de impugnación por pago indebido, justamente basado en la facultad que le otorga el art. 220 del Código Orgánico Tributario. Finalmente, no deja de llamar la atención a la Sala que en esta ocasión, cuando el resultado es desfavorable a la Administración, cuestione la competencia de la Sala para conocer esta clase de acciones, proceder que no ha sido el mismo cuando, la decisión ha sido favorable a los intereses institucionales, lo cual desdice de la lealtad procesal con la que se debe actuar en todo proceso".*

Que, el artículo 219 numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial disponen: *"Les corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso tributario: 1. Conocer y resolver las controversias que surgen entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros por actos que determinen las actuaciones tributarias o que establezcan responsabilidades de las mismas o por las consecuencias que se deriven de las relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de las leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario; 2. Conocer de las impugnaciones que presenten los contribuyentes o interesados directos contra todo acto administrativo de determinación tributaria proveniente de la administración tributaria nacional, seccional o de excepción; inclusive de todo acto administrativo que niegue peticiones de compensación o facilidades de pago, niegue recursos de revisión, imponga sanciones por incumplimiento de deberes formales o niegue reclamos de pago indebido"*; y,

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

RESUELVE:

Artículo 1.- Corresponde a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario del país la competencia para conocer y resolver las demandas en las que se reclame la devolución por la aplicación y cobro de salvaguardias, recaudadas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

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 veintisiete días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro.

f) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE;** Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Rita Bravo Quijano, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES;** Dr. Fernando Cohn Zurita, Dr. Julio Arrieta Escobar, **CONJUECES NACIONALES.** Certifico. **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 05-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 173 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas;

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, correspondiendo al Pleno determinar las Juezas y Jueces que integrarán las diferentes Salas en el número que la necesidad del servicio lo requiera, tomando en cuenta su especialidad, pudiendo una jueza o juez integrar más de una Sala, Resolución que podrá ser modificada en cualquier tiempo;

Que con Resolución No. 007-2024, el Pleno del Consejo de la Judicatura derogó las Resoluciones No. 157-2023, de 05 de septiembre de 2023 y No. 197-2023, de 28 de noviembre de 2023, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura, respecto de la reforma de la ampliación de los períodos de las y los jueces de la Corte Nacional de Justicia; y, en consecuencia, el 3 de febrero de 2024, cuatro Jueces Nacionales titulares cesaron en funciones;

Que el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 068-2024, de fecha 22 de marzo de 2024, nombró a Conjuezas y Conjueces temporales de la Corte Nacional de Justicia. Ante la entrada en vigor de dicha Resolución y la consecuente reorganización de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, surge la duda de cómo distribuir las causas que se encuentren en trámite ante Conjuezas y Conjueces.

Que el artículo 163 del Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer las reglas generales para determinar la competencia, prescribe que fijada la misma con arreglo a la ley ante la jueza, juez o tribunal competente, no se alterará por causas supervenientes.

Que el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que la potestad jurisdiccional se ejerce en virtud de la ley, con sujeción a los principios de especialidad y competencia.

Que la especialidad de la potestad jurisdiccional tiene como finalidad garantizar la imparcialidad y la objetividad de las decisiones judiciales, así como la eficiencia del servicio de justicia.

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

RESUELVE:

Art. 1.- En todas las Salas Especializadas, excepto las penales, en las que se modifique el número de las conjuezas y los conjueces que las integran, se efectuará un resorteo de todas las causas que se

encuentran en fase de admisibilidad de los recursos de casación entre las conjuezas y los conjueces con la finalidad de distribuir la carga procesal de manera equitativa.

Dicho resorteo no incluirá las causas que se encuentren pendientes de complementación, aclaración, ampliación o revocatoria, en cuyo caso su despacho le corresponderá a la conjueza o el conjuez que conoció la admisibilidad del recurso de casación, siempre que la o el conjuez permanezca en dicha calidad.

Art. 2.- En los recursos de doble conforme, se efectuará un resorteo del Tribunal de los procesos que se encuentran pendientes de resolución entre las conjuezas y los conjueces, de manera equitativa y atendiendo a la especialidad para la que fueron designados.

Art. 3.- En los recursos de casación, revisión y fuero que se tramiten en la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, en los cuales el Tribunal se encuentre conformado por conjuezas y conjueces que no pertenezcan a dicha Sala especializada, se efectuará un resorteo de los procesos, de manera equitativa.

Art. 4.- Cuando una conjueza o un conjuez sin especialidad en materia penal, haya actuado como ponente o miembro del Tribunal, en una audiencia de formulación de cargos, de juicio, de apelación, casación o recurso de revisión quedará radicada su competencia en el proceso.

Art. 5.- Todos los juicios penales que se hubieren sorteado a conjueces o conjuezas que no pertenecen a la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, por ausencia o impedimento del titular, serán resorteados entre los Conjueces y las Conjuezas de dicha especialidad.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: Se dispone a la Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo y a los Presidentes de Sala, según corresponda, que con base en los inventarios de causas remitidos por las Secretarías de la Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, efectúen el resorteo que corresponda.

SEGUNDA: Una vez resorteadas las causas conforme los artículos anteriores, las Conjuezas y los Conjueces deberán tramitarlas y resolverlas atendiendo al orden cronológico de ingreso a la Corte Nacional de Justicia, sin importar el Código Procesal que las rija, salvo situaciones excepcionales justificadas.

Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial. Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el primer día del mes de abril 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, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, Dra. Rita Bravo Quijano, Dr. Javier de la Cadena Correa, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES**; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Julio Arrieta Escobar, **CONJUECES NACIONALES**. Certifico. **f)** Dra. Isabel Garrido Cisneros, **SECRETARIA GENERAL.**

RESOLUCIÓN No. 06-2024

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, el Presidente Constitucional de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 226 de 17 de abril de 2024, dispuso en su artículo 1 suspender la jornada de trabajo, tanto para el sector público como para el privado, los días jueves 18 y viernes 19 de abril de 2024;

Que, mediante Memorando Circular No. CJ-DG-2024-1194-MC de 17 de abril de 2024, el Director General del Consejo de la Judicatura dispuso, entre otras medidas, la suspensión de la jornada laboral de los servidores jurisdiccionales de las diferentes dependencias, a excepción de aquellas judicaturas que tengan competencia en delitos flagrantes, que incluye al personal administrativo y apoyo de las referidas dependencias.

Que, los días de suspensión de la jornada de trabajo en la Función Judicial no constituyen días hábiles de conformidad con lo previsto en el artículo 78 del Código Orgánico General de Procesos, y además por cuanto estas medidas restringen el adecuado despliegue del ejercicio del derecho básico a la defensa de partes o sujetos procesales, así como al debido proceso, consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador;

Que, la Constitución de la República en su artículo 82 dispone*: "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, la Corte Nacional de Justicia, a través de su Pleno, como máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país, tiene la obligación de precautelar el ejercicio de la función jurisdiccional, el ejercicio pleno de los derechos de los justiciables.

En consecuencia, y al amparo de las facultades que le confiere la ley;

RESUELVE:

Artículo 1.- En aplicación a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 226 de 17 de abril de 2024 emitido por el Presidente Constitucional de la República, se dispone suspender los plazos y términos previstos en la Ley para los procesos judiciales los días 18 y 19 de abril de 2024.

Esta suspensión no aplicará a los casos de infracciones flagrantes, garantías jurisdiccionales y la caducidad de la prisión preventiva.

Artículo 2.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial. Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial. Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia a los diecisiete días del mes de abril del año dos mil veinte y cuatro.

f)) Dr. José Suing Nagua, **PRESIDENTE (E);** Drs. Enma Tapia Rivera, Daniella Camacho Herold, Marco Rodríguez Ruiz, Katerine Muñoz Subía, Iván Saquicela Rodas, Consuelo Heredia Yerovi,

Milton Velásquez Díaz, Alejandro Arteaga García, Rosana Morales Ordóñez, Gustavo Durango Vela, David Jacho Chicaiza, Patricio Secaira Durango, Adrián Rojas Calle, Mercedes Caicedo Aldaz, Rita Bravo Quijano e Hipatia Ortiz Vargas, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES.** Certifico.
f) Dra. Sylvana León León, **SECRETARIA GENERAL (E)**

RESOLUCIÓN No. 07-2024

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

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

Que, existen dudas sobre la aplicación de los artículos 88, 256 y 278 del Código Orgánico General de Procesos, respecto de la procedencia de los recursos de apelación y de hecho sobre los autos interlocutorios dictados en la fase de ejecución para el cobro de la obligación de alimentos;

Que, el recurso de apelación es un medio de impugnación a través del cual los sujetos procesales pretenden que un tribunal superior revise lo resuelto por un juzgador de instancia, siendo base fundamental del derecho a una tutela judicial efectiva, del debido proceso y del derecho a la defensa, pues se trata de un mecanismo procesal del que disponen los justiciables para la revisión de las decisiones judiciales de primer nivel por parte de un juez o tribunal jerárquicamente; no obstante no es universal, es decir, no procede respecto de todas las decisiones judiciales, sino que está establecido para aquello casos expresamente previstos en la ley.

Que, en el proceso oral por audiencias, el recurso de apelación se rige por un sistema cerrado, es decir, que son susceptibles de apelación solo aquellas decisiones judiciales que expresamente la ley lo concede; en este sentido el inciso segundo del artículo 250 del Código Orgánico General de Procesos establece: *"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. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley.; y el artículo 256 dispone: "Procedencia. - El recurso de apelación procede*

contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Podrá interponerse de manera oral en la respectiva audiencia.";

Que, el recurso de hecho es un medio procesal cuyo objeto es que un tribunal superior revise la negativa por parte del juez o tribunal de instancia de dar trámite a un recurso de apelación o casación; pero que de acuerdo al artículo 279 del Código Orgánico General de Procesos, está sujeto a ciertas reglas para su procedencia como son: que la sentencia, auto interlocutorio o providencia deben ser susceptibles del recurso de apelación o casación, para que proceda el de hecho; el segundo es si el recurso de apelación ha sido interpuesto dentro de término; y el tercer caso se refiere más bien a si el recurso de apelación ha sido concedido o no con el efecto suspensivo;

Que, el artículo 413 del Código Orgánico General de Procesos limita el recurso de apelación en la fase de ejecución, en el siguiente sentido: *"Art. 413.- Régimen de recursos. Serán apelables exclusivamente el auto de calificación de postura yel auto de adjudicación."*

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Que, el artículo 35 de la Constitución de la República establece que las personas con discapacidad están consideradas dentro de los grupos vulnerables de atención prioritaria; y, el artículo 37 ibidem, dispone que el Estado adoptará políticas que garanticen el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Que, el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: *"El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.*

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.".

Que el artículo 14 de ese Código establece: *"Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño."

Que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño Asamblea General de Naciones Unidas, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en el artículo 3 dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.". Sobre el derecho de alimentos, esa Convención establece: "Art. 27 "… Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.".

Que, el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos establece lo siguiente: *"En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.*

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Sí el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total. (…)".

Que, atendiendo el principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes; y los derechos de las personas con discapacidad, plasmado en el Bloque de Constitucionalidad, así como las normas especiales que regulan el cobro forzoso de las obligaciones de pensiones de alimentos adeudadas, se considera que no procede el recurso de apelación respecto de los autos interlocutorios que fijan el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que tengan que ver con su objeto, conforme lo establece expresamente el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos; así como también de aquellos autos dictados para la ejecución de los apremios personales o reales.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- Que los artículos 88, 137, 256, 278, 279 y 413 del Código Orgánico General de Procesos, deberán interpretarse sistemáticamente de la siguiente manera: En la fase de ejecución de las decisiones judiciales o acuerdos extrajudiciales que hayan fijado medidas para el cumplimiento de las obligaciones de alimentos a favor de niñas, niños, adolescentes, o personas con discapacidad, no caben los recursos de apelación y de hecho respecto de los autos interlocutorios que fijan el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que tengan que ver con su objeto ni de aquellos dictados para la ejecución de los apremios personales o reales.

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 diecisiete días del mes de abril 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, 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. Mercedes Caicedo Aldaz, Dra. Rita Bravo Quijano, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, **JUEZAS Y JUECES NACIONALES.-** Certifico. Dra. Sylvana León León, **SECRETARIA GENERAL (E)**

Gaceta Judicial

Número 1 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09802-2020-00903*
Fecha: *lunes 29 de enero de 2024, las 11h14*

TEMA: No existe el acto administrativo en el fundamento de la demanda. Falta de revisión normativa es una deficiencia de insuficiencia normativa en su parte resolutiva. Arts. 300 y 301 del COGEP.

SÍNTESIS

El deber de motivación se encuentra previsto en la Constitución del Ecuador en su artículo 76, núm. 7, letra l) por lo cual, la Sala analizó el fallo impugnado y concluyó: que no se ha hecho referencia alguna a las normas sobre las cuales se cimentó la acción subjetiva propia del contencioso administrativo; y se dio paso a la pretensión, sin siquiera percatarse de la inexistencia de un acto administrativo; requisito vital para este proceso. Esta Sala, colige entonces, que la falta de revisión normativa por parte del TDCA de Guayaquil, constituyó una deficiencia de insuficiencia normativa en su parte resolutiva, lo que configura un vicio motivacional. Pese a la inexistencia del acto administrativo y aun así aceptar la pretensión del actor permite hoy, aceptar el cargo por la causal segunda del artículo 268 del COGEP.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09802-2020-00903

Juez Ponente: Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 29 de enero del 2024, las 11h14.

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09802-2020-00903

1. Antecedentes procesales

1.1. A través de Resolución COSTRI No. 157-2013 de 14 de noviembre de 2013, se dispuso la situación militar de disponibilidad de Darwin Nicanor López Caicedo, por haberse dictado en su contra auto de llamamiento a juicio dentro del proceso penal No. 13246-2013-0028, por el supuesto cometimiento del delito de apropiación ilícita.

1.2. A través de Resolución COSTRI No. 262-2020 de 9 de julio de 2020, se ordenó el reintegro al servicio activo de la Armada del Ecuador de Darwin López, ya que, a través de sentencia de 17 de noviembre de 2015, las 14h32 se ratificó su estado de inocencia dentro del proceso penal que se seguía en su contra.

1.3. El 13 de noviembre de 2020, Darwin Nicanor López Caicedo, presentó una demanda de plena jurisdicción o subjetiva en contra de: Ministro de Defensa Nacional, Comandancia General de la Fuerza Naval y el Procurador General el Estado, a través de la cual se solicitó se cancele la totalidad de los valores dejados de percibir durante los 7 años en los que estuvo separado de las Fuerzas Armadas.

1.4. A través de sentencia de 10 de junio de 2022, a las 10h05, el TDCA, aceptó parcialmente la demanda y dispuso se cancele todos los haberes económicos que le corresponden desde que se dispuso su baja (04 de abril de 2014) hasta la fecha de reintegro (05 de agosto de 2020). Contra esta decisión la Armada del Ecuador interpuso recurso de casación.

1.5. Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 04 de octubre de 2023, las 12h50, el conjuez Nacional Mauricio Espinosa admitió el recurso de casación, por la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal.

1.6. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP se celebró audiencia de

fundamentación del recurso, el 07 de diciembre de 2023, a las 09h00, en la cual por unanimidad se resolvió rechazar el recurso de casación. En virtud de lo dispuesto en el artículo 93 ibidem, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación:

2. Competencia

2.1. Esta Sala está integrada por los jueces Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. Su conformación resultó de tres sucesos:

1. El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021;
2. La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante Resolución No. 02-2021 de 5 de febrero de 2021; y,
3. Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

2.2. Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial ("COFJ"), en concordancia con los artículos 184.1 de la Constitución y 269 del COGEP.

2.3. En este caso, el sorteo electrónico radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

3. Validez procesal

3.1. No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

4. Fundamentación del recurso de casación Causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de motivación.

4.1. El recurrente manifestó que la sentencia recurrida atentó contra la seguridad jurídica y violó la tutela judicial efectiva, ya que no especificó cuál es el acto administrativo ilegal, ilegítimo o ineficaz que se dejó sin efecto y cuya nulidad causó el pago de valores económicos. También mencionó que de manera incompatible se le atribuyó la prescripción de la acción penal a la Armada del Ecuador, cuando la acción penal le pertenece a la Fiscalía General del Estado. En este sentido señaló que la decisión es contradictoria e incompatible porque el TDCA aceptó parcialmente la demanda para el pago de valores por un hecho que no es responsabilidad institucional.

5. Problema jurídico

5.1. Determinar si la sentencia incurrió, por la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en falta de motivación.

6. Análisis

Causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de motivación.

6.1. En primer punto, es menester precisar que la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador refleja una tendencia a alejarse del *"test de motivación"* que comprendía el análisis de la razonabilidad, lógica y comprensibilidad, ratificando, por el contrario, el análisis de la motivación suficiente [CCE, sentencia No. 188-15-EP/20, de 11 de noviembre de 2020, párr. 20. En similar sentido, sentencias No. 860-12-EP/19, de 4 de diciembre de 2019, párr. 29; No. 131-14-EP/20, de 15 de enero de 2020, párr. 20; entre otras]; criterio que ha sido acogido por la jurisprudencia de esta Corte Nacional de Justicia [Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 12 de octubre de 2021, Juicio No. 01803-2019-00258 y de 10 de septiembre de 2021, Juicio No. 01803-2018-00369; entre otras].

6.2. El cambio de línea jurisprudencial se fundamenta principalmente en que el *"test"* distorsiona el alcance de la motivación, al exigir a los juzgadores una fundamentación correcta, y no una suficiente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.7.l) de la CRE. Es decir, mediante el "test" se exigía que la motivación acierte en la interpretación y aplicación del Derecho [CCE, sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 46], cuando en realidad, la CRE solo establece los elementos argumentativos que componen la estructura mínima de una argumentación jurídica [CCE, *ibidem*, párr. 57].

6.3. De acuerdo con lo anterior, esta Sala se dispone a examinar la falta de motivación de la sentencia recurrida de acuerdo con la estructura del artículo 76.7.l de la CRE.

6.4. El deber de motivación se encuentra previsto en la Constitución del Ecuador en su artículo 76, núm. 7, letra l) y prevé:

> *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.*

6.5. Esta disposición se refiere al deber de razonar y se cumple cuando se *"verifican dos circunstancias básicas: enunciar las normas o principios en que funda la decisión; y, explicar la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios a los hechos del caso"* [Rafael Oyarte, Derecho Constitucional (Quito: Ediciones Legales, 2019) 935].

6.6. De criterio similar ha sido nuestra jurisprudencia constitucional, al entender que la estructura de la motivación se compone de: i. enunciar las normas y/o principios jurídicos en que se fundamenta la decisión; ii. enunciar los hechos del caso; y, iii. explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho [CCE, sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 59].

6.7. De esta forma, una argumentación jurídica mínimamente completa está compuesta por suficientes fundamentos fácticos, sobre los antecedentes de hecho y su prueba; y suficientes fundamentos jurídicos, en el sentido de enunciar las normas y principios jurídicos y la aplicación de estos a los antecedentes de hecho -pertinencia- [CCE, sentencia No. 497-17-EP/20 de 9 de septiembre de 2020, párr. 17]. La motivación, en este sentido, deberá indicar sobradamente que la decisión adoptada responde a una manera específica de entender qué hechos resultan probados y cómo se interpreta la norma aplicable [Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 242].

6.8. La motivación suficiente exige únicamente conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento expresado [Juan Montero Aroca, La Sentencia. En Derecho Jurisdiccional II (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 384]. Así también *"…no incluye un derecho al acierto o la corrección jurídica de las resoluciones judiciales"* [CCE, sentencia No. 274-13-EP/19, de 18 de octubre de 2019, párr. 47]; como tampoco, habilita una revisión de los méritos de la decisión, ni permite entrar a analizar la corrección de la aplicación del Derecho y tampoco de la valoración probatoria (motivación incorrecta) [CCE, sentencia No. 1906-13-EP/20, 5 de agosto de 2020].

6.9. En ese orden, esta Sala examinará la motivación, de acuerdo con los estándares previamente desarrollados.

6.10. La parte recurrente manifestó que, la falta de motivación se debió a que el TDCA desconoció el acto administrativo ilegal, ilegitimo o ineficaz que se cuya nulidad se estaría solicitando para así ordenar el pago de haberes dejados de percibir, esto atentó a la seguridad jurídica y resultó una violación de la tutela judicial efectiva pues fue en contra del objeto mismo de la acción subjetiva.

6.11. Señala que la sentencia es incompatible, pues se le atribuye la prescripción del delito que se investigaba, lo que causó la baja del actor de sus funciones, a la Armada del Ecuador, supuesto que justificó para el TDCA, la imposición del pago por haberes dejados de percibir, sin embargo, esta facultad no es competencia de esta institución, pues como es de conocimiento general el ejercicio de la acción penal pública le corresponde únicamente a la Fiscalía General del Estado y no haberse elementos de convicción que presuman el cometimiento de un delito no puede ser responsabilidad alguna de la Armada del Ecuador .

6.12. De la revisión de la sentencia recurrida se desprende que el TDCA analizó la existencia de responsabilidad extracontractual al no habérsele pagado al actor las remuneraciones dejadas de percibir.

6.13. Bajo este argumento el TDCA explicó que el origen de la responsabilidad del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, si no la injusticia o ilicitud de sus efectos, esto es conocido como afectación injusta. Para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, deben concurrir 3 elementos, estos son: 1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho, 2. El daño calificado; y, 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.

6.14. Sobre el primer requisito: **La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho,** el TDCA sostiene que desde que se le dio de baja, el actor no percibió las remuneraciones que le pertenecían, esto configura el

primer elemento. Al haberse ratificado el estado de inocencia del actor, se confirma que durante todos los años que estuvo separado de su puesto de trabajo, tuvo que soportar una carga que no le correspondía (la falta de pago de remuneraciones), esto constituiría el segundo elemento, **el daño calificado**. Sin embargo, concluyó que, al colocar en disponibilidad y luego, dar de baja al actor, la Armada del Ecuador actuó en base a la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, por lo que no se puede imputar a esta institución la **comisión del daño** como tercer elemento, por lo que decidió no aceptar esta pretensión de la demanda pues no se configuró responsabilidad extracontractual del estado, al carecer de uno de los elementos.

6.15. En este sentido, por cuanto esta parte de la decisión debidamente motivada, se rechaza el cargo de falta de motivación sobre esta pretensión.

6.16. Sobre la petición de ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, el TDCA señaló que al haber desaparecido el delito por el cual se le investigaba al actor, desaparecieron también sus consecuencias jurídicas, entre esas, no poder percibir sus remuneraciones, bajo este supuesto aceptó el pago de los haberes dejados de percibir desde que se dispuso la baja del actor, en orden general 082 de 4 de abril de 2014 hasta el día del reintegro al servicio activo, por orden general 073 de 5 de agosto de 2020, con sus respectivos intereses.

6.16. En este sentido, el accionante señaló que no se acompañó la decisión con la enumeración y debida explicación de normas por las cuales se lo concede, esta omisión causó que no se considere la inexistencia de un acto administrativo que se impugna.

6.17. Sobre este supuesto, esta Sala debe mencionar que la Corte Constitucional ha explicado que la deficiencia de insuficiencia existe cuando la fundamentación normativa o fáctica no cumple con el estándar previamente establecido. El recurrente alegó insuficiencia normativa como se desprende del párrafo 6.16 *ut supra*

6.18. Sobre este particular, esta Sala debe señalar que, posterior a la revisión de la sentencia recurrida, se ha podido verificar que esta no se encuentra debidamente motivada y presenta la deficiencia de insuficiencia. Siendo notorio este particular en: el numeral 8.7 de la sentencia recurrida, en su parte final, la misma que se encuentra a fojas 784 reverso, en el que el TDCA señaló:

> *"(…) Se configura la circunstancia del que el hoy demandante y el acto, por el que fue procesado, no fueron juzgados por el fundo, en forma definitiva quedando liberado de este y de sus consecuencias, entre las que constaba no poder percibir su remuneración, siendo declarada prescrita la acción, por la Corte Nacional de Justicia, sin establecer, como es lógico, su responsabilidad y por ende, desapareciendo el delito y sus consecuencias,* ***tiene derecho a las remuneraciones no recibidas , debiendo ser pericialmente liquidadas (…)"*** *Énfasis me corresponde.*

6.19. El TDCA, en el párrafo señalado ut supra absolvió la petición de liquidación de haberes dejados de percibir, haciendo un ejercicio motivacional totalmente incompleto, pues señaló como premisa mayor que el actor fue alejado injustificadamente de su trabajo ya que se ratificó su estado de inocencia, y concluyó con que por esto, tiene derecho a las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que permaneció separado del servicio activo, sin embargo, su proposición carece de premisa mayor, es decir, de la mención normativa bajo la cual determinado hecho produce una consecuencia jurídica.

6.20. En este sentido, para que este párrafo se encuentre debidamente motivado, el TDCA debió establecer el análisis de la siguiente manera: premisa mayor (norma correspondiente al hecho alegado en la premisa mayor) + premisa menor (hecho + acto administrativo que vulnera derechos del administrado) = conclusión.

6.21. Para esta Sala, es menester señalar que el TDCA, al concluir la vulneración de un derecho, de manera obligatoria debió establecer el acto jurídico que produjo tales efectos, recordando que la naturaleza del proceso contencioso administrativo es la impugnación de un acto administrativo, el mismo que es vital para la resolución de la litis. En este sentido, se debió señalar, como se menciona en el párrafo 6.20 ut supra, el acto administrativo impugnado para sustentar el argumento deductivo del TDCA.

6.22. De la revisión del expediente, esta Sala ha advertido que no se ha hecho referencia alguna a las normas sobre las cuales se cimenta la acción subjetiva propia del contencioso administrativo, por tal razón se dio paso a una pretensión sin siquiera percatarse de la inexistencia de un acto administrativo, requisito vital para este proceso. En la sentencia se ordenó el pago de haberes dejados de percibir, pero no se hizo alusión alguna al acto administrativo que debió negar esta solicitud y el

que se debió estar impugnando en esa etapa. Esta Sala, colige entonces, que la falta de revisión normativa por parte del TDCA, constituyó la razón para que este órgano no se percate de la inexistencia del acto administrativo y aun así de paso a la pretensión del actor.

6.24. Por todo lo expuesto, se acepta el cargo por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por falta de motivación. En consecuencia, se casa la resolución y se emite en su lugar la sentencia de mérito, bajo las siguientes consideraciones:

7. Sentencia de mérito

7.1. Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019].

7.2. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente en relación a la facultad establecida en el artículo 16 de la Ley de Casación (actual 273 del COGEP):

> *(…) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos. [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27].*

A. Demanda

7.3. De fojas 12 a 14 del expediente de instancia, se encuentra la demanda presentada por Darwin Nicanor López Caicedo en contra de: i) Ministro de Defensa Nacional General del Servicio Pasivo, ii) Comandancia General de la Fuerza Naval; y, iii) Procuraduría General del Estado.

7.4. Darwin Nicanor López Caicedo fue dado de baja de la Armada del Ecuador, el 03 de octubre de 2013, por habérsele llamado a juicio dentro de un proceso penal por apropiación ilícita. A esta resolución, el actor interpuso recurso de reconsideración, en sede administrativa, mismo que fue negado.

7.5. Dentro del proceso penal que se siguió en su contra, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia ratificó el estado de inocencia del actor, quien de manera inmediata solicitó el reintegro al servicio activo, mismo que en primer lugar fue negado, pero el cual se aceptó mediante resolución No. 262-2020, del 09 de julio de 2020.

7.6 Dentro de la demanda, en el acápite de la pretensión, el actor solicitó:

> *"Señores Magistrados, solicito se me haga Justicia, para que ustedes en sentencia, dispongan a mi favor, para que por medio del Ministerio de Defensa Nacional, ordene al Comando de la Fuerza Naval, cancele la totalidad de los valores adeudados por concepto de mala aplicación de la norma, en donde en 07 años nunca pudieron demostrar mi supuesta participación en la infracción que se imputo falsamente y de ser posible se ejecute el derecho de repetición sorbe los tripulante y oficiales que en su momento se confabularon para la perpetración de mi perjuicio.*
>
> *Que se cumpla con el Art. 77 y 88 de la ley de personal de FF AA y se me cancele todos mis haberes económicos que me corresponden desde que se ordenó mi baja en Orden General No. 082 de 04 de abril de 2014 hasta que fui reintegrado al servicio activo con Orden General 073 de 05 de agosto de 2020 conforme el estudio pericial solicitado como prueba técnica.*
>
> *Que se declare la responsabilidad del Estado ecuatoriano, y toda persona que actuó en ejercicio de una potestad pública, y las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios militares de la época (2013-2014) en el desempeño de sus cargos y que dieron lugar a este perjuicio.*
>
> *Que, como consecuencia de la responsabilidad por la violación a mis derechos constitucionales, el Estado Ecuatoriano me indemnice en la suma de 100 mil DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA como resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales; causados durante los 7 años de lucha en el reintegro al servicio activo hecho que lo he logrado al demostrar que soy inocente y conforme reintegro publicado en Orden General No. 73 del 05 de agosto del 2020 y en aplicación de la ley de personal de FF AA su Art. 77 y 88 solicite se declare con lugar la pretensión.*
>
> *Que se ordene al Estado ecuatoriano ejercer el derecho de repetición contra los funcionarios por cuya actuación el Estado está obligado a indemnizarnos.*

B. Contestación a la demanda.

7.7 En relación con la pretensión de la demanda, la Armada del Ecuador realizó las siguientes consideraciones:

Sobre la separación del actor de su trabajo alegó que el actor se encontraba sometido a la Ley de Personal de Fuerzas Armadas, en la que se establece:

"(…) Art. 76. – El militar será puesto en disponibilidad, por una de las siguientes causas:
e) Por haberse dictado en su contra auto de llamamiento a juicio, por infracciones militares o comunes, una vez ejecutoriados (…)"

7.8 En este sentido, el demandado alega que este actuó en el marco legal, y dando cumplimiento a la normativa vigente a la fecha, por lo cual no se le podría atribuir responsabilidad alguna.

7.9 Sobre el pago de los haberes dejados de percibir durante el tiempo que estuvo separado del servicio activo se alegó que los años sobre los cuales solicitó el pago, el actor no realizó actividad ni labor alguna en la institución, por lo que sería improcedente realizar un pago por un valor que no le corresponde, tomando en cuenta que la baja de la institución se dio después de poner su puesto en disponibilidad por su vinculación en un proceso penal.

7.10 No se alegó ninguna excepción previa.

C. Consideraciones de la Sala

7.11 La competencia revisora de la legalidad atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su formulación más típica, solo después de que la Administración haya dictado la norma o el acto contra el que se dirige la actuación (presupuesto o exigencia identificada como la necesidad de acto previo) y su concepción como un proceso impugnatorio, en el que se combate la legalidad de esa norma o actuación, ha determinado la tradicional denominación de aquel proceso como "recurso" y la afirmación de su carácter revisor de la legalidad de la actuación administrativa" [Segundo Menéndez Pérez, Derecho Procesal, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020), 9].

7.12 No obstante que la noción de "recurso" en esta materia ya ha sido superada, considerándose al contencioso administrativo como un verdadero proceso contradictorio, permanece como atribución de esta jurisdicción el control de legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas. De suerte que, dicho control, consiste en la facultad de **anular decisiones de la Administración por ser contrarias a derecho,** las de reparar los efectos de su actividad como Administración, y además la de condenar y obligar a la Administración Pública a realizar las prestaciones que la Ley le impone, o cesar actividades materiales que carecen de apoyo legal [Luis Cosculluela, *Manual de Derecho Administrativo* (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2020), Págs. 537-538], así como, **revisar cualesquiera cuestiones de legalidad para buscar la anulación** (como pretensión procesal) **bien contra una disposición, o bien contra acto** [Santiago González-Varas, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III* (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2012), Págs. 386-387].

7.13 Es así, que siendo un órgano judicial de revisión de la juridicidad de un acto público cuya ilegalidad ha sido expresamente pretendida en la demanda, la jurisdicción contencioso-administrativa no se encuentra limitada por los motivos o alegaciones realizados por los sujetos procesales. Como ha señalado autorizada doctrina en la materia: En realidad, lo que vincula al órgano jurisdiccional son las pretensiones, no las alegaciones o los motivos. Los argumentos jurídicos que pueden ser fundamento de la estimación o desestimación de la pretensión pueden ser incorporados al proceso por las partes y por el órgano jurisdiccional [Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa Tomo I (Cizur Menor: Aranzadi, 2008), 881]

7.14 Esta atribución de control de legalidad, conferida histórica y modernamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, dada su especial y específica finalidad respecto de las actuaciones de la Administración, ha sido expresamente reconocida por nuestro legislador. Así, en el artículo 300 del COGEP se prevé: *"Las jurisdicciones…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 administrativo".*

7.15 Del mismo modo, el artículo 313 ibídem, que regula el contenido de la sentencia, dispone que:

"Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad ***los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos".***

7.16 Es decir, además de lo que sobre el objeto de la litis se resuelva, los jueces de los tribunales contencioso-administrativo podrán además **revisar**, en sentencia, aquellas irregularidades -control de juridicidad- **vinculadas con los puntos trabados,** que resulten de los antecedentes y/o fundamentos de las actuaciones **impugnadas**; abarcando un control, si se quiere, amplio, que permite incluso **suplir las omisiones de las partes sobre**

puntos de derecho. Este criterio ha sido reiterado por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro de los juicios Nos. 13802-2017-00131, 17801-2010-0607-01803-2019-00258, 17811-2013-0648, entre otros.

7.17 En consecuencia, se observa que el ejercicio del control llevado a cabo por la jurisdicción contencioso administrativa no se limita exclusivamente a lo solicitado por las partes, sin embargo, requiere necesariamente partir – en algunas de sus acciones – de una actividad jurídica de la administración que haya sido impugnada y cuya revisión de legalidad se requiera.

7.18 A decir de la doctrina nacional, el carácter impugnatorio del proceso contencioso administrativo 'clásico' (que incluye las actualmente denominadas acciones subjetiva o de plena jurisdicción y objetiva o de anulación o por exceso de poder), se puede contextualizar de la siguiente manera: *"El proceso contencioso administrativo precisa la existencia previa de un acto o resolución de la Administración y, en tal virtud, ha sido concebido con un carácter básicamente impugnatorio. Para explicar esta situación, debe tenerse en cuenta que la Administración tiene un ámbito de actividad que esta libre de injerencia directa de los demás órganos que ejercen las demás funciones públicas. Así mismo, la Administración, que actúa dotada del poder público, no requiere de la intervención del juez para impregnar a sus actos fuerza obligatoria, o para ejecutar lo que dispone en ellos."* [Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano (Quito: Fundación Andrade y Asociados, 2007), 81]

7.19 Este ámbito de actuación libre de la Administración Pública, más conocido como autotutela administrativa, permite a las autoridades en ejercicio de función administrativa hacer un pronunciamiento sobre los asuntos de su competencia, sin necesidad de acudir al sistema de justicia ordinario. Pero ¿cómo interactúa este ámbito con el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa? Los célebres profesores García de Enterría y Fernández lo explican del siguiente modo: *"La articulación entre la autotutela administrativa y tutela jurisdiccional es simple: la primera actúa inicialmente, la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera. Ello quiere decir que la jurisdicción contencioso administrativa respeta íntegro el ámbito autónomo de producción jurídica en que la autotutela administrativa consiste y que no puede intervenir sino a posteriori, para verificar si las decisiones o ejecuciones administrativas una vez declaradas y eventualmente cumplidas, se han ajustado o no a la legalidad".* [Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo Tomo II (Madrid: Editorial Civitas, 2004), 533-534)]

7.20 Al hablar de los recursos (hoy acciones) subjetivos y objetivos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en su expediente 114, publicado en el Registro Oficial No. 162 de 13 de septiembre de 2000 señaló:

> *"La interposición de un recurso contencioso administrativo, debe reunir dos requisitos: a) Que el acto o resolución cause estado, y esto ocurre cuando no es susceptible de recurso alguno en la vía administrativa; y, b) Que se haya vulnerado un derecho subjetivo del demandante.-En el caso,* ***al no existir la impugnación de un acto administrativo dictado por la máxima autoridad de la entidad demandada,*** *mal puede haber negativa de la autoridad a reconocer un derecho subjetivo del recurrente, por lo que se confirma la inadmisibilidad de la acción propuesta."*

7.21 Con tales antecedentes, cabe mencionar que del contenido de la demanda se exige el pago de los haberes dejados de percibir durante 7 años, el actor solicitó se ordene en su favor la compensación económica por todos los años que permaneció separado de su trabajo. Sin embargo, en este acto de proposición no se impugnó acto administrativo alguno, únicamente se limitó a mencionar el efecto dañoso ocasionado al actor al haberse ordenado en su contra la baja del servicio activo, lo que a su parecer causó perjuicios económicos de $ USD 100.000,00 (cien mil dólares americanos) por cuya razón demanda el pago de dicha cantidad.

7.22 Del mismo modo, el objeto de la controversia se delimitó de la siguiente manera:

> *"Analizar y decidir sobre la posible orden de Cancelación de la Totalidad de los Valores Adeudados por concepto de presunta mala aplicación de la norma en donde, en siete años nunca pudieron demostrar mi supuesta participación en la infracción que se me impuso falsamente y de ser posible se ejecute el Derecho de Repetición sobre los Tripulantes y Oficiales que en su momento, aparentemente, se confabularon para la perpetración del posible perjuicio, que se me cancelen todos mis haberes económicos que me corresponden desde que se ordenó mi baja en Orden General 082 de 4 de abril de 2014, hasta que fui reintegrado al servicio activo con Orden General 073*

de 5 de agosto de 2020, debiéndose indemnizarme con $100.000,00, como resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales." [acápite 6 de la sentencia recurrida]

7.23. Para propósitos del caso en concreto, se observa que la acción de plena jurisdicción o subjetiva, como su nombre lo indica, ampara un derecho subjetivo del recurrente, que aparentemente fue negado, o desconocido por la administración. En este sentido, es menester para esta Sala analizar cuál es el acto administrativo que supuestamente afecta al administrado y sobre el cual girará la litis, recordando que será competencia del Contencioso Administrativo únicamente si existiere un acto administrativo.

7.24. No obstante, en la pretensión contenida en la demanda no consta la impugnación de un acto administrativo expreso, sino la petición directa de pretensiones sobre obligaciones de dar por parte del ente administrativo demandado. Por consiguiente, al no existir la impugnación de un acto administrativo específico, no se cumplen con los requisitos mínimos de la acción propuesta, conforme lo señalado precedentemente. En consecuencia, se rechaza la acción propuesta por el señor Darwin Nicanor López Caicedo al no existir la impugnación de ningún acto administrativo.

8. Decisión

8.1. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve:

8.2. Aceptar el recurso de casación y, por lo tanto, casar la sentencia impugnada.

8.3. En sentencia de mérito, se inadmite la demanda presentada por Darwin Nicanor López Caicedo, toda vez que esta no impugna ningún acto administrativo.

f) DR. MILTON VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. IVÁN LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL** DR. PATRICIO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En este caso se resolvió aceptar el recurso de casación, por cuanto se observa que la sentencia recurrida presenta deficiencia de insuficiencia normativa en su parte resolutiva, lo que configura un vicio motivacional. Como consecuencia, en sentencia de mérito se inadmite la demanda toda vez que esta no impugna ningún acto administrativo.

II

Juicio Nro. *09802-2019-00119*
Fecha: *viernes 2 de febrero de 2024, las 13h40*

TEMA: Responsabilidad Extracontractual del Estado Excepción previa de falta de legitimación en la causa. Excepciones previas arts. 294 y 295 COGEP. Causal segunda del artículo 268 del COGEP se detecta que la sentencia es contraria e incompatible, de conformidad al artículo 273, numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos. El fideicomiso, características y conceptualización.

SÍNTESIS

Demandan la Responsabilidad Extracontractual del Estado por ordenar la CFN el embargo, remate y adjudicación de dos predios, que señalan pertenece a un fideicomiso. Se advierte que de conformidad con los arts. 294 y 295 del COGEP el a quo debió pronunciarse en la audiencia preliminar sobre las excepciones previas; y ese pronunciamiento, trasladarlo a la sentencia escrita, cosa que no lo practicó; por lo tanto, la entidad casacionista, debió fundamentar el yerro sobre el artículo 153 numeral 3 del COGEP, con la causal que corresponde a la infracción de normas adjetivas, para que una vez verificado el error de falta de pronunciamiento sobre la excepción previa, el Tribunal de Casación, pueda retrotraer el proceso a la fase en la cual los Tribunales de instancia deban pronunciarse sobre las excepciones previas. Esta Sala concluye que la sentencia emitida por el Tribunal de instancia cuenta con una motivación fáctica y normativa suficiente. La Sala casa el fallo por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por cuanto detectó que la sentencia es contraria e incompatible, de conformidad al artículo 273, numeral 3 del ibídem. La Sala desecha la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09802-2019-00119

Juez Ponente: Dr. Patricio Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 2 de febrero del 2024, las 13h40.

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) Fabián Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021.

c) Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021.

d) Jueces que, avocando conocimiento de la presente causa, signada con el No. **09802-2019-00119**, 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 parte actora formula su demanda pidiendo que en sentencia se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, por las actuaciones realizadas por los personeros de la Corporación Financiera Nacional (CFN), en la sustanciación del proceso coactivo No. 068-200; sobre cuya base deberá ordenarse que el Estado Ecuatoriano pague a la empresa actora, por concepto de indemnización de daños y perjuicios que el juzgado de coactiva de la CFN ocasionó, la suma de cuatro millones ochocientos mil setecientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América, valor que corresponde al avalúo de los derechos fiduciarios de la accionante, por el valor del daño que le ha sido causado.

1.2 De la parte dispositiva de la sentencia o auto recurrido: La sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, las 14h36, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil: *"aceptando la demanda presentada por la compañía AGRÍCOLA DORADILLA, declara que Corporación Financiera Nacional incurrió en responsabilidad objetiva extracontractual por el inadecuado manejo del proceso coactivo No. 68-2021, en lo que al remate y adjudicación de la Hacienda Agrícola Doradilla se refiere; en consecuencia se dispone que la Corporación Financiera Nacional pague a los actores, la indemnización por los daños patrimoniales producidos por la adjudicación de la Hacienda Agrícola Doradilla, valor que será calculado de manera pericial, y tomando en cuenta el informe técnico y avalúo constante de fojas 3266 a 3301"*.

1.3 Aclaración o ampliación: En auto de 2 de marzo de 2022, el Tribunal Distrital de instancia ha emitido pronunciamiento negando el recurso horizontal de sobre la aclaración o ampliación solicitado.

1.4 Recurso interpuesto: Los recursos de casación han sido interpuestos por los accionados: la Procuraduría General del Estado (PGE) y la Corporación Financiera Nacional (CFN).

1.5 Auto de admisión: Con auto de 31 de marzo de 2023, las 09h51, el Conjuez Nacional de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, admite los recursos de casación, respecto de las siguientes causales previstas en el artículo 268 del COGEP:

Recurso de la PGE, ha sido admitido el recurso de casación por la causal segunda, por falta de motivación y por contradicción.

Recurso de la CFN, ha sido admitido por la causal segunda, por incongruencia motivacional; y, causal quinta por errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

1.6 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 7 de junio de 2023.

2.- COMPETENCIA

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).

3. VALIDEZ PROCESAL:

En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

4. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN:

4.1 DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO (PGE):

a.- Afirma la PGE, en su escrito de interposición que la sentencia que ataca, en la parte en la que se resuelve sobre las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, relativa a la falta de legitimación del actor, de conformidad con el artículo 153.3 del COGEP, también formulada y fundamentada por la PGE y sobre la cual el Tribunal no hace referencia; sin embargo, no fundamenta el rechazo de tal excepción.

Que el fallo atacado ha infringido el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, ya que en la parte que hace referencia a las excepciones de la entidad demandada, entre ellas la falta de legitimación del accionante la que, de conformidad al artículo 153.3 del COGEP es una excepción previa, (también planteada por PGE), respecto de la cual el Tribunal, no hace fundamentación alguna sobre el rechazo de la excepción.

Señala que la excepción se formuló por cuanto el actor afirmó que se afectó a un patrimonio autónomo, *"como lo es el fideicomiso la hacienda PAE, de la cual mi representada era propietaria estuvo bajo la administración del FIDEICOMISO MERCANTIL LAAD-UBESA, el cual es una persona jurídica distinta a Agrícola Doradilla C.A., es decir que el supuesto daño por el cual la accionante solicita una indemnización era a un patrimonio autónomo distinto al de la compañía AGRÍCOLA DORADILLA"*.

Que sobre lo dicho el Tribunal ha expuesto que *"…del libelo de la demanda se tiene que la accionante alega que la sustanciación del juicio coactivo, le ha provocado lesión en sus derechos, por lo tanto de conformidad con el artículo 303.5 del COGEP se considera legitimada la parte actora, toda vez que no se trata de una excepción a la coactiva sino la responsabilidad objetiva del Estado por lo tanto se desecha dicha excepción"*.

Que en dicha sentencia no se fundamenta la negativa sobre lo alegado respecto de que el bien, sobre el cual se expone una afectación patrimonial constaba dentro de un patrimonio autónomo como lo es el fideicomiso totalmente distinto a la actora.

Que la falta de fundamentación al resolver la excepción previa vulnera la garantía de motivación y conlleva a que dentro del proceso el Tribunal determine como nexo causal entre el daño y la deficiencia del servicio prestado el embargo y la adjudicación de un bien que pertenece al referido fideicomiso y no a AGRÍCOLA DORADILLA, declarándose con lugar la demanda.

b.- Que se han adoptado decisiones incongruentes infringiendo por ello el artículo 92 del COGEP puesto que en el fallo se indica que *"Es evidente para el tribunal el daño calificado del que fue objeto la compañía Agrícola Doradilla, por cuanto sin ser obligada directa, ni conexa conforme el artículo 17 de la Ley de Mercado de Valores lo establece, tuvo que soportar la carga impuesta por la Corporación Financiera Nacional, al embargarse y adjudicarse sus bienes, siendo esta el nexo causal entre el daño y la deficiencia en el servicio prestado"*.

Que la actora era uno de los constituyentes deudores del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, el cual serviría de garantía y segunda fuente de pago de las obligaciones de Agrícola Doradilla, Agrícola Frutalera y William Eduardo Veintimilla Farath a favor de UBESA y LAAD AMÉRICAS.

Que la sentencia cita el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores que determina que: *" El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario"*.

Por lo que, los bienes no constaban dentro del patrimonio de la actora, sino de un patrimonio autónomo lo cual genera la inexistencia de nexo causal y una contradicción en la sentencia ya que se conecta indebidamente el daño y la responsabilidad; lo que demuestra contradicción en el razonamiento tomado por el juzgador en su fallo.

Estima trascendente el vicio al considerar que la sentencia estimó como nexo causal el daño y la deficiencia en el servicio prestado el embargo y la adjudicación de un bien que pertenecía a dicho fideicomiso y no a AGRÍCOLA DORADILLA, el Tribunal, dice, sostiene que se cumplen los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado y declara con lugar la demanda.

4.2 Contestación al Recurso de Casación de la Procuraduría General del Estado: La accionante del juicio de instancia contesta el recurso en los siguientes términos:

Que la Corte Constitucional estableció nuevos parámetros para determinar la existencia de motivación suficiente tanto en el ámbito de la fundamentación fáctica como de la jurídica y de la pertinencia de aplicación de las normas a los hechos procesales; y que, la deficiencia motivacional puede determinarse por inexistencia, insuficiencia y apariencia; Elementos que han sido recogidos en sus fallos por parte de la Corte Nacional de Justicia.

Que la PGE sostiene en su recurso que la sentencia atacada carece de motivación:

a) Por cuanto no se motiva el rechazo de la excepción de falta de legitimación de la parte actora; sobre cuyo argumento afirma que el Tribunal de instancia al resolver la excepción previa como al emitir la sentencia de fondo cumplió los parámetros motivacionales, cuando manifiesta en el fallo, que respecto de esa excepción previa de falta de legitimación de la parte actora, se aprecia que en la demanda se alega que la sustanciación del juicio coactivo le ha provocado lesión en sus derechos, por lo que conforme el artículo 303.5 del COGEP, está debidamente legitimada la accionante, ya que no se trata de una excepción a la coactiva sino de responsabilidad objetiva del Estado, por lo que desecha la excepción.

De modo que, el tribunal estableció que se analizará los derechos de Agrícola Doradilla que se aduce fueron vulnerados en el procedimiento coactivo; señalando también que no se trata de un juicio de excepciones a la coactiva, en el cual la legitimación estaría restringida a los coactivados ya que el juicio es por responsabilidad objetiva y la actora tiene facultad de proponerlo.

Que la legitimación en la causa consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, lo que se cumple con Agrícola Doradillo ya que no pretende recamar derechos que le son ajenos.

Que la PGE no detalla cuál es el vicio motivacional que se habría configurado en el fallo, se limita

solo a demostrar su inconformidad con la decisión judicial, pretendiendo su corrección.
b) Porque no se motiva la negativa sobre la alegación de que el bien embargado y adjudicado no constaba dentro del patrimonio de Agrícola Doradilla sino dentro de un patrimonio autónomo (fideicomiso), por lo que no habría nexo causal, razón que demuestra una contradicción en el fallo.
Que no existe tal contradicción interna en el fallo atacado, ya que la incoherencia, conforme la sentencia 1158-17-EP/21, se verifica (Párrs. 73 y 74), cuando sus enunciados sean incoherentes caso en cual la motivación sería aparente; que, existe incoherencia, cuando en la fundamentación fáctica o en la jurídica existe contradicción entre los enunciados que las componen –premisas y conclusiones la cual constituye la incoherencia lógica (un enunciado afirma algo y otro lo niega); contradicción que puede presentarse entre la conclusión final de la argumentación y la decisión, la cual constituye la incoherencia decisional, que se exterioriza cuando se decide algo distinto a la conclusión.
Que la PGE no ha fundamentado cuál es el vicio motivacional relativo a la contradicción que asume vicia el fallo.
Que la sentencia determinó la existencia de un nexo causal en el conflicto considerando que se vinculó a la empresa actora al procedimiento coactivo de manera ilegal, sin cumplir con el artículo 412A del código de Procedimiento Civil y 17 de la Ley de Compañías; que, además, la CFN dispuso el embargo y remate del inmueble aportado por Agrícola Doradilla y otra empresa, al Fideicomiso Mercantil de Garantía LAADUBESA, pese a que los fideicomisos son inembargables, despojando de ese modo a la actora del inmueble de su propiedad, configurándose una confiscación.
4.3 DE LA CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL:
4.3.1 Sobre la causal segunda: La fundamentación del recurso la sustenta en la sentencia de Corte Constitucional 1158-17/EP-21 de 20 de octubre de 2021, manifestando que la sentencia recurrida hace referencia al "procedimiento de inoponobilidad", sin examinar lo que la Corte Constitucional señaló en sentencia No. 2213-IN/20 de 9 de junio de 2020, por lo que la motivación de ese fallo es insuficiente.
Que el Tribunal Distrital manifiesta que la CFN ha vinculado al proceso coactivo a la empresa accionante y al fideicomiso LAAD-UBESA, usando un argumento sin sustento y sin procedimiento alguno de inoponobilidad, considerando que nunca suscribieron un pagaré; sin estimar que la vinculación a los accionantes se da el 17 de diciembre de 2014, fecha en la que el artículo 1 de la Ley Orgánica para la defensa de los Derechos Laborales disponía que *"en el cobro de acreencias por medio del procedimiento coactivo a personas jurídicas utilizadas para defraudar, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que siempre recaerá en personas naturales"*.
Norma que faculta a los entes públicos dotados de potestad coactiva a desestimar la personalidad jurídica o el develamiento del velo societario en el caso de que se use a la persona moral de modo abusivo con fines fraudulentos.
Que la Corte Constitucional en la sentencia referida declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado artículo 1, en el sentido de que la imposición de una medida en contra de los bienes de los socios y accionistas de la sociedad en concreto, debe preceder una sentencia o decisión ejecutoriada emitida dentro de una acción de develamiento societario o dentro de otro proceso jurisdiccional alternativo que permita corregir el abuso del derecho en el uso de la personalidad jurídica, en los términos que se indican en ese fallo constitucional. Interpretación condicionada que debió ser considerada por el Tribunal de modo previo a concluir que CFN vinculó al proceso coactivo a la accionante y al Fideicomiso LAAD-UBESA sin procedimiento alguno de inoponobilidad.
Que la misma sentencia constitucional, estableció parámetros para su aplicación a futuro, entre ellos que constan en sus párrafos 88, 89, 90 y 91, que pertinentemente disponen: i) Que no está sujeta a la fecha de inicio de un proceso, sino al momento en que la autoridad administrativa o judicial debe interpretar y aplicar la norma jurídica en cuestión; ii) que el fallo debe aplicarse sobre actos de autoridad que imponen dichas medidas dentro de procedimientos coactivos, **"siempre y cuando estos no hubieren causado estado en sede administrativa** en los términos del artículo 218 del Código Orgánico Administrativo; salvo que estén siendo discutidos en sede judicial" ; iii) que la decisión es aplicable a los autos de autoridad que imponen dichas medidas, que, habiendo sido impugnadas en sede judicial aun no hayan obtenido sentencia o auto definitivo que cause cosa juzgada; y, iv) sobre el caso de que las medidas hayan sido dictadas en fase de ejecución de procesos laborales, la decisión es aplicable a medidas de

ejecución que no se encuentren ejecutoriadas.
De lo que infiere que la vinculación efectuada por el juzgado de coactiva es válida, y la sentencia de Corte Constitucional ratifica la constitucionalidad de la aplicación del artículo 1 de la Ley que se ha citado, que en esa fecha no requería del auxilio de otra norma; sin embargo, el Tribunal no motiva cómo concluyó que la institución no aplicó el procedimiento para la vinculación.
Que, *"el proceso coactivo No. 682000 causó estado, se encontraba archivado"*, lo que significa la existencia de insuficiencia motivacional por incongruencia frente al derecho, ya que el Tribunal no consideró la sentencia de Corte Constitucional referida, para resolver y determinar que requería, en esa época, un trámite previo de inoponobilidad.
4.3.2 Sobre la causal quinta: Manifiesta la entidad recurrente (CFN), que en la sentencia se ha producido una errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Que el vicio de errónea interpretación de dicha norma se produce cuando en la sentencia se da una apreciación distinta al concepto de "inembargabilidad" , el cual tiene una salvedad que se refiere a lo "pactado en el contrato" y a los "efectos propios del contrato" de fideicomiso.
Que el fallo señala *"Evidentemente existe por ley, la inoponobilidad de embargar un bien que forme parte de un Fideicomiso Mercantil, sin embargo, de aquello, la entidad demandada continuó el proceso coactivo en contra de los bienes que forman parte del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA…"* ; respecto de lo cual resuelve que en el caso concurren las características esenciales de la responsabilidad extracontractual, ya que en dicho proceso de ejecución la CFN vinculó a la empresa accionante y al Fideicomiso LAAD-UBESA usando un argumento sin sustento y sin procedimiento alguno de inoponobilidad respecto de los mismos, considerando que nunca suscribieron ningún pagaré y que, procedió con el embargo, remate y adjudicación de un bien inmueble que era parte de un fideicomiso mercantil, que conforme la norma señalada lo consideras inembargable; aceptando con ello la demanda presentada por Agrícola Doradilla declarando que la CFN incurrió en responsabilidad por el inadecuado manejo del procedimiento coactivo, respecto del remate y adjudicación de la hacienda Doradilla.
Que pese a que en el fallo se cita el artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, este se sustenta en que han concurrido los elementos de la responsabilidad extracontractual, al efectuar el embargo, remate y adjudicación de dicho bien inmueble que *"era parte de un fideicomiso mercantil"*, que la norma lo considera inembargable, interpretando erróneamente esa disposición legal, lo cual fue argumentado en el juicio por la CFN; desconociendo con ello la salvedad que trae la disposición "respecto de los derechos de los acreedores de los constituyentes", en virtud del cual CFN en aplicación del artículo 1 de la LODDL vincula a los accionantes embargando, rematando y adjudicando los derechos fiduciarios.
Que, del juicio coactivo referido (Fs.1653, 1654 y 1655), consta el oficio FPG783/2015 de 31 de marzo de 2015 suscrito por el Gerente General de Fiduciaria del pacífico S.A. (FIDUPACIFICO), que expresa que la empresa Agrícola Doradilla C.A. y Agrícola Frutalera C.A., ambas representadas por Andrea Cristina Veintimilla Chong, son ConstituyentesDeudoras, según el contrato constitutivo del Fideicomiso Mercantil en garantía UBESA.
Expresa también que el citado artículo 121 determina la inembargabilidad de los bienes del fideicomiso mercantil los cuales no están sujetos a medidas precautelatorias por los acreedores del constituyente; no obstante, la misma disposición establece que los acreedores del constituyente o del beneficiario pueden ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les corresponda.
4.3.3 Contestación al recurso de casación de la Corporación Financiera Nacional: La empresa Agrícola Doradilla S.A., en su contestación al recurso de casación sostiene que:
a) Sobre la causal segunda, relativa al vicio motivacional, contesta en el sentido de que la sentencia no tiene vicio de incongruencia en su motivación, ya que la Corte Constitucional ha señalado que aquella puede ser: incongruencia frente a las partes cuando la decisión judicial no ha dado contestación a algún argumento relevante de los justiciables; e, incongruencia frente al derecho, cuando el juzgador no resuelve algo que el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia le impone resolver.
Que el argumento de la CFN es que existe incongruencia frente al derecho, cuyo fundamento debió indicar cuál es la norma o jurisprudencia que imponía resolver algo y, demostrar que el Tribunal no lo hizo. Que la CFN no se refiere a estos presupuestos.
Que la sentencia 22-13-IN/20 de la Corte Constitucional, se la aclaró en el sentido de que sus efectos se extienden a los casos que se encuentran en sede judicial, como ocurre en el caso.

A más de que, dicha Corte ha señalado que las normas declaradas inconstitucionales, o de interpretación conforme, deben aplicarse por los jueces sin importar la fecha de inicio del proceso, sino el momento en el cual se interpreta la norma para resolver la contienda; así se determina en los párrafos 88, 89 y 90 de ese fallo constitucional; lo cual no se configura en el caso.

b) Sobre causal quinta, errónea interpretación: Que la CFN argumenta su recuso en la errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF), ya que la entidad podía iniciar acciones legales contra los constituyentes deudores, como en efecto lo hizo; sin embargo, los juzgadores, interpretando erróneamente la norma, señalan que los bienes del fideicomiso son inembargables, cuando hay una salvedad en la misma norma, la cual no ha sido considerada.

Que el Tribunal en su sentencia interpretó dicha norma, al manifestar que:

> *"Evidentemente existe por ley, la imposibilidad de embargar un bien que forme parte de un Fideicomiso Mercantil, sin embargo de aquello, la entidad demandada, continuó el proceso coactivo en contra de los bienes que forman parte del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA bajo el argumento de que es evidente, público y notorio que el señor Eduardo Veintimilla Farhat es la persona natural que posee control absoluto sobre varias personas jurídicas, incluyendo su poder de decisión, sino también beneficiándose de los retornos económicos, vinculando a tal Fideicomiso, en virtud de los bienes aportados por la compañía AGRÍCOLA DORADILLA, vulnerando los derechos de la persona jurídica configurada como Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, además a la compañía AGRODORADILLA, llegando a rematar tal inmueble, en un proceso coactivo que para su suspensión eran necesario la consignación de la cantidad que ascendía la deuda, sus intereses y costas, conforme lo disponía el artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, y una vez verificado el remate ya era improcedente presentar la demanda de excepciones de acuerdo al contenido del artículo 969 del Código de Procedimiento Civil, generándose el daño objetivo con el embargo y remate de propiedad de un bien particular que no era de propiedad del deudor, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica a través del ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que se extra limitó en el cobro del título ejecutivo, a una persona no suscritora de tal título; a través de una vinculación, sin procedimiento previo y acto administrativo que puedan ser objeto de impugnación, en proceso de conocimiento, toda vez que fue expedido en juicio coactivo, embargando y rematando el bien raíz antes descrito, adjudicado a AGROBANANO S.A., dejando un saldo a favor de la empresa en mención, valor que es retenido en la actualidad, bajo la premisa de que ese valor, no puede ser entregado hasta que la compañía adjudicataria concluya el pago de su deuda, contraviniendo de manera expresa el artículo 478 del Código de Procedimiento Civil, afectando el derecho real de propiedad garantizado en la Constitución de la República del Ecuador, al no entregarse el remanente del propietario del bien rematado.*
>
> *Un absurdo más dentro del proceso coactivo, considerando los conceptos básicos, que se hicieron alusión al inicio del análisis, de quienes son los obligados a cumplir con la obligación, adquirida por una compañía diferente a la accionante, perjudicando de esta manera a la compañía AGRÍCOLA DORADILLA.*

Que el Tribunal ha realizado una interpretación literal de la norma, concluyendo que los bienes que pertenecen a un fideicomiso no son embargables; disposición que en la que no existe salvedad alguna como afirma la CFN, y que la norma ordena que los acreedores de los constituyentes pueden ejercer sus acciones contra los derechos y beneficios que tienen en el fideicomiso.

Que, en todo caso, de haber sido viable involucrar a Agrícola Doradillo a un proceso, en el que no tenía nada que ver, era embargar sus derechos fiduciarios, pero no se podía embargar los bienes del fideicomiso y luego rematarlos. Que el artículo 121 del COMF prohíbe el embargo de los bienes de un fideicomiso. Lo que demuestra que no se ha configurado el cargo; tanto más que el recurso incumple el silogismo jurídico completo del vicio acusado.

4.4 Relación de lo expresado en audiencia oral. En la audiencia de sustentación del recurso de casación fue realizada el día lunes 28 de agosto de 2023, a partir de las 11h00, conforme los artículos 273 y 313 del COGEP; diligencia en la que las entidades recurrentes sustentaron sus recursos; habiendo la contraparte, ejercido su derecho de contradicción; para luego producirse la réplica y contrarréplica de los pronunciamientos de las partes; finalmente, la Sala especializada, con sustento en el artículo 93 del COGEP suspendió la audiencia para que, luego del debate pertinente

comunicar su pronunciamiento oral en torno al caso, para lo cual se fijaría día y hora a fin de reinstalar la diligencia; la cual fue convocada para el jueves 1 de febrero de 2024, las 15h00, fecha en la cual se reinstaló la audiencia, comunicando oralmente la decisión judicial.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Los problemas jurídicos que deben ser resueltos por esta Sala Especializada, relativos a los casos admitidos son:

Determinar si la sentencia recurrida, se encuentra incursa en el vicio de falta de motivación, por incongruencia frente al derecho o, por contener fundamentación incoherente, conforme sostienen la Procuraduría General del Estado y la Corporación Financiera Nacional en sus respectivos recursos; y, en caso de estimarse procedente alguno de los recursos, casar el fallo reprochado, con los efectos procesales propios de la causal.

Establecer si la sentencia recurrida se encuentre viciada por errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario y Financiero, esto es, por vicio in judicando previsto en la causal quinta del artículo 268 del COGEP y determinar la procedencia del recurso propuesto por la Corporación Financiera Nacional.

6. DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

La sentencia reprochada, identifica a las partes procesales, establece los argumentos y las pretensiones de la parte accionante, como también de las contestaciones a la demanda; motivando su decisión en los siguientes fundamentos:

Emite pronunciamientos sobre las excepciones previas, formuladas por la parte demandada; incorporando luego doctrina y precedentes judiciales relacionados a la responsabilidad objetiva del Estado.

Hace relación también a las pruebas que se obtienen del expediente administrativo remitido por la CFN, que se relaciona a documentos que obran del procedimiento de ejecución coactiva; sobre los cuales concluye que las empresas Agrodoradilla y Frutalera constituyeron el Fideicomiso Mercantil LAADUBESA, en garantía de obligaciones mantenidas con UBESA, cuyo representante legal es FIDUPACIFICO.

Que, la CFN concedió un crédito a la empresa Agrocedros C.A., suscribiendo un pagaré junto con las empresas Inmobiliaria Solten S.A. Agropechiche C.A., con el aval de Eduardo Veintimilla Faraht, deuda que declarada vencida, permite el inicio del proceso coactivo contra Agrocedros, el cual se amplía a las otras empresas deudoras, a su aval y a Agro Granados C.A.; vinculándose luego a Cristina Veintimilla Chong, con sustento en el artículo 1 de la LODDL.

Posteriormente, bajo la aplicación de la misma norma y artículos 118, 119, 121 y 122 de la Ley de Mercado de Valores, se hace extensiva la coactiva al Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, explicando que es evidente, público y notorio que el señor Eduardo Veintimilla Faraht es la persona natural que posee control absoluto sobre varias personas jurídicas, incluyendo su poder de decisión, sino también beneficiándose de los retornos económicos.

Sostiene el fallo que el artículo 1 de la LODDL, establece que la acción coactiva, puede ejercerse en contra de los deudores principales y todos aquellos obligados por Ley, incluyendo los herederos mayores de edad, que no hubieran aceptado la herencia.

Que los suscriptores del pagaré y su aval son los obligados por ley, sin que la señora Veintimilla Chong lo sea por no haberlo suscrito y que, la vinculación a Agrícola Doradilla al proceso coactivo se lo hace por ser la representante legal de esa compañía que no tenía relación alguna con las suscriptoras del pagaré.

Con sustento en el artículo 17 de la Ley de Compañías sostiene la sentencia que, si la CFN considera que Agrícola Doradilla es una empresa fraudulenta debía observar el procedimiento previsto en dicha disposición legal, para determinar que la persona jurídica fue usada para defraudar; sin que se haya justificado la existencia de un proceso paralelo que haya establecido que dicha empresa " fuera de tal efecto ilícita".

Que luego se ha vinculado al Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, disponiendo medidas cautelares en contra de los derechos fiduciarios de Agrícola Doradilla, consistentes en el terreno de 228 hectáreas de la hacienda denominada PAE.

Se remite también a los artículos 109, 118 y 121 de la Ley de Mercado de valores, evidenciando que la Ley prohíbe el embargo de bienes que forman parte de un Fideicomiso Mercantil, no obstante advierte que, la CFN siguió con el proceso coactivo en contra de los bienes del Fideicomiso LAAD-UBESA, bajo el argumento que motivó su vinculación en virtud de los bienes aportados por la compañía AGRICOLA DORADILLA *"vulnerando los derechos de la persona jurídica configurada como Fideicomiso Mercantil LAAD UBESA, además a la compañía AGRODORADILLA, llegando a rematar tal inmueble, en un proceso coactivo que para su suspensión era necesario la consignación de*

la cantidad que ascendía la deuda, sus intereses y costas, conforme lo disponía el artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, y una vez verificado el remate ya era improcedente presentar la demanda de excepciones, de acuerdo al contenido del artículo 969 del Código de Procedimiento Civil" , generándose el daño objetivo con el embargo y remate de ese bien particular que no era de propiedad del deudor, vulnerando el derecho de seguridad jurídica *"a través del ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que se extra limitó en el cobro del título ejecutivo, a una persona no suscritora de tal título; a través de una vinculación, sin procedimiento previo y acto administrativo que puedan ser objeto de impugnación, en proceso de conocimiento, toda vez que fue expedido en juicio coactivo, embargando y rematando el bien"*, y reteniendo el saldo a favor de esa empresa bajo el argumento de no poder entregarlo hasta que la la adjudicataria cancele el valor total de la deuda.

Que se generó daño calificado a Agrícola Doradilla, por cuanto sin ser obligada directa ni conexa tuvo que soportar la carga impuesta por la CFN al embargarse y rematarse sus bienes, siendo ese el nexo causal entre el daño y la deficiencia del servicio prestado; cumpliéndose con ello estos elementos, su efecto, dice el fallo, es la obligación de la entidad demandada de indemnizar por los daños ocasionados.

7. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN SOBRE LOS RECURSOS DE CASACIÓN.

7.1 SOBRE LA CAUSAL SEGUNDA:

7.1.1 Se ha señalado que el recurso de casación formulado por la Procuraduría General del Estado ha sido admitido por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por el vicio de defectos en la motivación del fallo al estimar la existencia del defecto de incoherencia por contradicción; y, por la misma causal, por cuanto la Corporación Financiera Nacional argumenta la existencia del vicio de incongruencia frente al derecho que afecta la legalidad del fallo que ataca.

7.1.2 La causal invocada por las entidades recurrentes dispone:

> *Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*

Sobre la causal, los entes casacionistas se han decantado por afirmar que el fallo expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, el 3 de febrero de 2022, las 14h36, está afectado por defectos en su motivación.

7.1.3 Motivar, gramaticalmente, es la acción de explicar el por qué de la ocurrencia de algo, desde el punto de vista lógico es desentrañar las causas que determinan ese comportamiento. Desde luego que en lo relacionado al deber que impone el artículo 76.7.l) de la CRE, a los órganos del poder público, se refiere a la indispensable necesidad de que los encargados de ejercer las competencias que derivan del ordenamiento jurídico al expedir sus decisiones están obligados a expresar, esto es, a manifestar los justificativos fácticos y jurídicos en los que se sustentan tales decisiones.

De modo que la motivación de una resolución judicial consiste en exteriorizar justificadamente las razones jurídicas por las que una controversia que se verifica en los hechos resultantes del proceso, se decide en el sentido que ella se expresa. Desde luego que, el pensamiento judicial que se pone de manifiesto, tiene el límite que impone el derecho, en lo que se refiere a la pertinencia de aplicación de la o las normas jurídicas que son aplicables a los precedentes fácticos del caso.

En efecto, la motivación de una decisión judicial, deben contener las explicaciones necesarias que permitan a las partes, principalmente, comprender el alcance de la resolución adoptada por el juzgador; por manera que podría explicarse esta obligación jurídica no en la razón subjetiva del juzgador, sino sustancialmente en la explicación de las razones que objetivamente, sean las que corresponden al caso.

Es por ello que la motivación es un requisito esencial para el valor mismo de la decisión pública, pues permite proscribir la arbitrariedad judicial, entre ellas la subjetividad que puede tener influencias ajenas al proceso; conduciendo esa obligación, a que la motivación sea suficiente, en los términos que viene reiterando la Corte Constitucional en sus sentencias de aplicación obligatoria. De esta manera la motivación suficiente, permite a quien va dirigida la decisión, conocer el por qué sus derechos o intereses han sido negados, desconocidos o no reconocidos; lo cual le habilita el ejercicio de otros derechos, como es el de impugnar las resoluciones contradiciendo los argumentos en los que se sustenta el fallo.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que

> *«El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta adminis-*

tración 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» (Caso: Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela).

7.1.4 La Corte Constitucional respecto de la motivación, en su sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021 (párr.59), ha manifestado que los actos jurisdiccionales deben: *" 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".*

El mismo fallo señala que pueden existir como tipos de deficiencias motivacionales: *"(1) la inexistencia; (2) la insuficiencia; y, (3) la apariencia"* (Párr. 66); definiendo a ellos de la siguiente manera:

> ***67.*** *Una argumentación jurídica es* ***inexistente*** *cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica.*
>
> **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*
>
> ***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.*

El fallo constitucional referido establece asimismo que la argumentación aparente, puede estar viciada por incoherencia, inatinencia o incomprensibilidad; deficiencias que las define así:

> ***74.*** *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.*
>
> ***80.*** *Hay* ***inatinencia*** *cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no " tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial.*
>
> ***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 (…), 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.*

7.1.5 Recurso de la Procuraduría General del Estado.

En lo sustancial la Procuraduría General del Estado sostiene la existencia de vicios motivacionales en la sentencia de la que recurre; así:

7.1.5.1 Que, en relación a la excepción previa, relativa a la falta de legitimación de la parte actora, planteada por la CFN, que fuera también opuesta por la PGE a la cual no hace referencia el fallo; sin embargo de lo cual, no fundamenta el rechazo a dicha excepción.

Sostiene que la excepción se sustentó por cuanto la actora (*Agrícola Doradilla C.A., quien comparece por medio de su representante legal*), en su demanda afirmó que se afectó un patrimonio autónomo, consistente en la hacienda PAE, que era de su propiedad, la cual estuvo bajo administración del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, siendo ellas personas jurídicas distintas; de modo que el supuesto daño por el cual se requiere la indemnización se refiere a un patrimonio autónomo distinto al de la empresa accionante. Afirma que el fallo no fundamenta sobre la afectación patrimonial que constaba en un patrimonio del fideicomiso, distinto al de la actora.

Que esa falta de fundamentación al resolver la excepción previa vulnera la garantía de motivación ya que conduce a que la sentencia determine como nexo causal entre el daño y la deficiencia del servicio prestado el embargo y la adjudicación de ese inmueble que no pertenece a la accionante sino al Fideicomiso.

De los sustentos relativos al vicio denunciado, la Sala puede colegir que la PGE en su recurso de casación denuncia la existencia de defectos

motivacionales de apariencia en el modo de incongruencia frente a las partes, en razón precisamente a que la casacionista refiere que en el fallo se omitió pronunciamiento sobre la excepción de ilegitimidad en causa de la parte actora que ha sido opuesta por la PGE, excepción que también ha formulado CFN; a efectos del estudio del recurso se tiene que:

La Corporación Financiera Nacional (CFN), formuló como excepción previa la:

> *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LA PARTE DEMANDADA, de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del Art.153 del Código Orgánico General de Procesos, para lo cual sustento mi excepción previa en los siguiente: El accionante propone una demanda en contra de la Corporación Financiera nacional por una supuesta Responsabilidad Extracontractual, relatando hechos y actos administrativos que no le perteneces, tales como la reclamación por una Subrogación solicitada por las compañías BANANA YELLOW S.A. BANANYEL, BANANERA DE LAS AMERICAS BANDAMERC Y BANANERA SURAMERICXANA DEL PACIFICO S.A. BANASUPAC y no por la accionante AGRÍCOLA DORADILLA, sustenta su legitimación activa en el artículo 303 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, es necesario transcribir el numeral 6: "…La persona natural o jurídica que se considere lesionada por hechos, actos o contratos de la administración pública", la supuesta lesión por hechos, actos o contratos, debió ser reclamada por las compañías subrogantes BANANA YELLOW S.A. BANANYEL, BANANERA DE LAS AMERICAS BANDAMERC Y BANANERA SURAMERICXANA DEL PACIFICO S.A. BANASUPAC y no por la accionante AGRÍCOLA DORADILLA, por lo tanto existe una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LA PARTE ACTORA" .*

Por su parte, en la contestación a la demanda planteada por la Procuraduría General del Estado, opuso como excepción previa:

> ***FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA DE LA PARTE ACTORA.*** *La Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante sentencia publicada en la Gaceta Judicial del año CVIII. Serie XVIII, No.4, del 30 de mayo de 2007, ha manifestado:*

"La legitimación en la causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho: no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso".

> *Por tanto, la legitimación en la causa de la parte pasiva de la acción la tienen las personas llamadas por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones.*

Como se ha citado en el numeral III.II del presente escrito la accionante hace referencia a que se " afectó un patrimonio autónomo como lo es el Fideicomiso y a la vez se vulneró el derecho a la propiedad de su representada por el embargo ilegítimo de un bien, embargo que, aclaro, se hizo al FIDEICOMISO MERCANTIL LAAD-UBESA, no a la accionada y como lo ha expresado en su demanda el Fideicomiso "es una persona jurídica distinta a Agrícola Doradilla C.A.", consecuentemente, de considerarse perjudicado, a quien correspondía presentar sus excepciones era al Fideicomiso, quienal momento del embargo era titular del bien.

De la revisión de la sentencia recurrida, se puede evidenciar el texto de su considerando QUITO, que a la letra dice:

> *En audiencia preliminar, se verifica que la entidad demandada, presentó las excepciones previas contenidas en el libelo de la contestación a la demanda, ante lo cual el Tribunal resolvió: Respecto de la excepción contenida en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP propuesta por la entidad demandada, esto es, falta de legitimación de la parte actora; más del libelo de la demanda, se tiene que la accionante alega que la sustanciación del juicio coactivo, le ha provocado lesión de sus derechos; por lo tanto, de conformidad con el artículo 303.5 del COGEP se considera debidamente legitimada la parte actora, toda vez que no se trata de una excepción a la coactiva sino la responsabilidad objetiva del Estado, por lo tanto se desecha dicha excepción.*

Refiere ese considerando la decisión sobre excepciones previas propuestas por la entidad demandada CFN, relativas a falta de legitimación de la parte actora, caducidad y prescripción; y, cosa juzgada; las que se corresponden al escrito de contestación a la demanda presentada por dicha entidad y que corren de su acápite VIII.

Ahora bien, es de señalar que, de la revisión del escrito de contestación a la demanda presentado por la Procuraduría General del Estado, puede apreciarse que esta entidad también opuso como excepción previa la falta de legitimación de la parte actora en la causa; entidad que además concurrió a la audiencia preliminar celebrada el 7 de febrero de 2020 (según información del Satje), por intermedio de su Procuradora Judicial Ab. María Eugenia Ferrín; excepción respecto de la cual ningún pronunciamiento realiza el Tribunal de instancia en las consideraciones exteriorizadas en su fallo; habiéndose con ello justificado con ello la existencia del vicio de apariencia motivacional, en el modo de incongruencia frente a una de las partes que en el caso es la PGE; tanto más que la excepción de legitimación en causa es la aptitud que confiere la ley a la persona para demandar o reclamar judicialmente la titularidad de un derecho que ha sido afectado por el demandado; de modo que, esa legitimación le corresponde a quien haya sufrido perjuicios por las acciones u omisiones del legitimado pasivo del proceso.

Es por ello que la omisión judicial de omitir dar respuesta a alguno de los planteamientos relevantes de las partes procesales, constituye un vicio de incongruencia frente a ellas; siendo que la excepción opuesta por la PGE, es de importancia sustancial no solo para esa parte sino para el valor del propio proceso judicial. Razones por las cuales, por este extremo, es procedente el recurso de casación en estudio.

7.1.5.2 La PGE, al sustentar su recurso sobre la misma causal segunda del artículo 268 del COGEP, sostiene que la sentencia reprochada ha incurrido en contradicciones e incompatibilidades motivacionales infringiendo por ello el artículo 92 del COGEP puesto que en el fallo se indica que *" Es evidente para el tribunal el daño calificado del que fue objeto la compañía Agrícola Doradilla, por cuanto sin ser obligada directa, ni conexa conforme el artículo 17 de la Ley de Mercado de Valores lo establece, tuvo que soportar la carga impuesta por la Corporación Financiera Nacional, al embargarse y adjudicarse sus bienes, siendo esta el nexo causal entre el daño y la deficiencia en el servicio prestado".*

Arguye la casacionista que la accionante fue constituyentedeudor del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, el cual serviría de garantía y segunda fuente de pago de las obligaciones de Agrícola Doradilla, Agrícola Frutalera y William Eduardo Veintimilla Farath a favor de UBESA y LAAD AMÉRICAS; por lo que los bienes eran parte del patrimonio de este Fideicomiso y no de la empresa accionante; lo cual genera la inexistencia del nexo causal entre el daño y la deficiencia en el servicio prestado esto es el embargo y la adjudicación de un bien que pertenecía a dicho fideicomiso y una contradicción ya que se conecta indebidamente el daño y la responsabilidad; lo que demuestra contradicción en el razonamiento del juzgador en su fallo.

Que la sentencia sustenta su fallo en el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores que determina que: *" El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario".*

El fundamento de la entidad recurrente, relativo a la contradicción e incompatibilidad en la motivación del fallo reprochado mediante este recurso, se inscribe en el denominado vicio de incoherencia motivacional; al cual, la Corte Constitucional, en el párrafo 74 de la sentencia que se viene citando lo define como aquel que se presenta así: Por incoherencia lógica, cuando en la fundamentación fáctica o en la jurídica se visualiza la existencia de contradicción entre los enunciados que la componen; esto es, en sus premisas y conclusiones, que se manifiesta cuando un enunciado afirma lo que otro niega. Por incoherencia decisional, que se caracteriza en la inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión judicial; es decir cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

Ahora bien, la sentencia de Corte Constitucional, al especificar el alcance del vicio de incoherencia motivacional, hace relación a dos momentos de la estructuración de una resolución judicial: la primera a la que denomina incoherencia lógica que se produce sea entre las premisas o entre éstas y la decisión; y la decisional, entre la conclusión a la que arriba el juzgador y la decisión que adopta. Por manera que los vicios referidos se encasillan en la potencial falta de sindéresis o de relación lógica entre dichos aspectos.

En efecto, la incoherencia así visualizada conduce a la existencia de contradicciones; esto es de fundamentar ideas, relativas a un mismo punto, que se contraponen, sosteniendo afirmativamente algo y negándolo al tiempo; se produce en suma una incompatibilidad entre dos proposiciones, es decir en enunciar algo y al mismo tiempo negarlo.

Es entonces pertinente que la Sala identifique la existencia del vicio motivacional que refiere la recurrente y cuya existencia niega la parte actora del juicio de instancia; para ese efecto se estima:

La sentencia materia del recurso, remitiéndose a la demanda presentada, reconoce que la parte actora del juicio de instancia es la empresa AGRÍCOLA DORADILLA C.A., quien comparece por intermedio de su Gerente General y representante legal Eva Isabel Veloz Valarezo; empresa que habría sido constituida el 9 de septiembre de 1990 e inscrita el 29 de septiembre de 1990, empresa que el 11 de diciembre de 1998 ha adquirido a la empresa AGROCEDROS S.A. un predio de 228 hectáreas, ubicado en la parroquia Pedro J. Montero, cantón El Triunfo, provincial del Guayas.

Que, en la demanda, la accionante afirma que el 4 de febrero de 2005, junto con la empresa Agrícola Frutalera C.A., constituyeron el Fideicomiso Mercantil denominado "Fideicomiso LAAD-UBESA, *"de manera irrevocable, en garantía de pago de las obligaciones existentes por parte de los constituyentes, a favor de UBESA".*

Que, el 6 de noviembre de 2000 la CFN, inició el procedimiento coactivo No. 068-2000 en contra de la compañía Agrocedros S.A., bajo el argumento de que dicha compañía, no había cumplido con las obligaciones de pago contraídas; que, mediante auto de 17 de diciembre del 2014, con sustento en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, vincula a la actora, Agrícola Doradilla a dicha coactiva; procedimiento de ejecución al que también cual se vincula el 27 de enero de 2015, al Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA. *"por presumir que la representada de la accionante, utilizó un esquema societario para defraudar al Estado ecuatoriano, y ordenó medidas cautelares"*. Que en dicho procedimiento se dispuso el embargo de los derechos fiduciarios que la empresa actora mantenía en el fideicomiso, consistentes en la hacienda ya referida (denominada PAE), que se ejecutó el 3 de febrero de 2015. Hacienda que fuera embargada, rematada y adjudicada dentro del procedimiento coactivo.

La Ley de Mercado de Valores en ordena pertinentemente:

> *Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.*
>
> *El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.*
>
> *Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.*

Norma legal que claramente establece que, a través del contrato de fideicomiso, los constituyentes o fideicomitentes, transfieren de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, para que la fiduciaria cumpla las finalidades instituidas en el contrato de constitución.

El artículo 118 de la misma Ley establece que el *"El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario".*

Disposición legal que guarda relación con el artículo 119 de la Ley en cita que ordena: "El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente".

La norma transcrita fortalece aun más la actividad del fideicomiso mercantil, cuando reitera que el titular de los bienes que conforman ese patrimonio autónomo es el fideicomiso que por esa razón está dotado de personalidad jurídica; ya que dichos bienes forman parte del patrimonio de ese fideicomiso. La transferencia de dominio de los bienes, que realizan los constituyentes, significa que mientras opere y esté vigente el Fideicomiso, a este le corresponde su dominio, según las prescripciones del contrato.

De lo que se infiere que si la empresa actora Agrícola Doradilla C.A., al constituir el Fideicomiso, hizo la transferencia de dominio del bien inmueble descrito, éste dejó de ser de su propiedad ya que la titularidad de esa hacienda había radicado por ley y decisión de esa compañía anónima en el Fideicomiso, el cual, al poseer la representación legal, estaba habilitado para su pleno ejercicio respecto de los bienes de ese patrimonio autónomo.

Ahora bien, la sentencia recurrida, reconoce la existencia del Fideicomiso y de que la compañía accionante del juicio, fue una de sus constituyentes, transfiriendo el dominio del inmueble de su propiedad al patrimonio del Fideicomiso. El fallo determina asimismo que la CFN, con base en documentos procesales que cita, el Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, fue vinculado al procedimiento de ejecución coactiva, disponiendo medidas cautelares en contra de los derechos fiduciarios de Agrícola Doradilla C.A., con base en el artículo 1 de la Ley Orgánica para defensa de los Derechos Laborales, al estimar que es de público conocimiento que la ciudadana Veintimilla Chong Andrea Cristina (también vinculada al procedimiento coactivo), es accionista principal de varias empresas, entre ellas la empresa actora.

Es de señalar que la sentencia recurrida hace referencia a que el Fideicomiso del cual la accionante fue constituyente ha sido liquidado el 10 de agosto de 2016, al no existir obligaciones pendientes de pago por parte de los constituyentes a favor de la Unión Nacional de Bananeros S.A.; en cuyo instrumento de liquidación, se ha dejado constancia de que por orden del juzgado de coactiva de la CFN se ha realizado la transferencia del dominio de la hacienda PAE a favor de AGROBANANOS S.A., adjudicataria del remate de dicha propiedad; la cancelación de las obligaciones pendientes de pago en favor de la Unión Nacional de Bananeros S.A., y, la terminación del fideicomiso, sin que exista valor alguno que liquidar en favor de las constituyentes, ni restitución de los bienes aportados.

Refiere asimismo que la accionante ha señalado que debido a "*la imposibilidad de haber dado inicio a un juicio de excepciones a la coactiva, indicó que la representada se vio imposibilitada de dar inicio a un juicio de excepciones a la coactiva para discutir todas las arbitrariedades cometidas por el Juzgado de Coactivas de la CFN, debido a que a la fecha que ocurrieron los hechos para promover dicho proceso judicial, era indispensable, caucionar el 110% de la obligación; cantidad dineraria que la representada de la accionante no la tenía, ni la tiene, pues la supuesta deuda, abarcaba todo su patrimonio*".

Que, con sustento en tales antecedentes la demandante ha pedido que en sentencia se declare la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado, *"…por las actuaciones realizadas por los personeros de la Corporación Financiera Nacional, en la sustanciación del proceso coactivo No. 068-200"* y se disponga el pago de la respectiva indemnización de daños y perjuicios por la suma que reclama que corresponde al avalúo de los derechos fiduciarios de la empresa actora.

La sentencia atacada en su considerando sexto, pertinentemente sustenta su decisión en lo siguiente:

Que el proceso judicial se refiere a una acción de responsabilidad extracontractual del Estado.

Que la compañía Agrodoradilla C.A. fue propietaria de la hacienda ya mencionada, cuyo dominio fue traspasado al Fideicomiso LAAD-UBESA, al cual la empresa se integró como copnstituyente, junto con Agrícola Frutalera C.A., William Eduardo Veintimilla Farhat, las Compañías Laad Américas N.V., Unión de Bananeros Ecuatorianos S.A. UBESA y Fiduciaria del Pacífico S.A. FIDUPACIFICO, mediante escritura pública celebrada 4 de diciembre del 2012, e inscrita el 06 de abril del 2005, con el No. 254 del Registro de la Propiedad, anotada bajo el No. 325 del Repertorio.

Que la CFN, vinculó a la empresa demandante y al Fideicomiso, al proceso de ejecución coactivo, expidiendo para el efecto medidas cautelares para luego proceder al embargo, remate, adjudicación y traspaso del dominio del inmueble al adjudicatario.

Que el enlace de Ana Cristina Veintimilla Chong, quien no ha suscrito el pagaré en favor de la CFN, no estaba obligada; y que la vinculación de la actora, Agrícola Doradilla, al proceso coactivo es "una vinculación ilógica; por cuanto Agrícola Doradilla, no tenía relación alguna con las compañías que suscribieron el pagaré".

Que del proceso coactivo se encuentran varias inconsistencias, como la vinculación a él a personas ajenas a la obligación, en aparente cumplimiento

de una responsabilidad extendida, no aplicable al caso concreto, siempre que se justifique el accionar fraudulento.

Que, si la CFN consideraba que Agrícola Doradilla fuere una empresa fraudulenta, era necesario un proceso judicial para determinar que fue usada para defraudar, lo cual no se ha producido.

Que se ha vinculado a la coactiva al Fideicomiso Mercantil LAAD – UBESA, disponiendo medidas cautelares en contra de los derechos fiduciarios de Agrícola Doradilla; y que, con fundamento en las normas de la Ley de mercado de Valores que cita había imposibilidad de embargar un bien que forma parte de un fideicomiso mercantil; sin embargo se continuó con el proceso coactivo, vulnerando sus derechos y los de la actora, llegando a rematar el inmueble,

"…en un proceso coactivo que para su suspensión era necesario la consignación de la cantidad que ascendía la deuda, sus intereses y costas, conforme lo disponía el artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, y una vez verificado el remate ya era improcedente presentar la demanda de excepciones, de acuerdo al contenido del artículo 969 del Código de Procedimiento Civil, generándose el daño objetivo con el embargo y remate de propiedad de un bien particular que no era de propiedad del deudor, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica a través del ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que se extra limitó en el cobro del título ejecutivo, a una persona no suscritora de tal título; a través de una vinculación, sin procedimiento previo y acto administrativo que puedan ser objeto de impugnación, en proceso de conocimiento, toda vez que fue expedido en juicio coactivo…"

Establece finalmente, la sentencia que se ha justificado el daño calificado del que ha sido objeto la empresa actora, por cuanto sin ser obligada directa *"… tuvo que soportar la carga impuesta por la Corporación Financiera Nacional, al embargarse y adjudicarse sus bienes, siendo este el nexo causal entre el daño calificado y la deficiencia en el servicio prestado"*.

De lo relatado en extenso, esta Sala Especializada puede colegir claramente, que en la sentencia materia del recurso, el Tribunal de instancia, refiere claramente que la actora del proceso de instancia Agrícola Doradilla C.A., fue propietaria del bien inmueble descrito, cuya adquisición, por escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, así lo comprueban; bien que fue traspasado a propiedad del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, que fue constituido por la Compañía, junto con otras personas; cuyos bienes pasaron al dominio de este patrimonio autónomo que poseía representación legal propia, distinta a la de los constituyentes; lo cual es claramente relatado en el fallo atacado; sin embargo, posteriormente, cuestiona la legalidad de la vinculación de la actora al proceso coactivo, determinando que Agrícola Doradilla C.A. tuvo que soportar la carga impuesta por la CFN, por efecto del embargo y adjudicación de "sus bienes"; cuando inicialmente reconoció que aquellos habían sido traspasados al dominio del Fideicomiso Mercantil; constituyendo clara evidencia de la existencia del vicio de apariencia motivacional por la modalidad de incoherencia lógica, que se expresa en la contradicción señalada; por lo que se estima procedente el recurso de casación por este extremo.

No debe dejar de señalarse que llama la atención que el fallo haya hecho énfasis en lo que a su juicio considera como irregulares las incorporaciones al proceso coactivo, de una ciudadana y del Fideicomiso Mercantil; personas que no son parte de ese proceso judicial.

7.1.6 La Corporación Financiera Nacional, sostiene en su recurso, sustentado en la causal segunda del artículo 268 del COGEP, denunciando que el fallo del que recurre, está viciado de ilegalidad por incongruencia frente al derecho; toda vez que el Tribunal Distrital debió aplicar en su decisión, el contenido de la sentencia No. 22-13-IN/20 de 9 de junio de 2020 expedida por la Corte Constitucional, ya que cuando se vincula a los accionantes al proceso coactivo, estaba vigente la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, que en su artículo 1 ordenaba que: *"en el cobro de acreencias por medio del procedimiento coactivo a personas jurídicas utilizadas para defraudar, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que siempre recaerá en personas naturales"*; el cual ha sido declarado inconstitucional por ese fallo, condicionado a que esa norma se aplique al momento en que la administración o el juez tomen una decisión; operando su aplicación sobre actos de autoridad que imponen esas medidas en procedimientos de ejecución; siempre que no hayan causado estado en sede administrativa, salvo que estén siendo discutidos en sede judicial; aplicación que debe hacerse igualmente, en el caso de que esas medidas hayan sido impugnadas judicialmente y aun no han obtenido sentencia o auto definitivo que cause cosa juzgada; por lo que la vinculación de la actora al procedimiento de ejecución coactiva es válido.

Del contenido de la fundamentación de la causal, se viene de manera clara a esta Sala Especializada que el casacionista, alega en realidad la falta de aplicación de la sentencia No. 22-13-IN/20 de 9 de junio de 2020 expedida por la Corte Constitucional, ya que cuando se vincula a los accionantes al proceso coactivo, estaba vigente la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales; lo cual implica que, siendo como es ese fallo constitucional aquellos referidos como jurisprudenciales y de aplicación obligatoria; el vicio denunciado en realidad, no hace relación a incongruencias motivacionales sino a un modo de infracción (falta de aplicación), que ciertamente está contenido en la causal quinta del artículo 268 del COGEP; consecuentemente, el recurso de casación así formulado es improcedente; en razón de que el juez de casación está impedido de reconducir el recurso, en virtud del principio dispositivo que lo caracteriza.

7.2 SOBRE LA CAUSAL QUINTA:

7.2.1 La causal admitida a trámite, establece la procedencia del recurso de casación, cuando la decisión judicial recurrida esté viciada:

> *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.*

7.2.2 La causal invocada contiene los vicios de violación directa de norma jurídica sustantiva; su esencia, por tanto, se relaciona a los denominados vicios *in iudicando jure*, o también llamados vicios de juicio, que se producen cuando el juzgador declara el derecho, aplicando normas de orden material.

Desde luego que cuando en materia de casación referimos a normas de derecho, estas pueden ser de orden sustantivo o adjetivo, cada una se aplica en distintos ámbitos. En el caso de la causal quinta, es evidente que esta refiere a violaciones de normas jurídicas sustantivas o materiales, las cuales están encargadas de establecer derechos u obligaciones, de restringirlos o condicionarlos; *"La ley sustantiva es "la reguladora del fondo del asunto cuestionado, sea como objeto principal del proceso, sea como objeto particular de un artículo suyo". Todo lo atinente a la comprobación material y a la valoración moral del hecho, queda fuera del recurso y es incensurable en casación" . (Vicenzo Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, 1949, p 163. Citado por Fernando de la Rúa, el Recurso de Casación, 1968, Víctor de Zavalía Bs. As. Argentina, p. 108)*

Entonces, esas normas materiales son usadas por los juzgadores para dar solución efectiva a la controversia puesta a su decisión, por ello los vicios que de su aplicación u omisión se produzcan están en el ámbito *in judicando.*

De lo dicho se infiere que los denominados vicios de actividad o de procedimiento le son extraños y se contienen en causales de casación diferentes.

En el vicio de infracción directa de norma sustantiva, los hechos relativos al caso, que han sido determinados por el Juez con sustento en las pruebas aportadas en el juicio, se entienden aceptados por el recurrente, por tanto, en el recurso no es posible la relación a aquellos puesto que no forman parte de la discusión; la cual se concentra solo en la determinación de la existencia de la violación directa de la norma sustantiva que puede presentarse por aplicación o indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la disposición que se la aprecia como infringida.

7.2.3 El modo de infracción escogido por la entidad casacionista, en esta especie, es el de errónea interpretación; el cual está presente cuando el juzgador ha aplicado correctamente la norma jurídica llamada a solucionar la controversia, dando a la disposición jurídica un alcance distinto al que realmente tiene; esto es interpretando incorrectamente la norma.

La interpretación implica una operación intelectual por medio de la cual, aplicando un método interpretativo previsto en el ordenamiento jurídico o recomendado por la doctrina, se asume el propósito y alcance de la norma; lo cual determina la eliminación de toda forma de arbitrariedad en la interpretación, por ello se requiere siempre que se establezca qué método de interpretación es el que ha sido usado por el juzgador en la decisión judicial, las razones por las cuales esa metodología o las reglas de la usada, no son las que corresponden; para luego determinar cuál es el método o las reglas del aplicado, que son atinentes al caso.

7.2.4 Arguye la entidad recurrente (CFN), que en la sentencia se ha producido una errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario y Financiero; disposición legal que ordena:

> *Art. 121. Inembargabilidad. Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas*

precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.

Afirma la recurrente que el vicio que afecta la legalidad del fallo que ataca se produce cuando en la sentencia se da una apreciación distinta al concepto de "inembargabilidad", el cual tiene una salvedad que se refiere a lo "pactado en el contrato" y a los "efectos propios del contrato" de fideicomiso.

Sostiene que la sentencia se fundamenta en que la ley regula la inoponobilidad del embargo de un bien que forma parte de un fideicomiso mercantil, sin embargo de lo cual, la CFN continuó con el proceso coactivo en contra de los bienes del Fideicomiso mercantil LAAD-UBESA; estimando que en el caso existen los elementos de la responsabilidad extracontractual, ya que se le vinculó a la empresa actora y al Fideicomiso, usando un argumento sin sustento y sin procedimiento alguno de inoponobilidad respecto de los mismos, considerando que nunca suscribieron ningún pagaré y que, se procedió al embargo, remate y adjudicación de un bien inmueble que era parte de un fideicomiso mercantil, que conforme la norma señalada era inembargable; aceptando con ello la demanda presentada por Agrícola Doradilla declarando que la CFN incurrió en responsabilidad por el inadecuado manejo del procedimiento coactivo, respecto del remate y adjudicación de la hacienda Doradilla.

Que pese a que en el fallo se cita el artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, este se sustenta en que han concurrido los elementos de la responsabilidad extracontractual, al efectuar el embargo, remate y adjudicación de dicho bien inmueble que *"era parte de un fideicomiso mercantil"*, que la norma lo considera inembargable, interpretando erróneamente esa disposición legal, lo cual fue argumentado en el juicio por la CFN; desconociendo con ello la salvedad que trae la disposición "respecto de los derechos de los acreedores de los constituyentes", en virtud del cual CFN en aplicación del artículo 1 de la LODDL vincula a los accionantes embargando, rematando y adjudicando los derechos fiduciarios.

Que, del juicio coactivo referido (Fs.1653, 1654 y 1655), consta el oficio FP-G-783/2015 de 31 de marzo de 2015 suscrito por el Gerente General de Fiduciaria del Pacífico S.A. (FIDUPACIFICO)), que expresa que la empresa Agrícola Doradilla C.A. y Agrícola Frutalera C.A., ambas representadas por Andrea Cristina Veintimilla Chong, son ConstituyentesDeudoras, según el contrato constitutivo del Fideicomiso Mercantil en Garantía UBESA.

Expresa también que el citado artículo 121 determina la inembargabilidad de los bienes del fideicomiso mercantil los cuales no están sujetos a medidas precautelatorias por los acreedores del constituyente; no obstante, la misma disposición establece que los acreedores del constituyente o del beneficiario pueden ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les corresponda.

7.2.5 Es de reiterar que en la contestación al recurso, la parte actora del juicio de instancia sostiene que en el fallo se hace una interpretación literal de la norma, sobre cuya base concluye que los bienes pertenecientes a un fideicomiso no son embargables; disposición que en la que no existe salvedad alguna como afirma la CFN, y que la norma ordena que los acreedores de los constituyentes pueden ejercer sus acciones contra los derechos y beneficios que tienen en el fideicomiso. Que el artículo 121 del COMF prohíbe el embargo de los bienes de un fideicomiso; lo que demuestra que no se ha configurado el cargo; tanto más que el recurso incumple el silogismo jurídico completo del vicio acusado.

7.2.6 De la revisión de la sentencia recurrida, se puede establecer que el Tribunal de instancia, en la parte motiva de su fallo determinó los siguientes pronunciamientos:

1.- Que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales, vigente a la fecha de las decisiones que obran del juicio coactivo establecía que ese procedimiento puede incoarse en contra de los deudores principales y todos aquellos obligados por Ley, incluyendo los herederos mayores de edad, que no hubieran aceptado la herencia; y que, el artículo 1453 del Código Civil refiere el cumplimiento de las obligaciones de las personas que están directamente relacionadas con la suscripción del convenio, contrato o título ejecutivo que nace del concurso real de voluntades, siendo que en el caso concreto, el pagaré cuya falta de pago originó el juicio coactivo, ha sido suscrito por los representantes legales de las compañías AGROCEDROS C.A., INMOBILIARIA SOLTEN S.A., AGROPECHICHE C.A., cuyo aval es el señor WILLIAM EDUARDO VEINTIMILLA FARAHT.

2.- Respecto de la vinculación de la señora Ana Cristina Veintimilla Chong, señala que

ella no suscribió dicho pagaré, por tanto no era obligada por ley.

3.- Que, la vinculación posterior al juicio coactivo a la empresa AGRICOLA DORADILLA, accionante en la causa, se lo hace por considerar que Ana Cristina Veintimilla Chong, es su representante legal; vinculación que el Tribunal la estima absurda por cuanto esta empresa no tenía relación alguna con las compañías que suscribieron el pagaré.

4.- Que la vinculación al proceso coactivo a personas ajenas a la obligación "en aparente cumplimiento de una norma que menciona la responsabilidad extensiva en caso de herencias, que no es aplicable al caso concreto, y de personas, siempre que se haya evidenciado, el accionar fraudulento", constituyen inconsistencias; remitiéndose ese argumento al artículo 17 de la Ley de Compañías, norma que establece que en caso de fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: Quienes los ordenaren o ejecutaren; los que obtuvieren provecho hasta lo que éste valga; y, los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

Haciéndose salvedad de los casos expresamente determinados en la ley, la inoponobilidad de la personalidad jurídica solo puede declararse judicialmente, sea de manera alternativa o como pretensión de un determinado juicio de colusión; o, mediante acción de inoponobilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante juez de lo civil del domicilio de la empresa o del lugar en el que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso a elección del actor.

Estima sobre este aspecto el Tribunal de instancia que, en el supuesto de la CFN, estimare que la empresa actora fuera fraudulenta, existe la necesidad de un proceso judicial, conforme señala la norma legal en cita *a fin de que* pueda determinarse si la persona jurídica fue usada para defraudar; sin que en el caso concreto, se evidencie la existencia de un proceso paralelo en el cual se haya establecido que la compañía accionante AGRODORADILLA, fuera de tal especie ilícita.

5.- Que luego se ha vinculado al proceso de ejecución al Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, disponiendo medidas cautelares en contra de los derechos fiduciarios de Agrícola Doradilla consistentes en los terrenos de la hacienda "PAE". Afirmando sobre esto que el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, señala que el contrato de fideicomiso mercantil es aquel por el cual una o más personas (constituyentes)

> *"transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad. Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato".*

Norma concordante con el artículo 118 de la misma Ley que dispone: *"El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario"*.

6.- Refiere asimismo al artículo 121, el cual prohíbe que los bienes del fideicomiso mercantil puedan ser embargados ni sujetos de medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, "salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil".

7.- Fundamenta la sentencia que la ley determina la imposibilidad de embargar un bien que forme parte de un Fideicomiso Mercantil, y que, no obstante, la CFN, continuó la coactiva en contra de los bienes del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, bajo el argumento de que:

> *"es evidente, público y notorio que el señor Eduardo Veintimilla Farhat es la persona natural que posee control absoluto sobre varias personas jurídicas, incluyendo su poder de decisión, sino también beneficiándose de los retornos económicos, vinculando a tal fideicomiso, en virtud de los bienes aportados por la compañía AGRICOLA DORADILLA, vulnerando los derechos de la persona jurídica configurada como Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, además a la compañía AGRODORADILLA, llegando a rematar tal inmueble, en un proceso coactivo que para su suspensión era necesario la consignación de la cantidad que ascendía la deuda, sus intereses y costas, conforme lo disponía el artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, y una vez verificado el remate ya era improcedente presentar la demanda de excepciones, de acuerdo al contenido del artículo 969 del Código de Procedimiento Civil, generándose el daño objetivo con el embargo y remate de propiedad de un bien particular que no era de propiedad del deudor, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica a través del ejercicio de una prerrogativa exorbitante del Estado que se extra limitó en el cobro del título ejecutivo, a una persona no suscritora de tal título; a través de una vinculación, sin procedimiento previo y acto administrativo que puedan ser objeto de impugnación, en proceso de conocimiento, toda vez que fue expedido en juicio coactivo, embargando y rematando el bien raíz antes descrito, adjudicado a AGROBANANO S.A., dejando un saldo a favor de la empresa en mención, valor que es retenido en la actualidad, bajo la premisa de que este valor, no puede ser entregado hasta que la compañía adjudicataria, concluya el pago de su deuda, contraviniendo de manera expresa el artículo 478 del Código de Procedimiento Civil, afectando el derecho real de propiedad garantizado en la Constitución de la República del Ecuador, al no entregarse el remanente al propietario del bien rematado".*

Estima además el fallo recurrido que son los obligados a cumplir con la obligación adquirida por una compañía diferente a la accionante, perjudicando de esta forma a Agrícola Doradilla" .

El relatado es el marco dentro del cual ha sido referida la norma del artículo 121, que si bien no se refiere a la Ley en la que consta, su texto permite establecer que se trata del artículo 121 de la Ley.

7.2.7 Es evidente para esta Sala Especializada que la norma que se acusa de haber sido erróneamente interpretada ha sido efectivamente usada en la sentencia reprochada mediante el presente recurso de casación; sin embargo, es claro también que el análisis que obra de la motivación de la sentencia, se la hace en el contexto de la aplicación, al caso, de otras disposiciones legales contenidas en los artículos: 1 de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales, artículo 1453 del Código Civil, artículo 17 de la Ley de Compañías, artículos 109 y 118 de la Ley de Mercado de Valores.

Lo dicho significa que es el conjunto de estas disposiciones normativas el que sirve de sustento al pronunciamiento judicial final en el fallo, por manera que, en un contexto general, la potencial existencia de errónea interpretación de la norma que se denuncia como infringida, carece de trascendencia en la decisión judicial reprochada, ya que subsistirían, en los términos en que el juzgador las ha usado, las otras disposiciones jurídicas que en conjunto, mantendrían la misma solución del conflicto judicial que ha sido adoptada por el Tribunal de instancia; lo que conduce a establecer que el recurso de casación debió también referirse a ellas.

Sin embargo de ello, es pertinente también señalar que esta Sala ha sido reiterativa en establecer que, cuando se afirma la existencia del modo de infracción relativo a la errónea interpretación, el recurrente debe señalar cuál es el método interpretativo que ha sido usado en la sentencia de la que se recurre y la explicación del porqué éste no es el que se corresponde con el caso, o, en su defecto, el por qué las reglas del método han sido indebidamente aplicadas (en caso de que el método sea correcto). A partir de ello, el razonamiento lógicojurídico deberá conducirse a establecer cuál es el método que debió usarse en el caso, las razones para ello y el resultado al que la decisión habría arribado. Ninguno de estos elementos sustanciales que exige la causal ha sido expuesto en el recurso en estudio; cuando esa carga argumental es de responsabilidad del casacionista y no puede ser suplida por el Juez de Casación.

El recurrente, señala que en la sentencia reprochada, se aplica el mencionado artículo 121, estableciendo

que ella prohíbe el embargo de un bien que forma parte de un Fideicomiso Mercantil, pese a lo cual la CFN continuó con el procedimiento coactivo sobre los bienes del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, lo cual determina su pronunciamiento relativo a la existencia de los elementos propios de la responsabilidad extracontractual del Estado, aceptando por ello la demanda; desconociendo la salvedad de la norma que permitió a la CFN vincular a la accionante a la coactiva aplicando el artículo 1 de la LODDL; se remite para ello al oficio FP-G-783/2015 de 31 de marzo de 2015 suscrito por el Gerente General de Fiduciaria del Pacífico S.A., que certifica que Agrícola Doradilla C.A. y Agrícola Frutalera C.A. son constituyentes deudoras según el contrato constitutivo del Fideicomiso Mercantil de Garantía UBESA, documento que obra del juicio coactivo.

De lo dicho puede colegirse que el casacionista refiere otra norma jurídica, de la que no informa la potencial existencia de otro vicio relacional, como de un documento que consta en el expediente del juicio coactivo; refiriendo asimismo otras situaciones relativas a los hechos del proceso judicial; lo cual conduce necesariamente a establecer que la errónea interpretación alegada, se vincula a la necesidad de nueva valoración de prueba y de sus hechos resultantes, los cuales en la causal, no forman parte de la discusión.

Por todo lo expresado, esta Sala Especializada, concluye en la consideración de que la causal y modo de infracción denunciado son improcedentes.

8.- SENTENCIA DE MÉRITO:

8.1 Habiéndose establecido la procedencia del recurso de casación por las causales y vicios determinados precedentemente y, en aplicación a lo que dispone el artículo 273.3 del COGEP, es competencia de esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, expedir la sentencia de mérito correspondiente a este caso.

8.2 La Corte Constitucional en sentencia No. 476-19-EP/21 de 15 de diciembre de 2021 ha señalado que: "

> *60.…como ha sido materia de pronunciamiento de esta Corte en otros casos, cuando una sentencia es casada, aquello implica que deja de surte efectos en el plano jurídico y al omitirse dictar un fallo de reemplazo, se impidió que…. obtenga una resolución al conflicto que fue iniciado en su contra así como una respuesta a las excepciones de ….en el caso".*

La CC se remite a fallos que en igual sentido han sido expedidos por esa Alta Magistratura, como la: sentencia 1943-15-EP/21 de 13 de enero de 2021 en cuyo párrafo 74 se expresa:

> *74. De acuerdo al artículo 16 de la Ley de Casación, cuando una Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia resuelve casar una sentencia, está obligada a expedir la que en su lugar corresponda. Es decir, no basta con pronunciarse en el dictum (decisión) sobre las pretensiones planteadas por la parte actora, sino que corresponde dictar una nueva sentencia que resuelva la Litis de manera motivada. En este sentido, los jueces de la Corte Nacional de Justicia deben realizar un primer pronunciamiento motivado en el que determinen si la decisión recurrida incurrió en alguno de los vicios alegados y admitidos a trámite. Si determinan que la decisión recurrida incurrió en el vicio analizado, deberán casarla y realizar un segundo pronunciamiento motivado (que corresponde a la sentencia sustitutiva) sobre las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones comprendidas en la contestación para resolver el conflicto planteado. Por lo que, se observa que al no emitir una sentencia de mérito conforme lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, la Sala omitió resolver de manera motivada las pretensiones de la ahora accionante.*

Por manera que, en esa línea y, en aplicación de lo que ordena el artículo 273 del COGEP, que en su parte pertinente manda:

> *Art. 273. Sentencia. Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:*
>
> ***1.** Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.*
>
> ***2.** Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casara la sentencia o el auto recurrido y pronunciara lo que corresponda.*
>
> ***3.** Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de*

la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.

***4.** El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutiva, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.*

De lo que se infiere con claridad que habiéndose aceptado el recurso de casación por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, le corresponde a esta Sala Especializada emitir la sentencia de mérito que corresponda al caso; en la cual, a tono con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, es deber de esta sala Casacional, proferir el fallo en función de aquellos aspectos referidos en la demanda que ha sido admitida a trámite; así como en lo que expresan las contestaciones a la demanda, en función de las excepciones previas o de las de fondo, según corresponda al caso que solo será objeto de definición luego del estudio pertinente.

8.3 La Corte Constitucional en sentencia 1898-12-EP/19 de 12 de diciembre de 2019, determina la factibilidad de aplicar en la motivación del fallo de alzada elementos que obran de la decisión judicial materia del recurso en resolución en virtud del principio PER RELATIONEM, en el sentido de que: *"[…] En decisiones de alzada o apelación, la motivación per relationem es admisible en la medida en que no consista en una mera repetición de los fundamentos de la sentencia impugnada; sino que el tribunal de apelación debe realizar un pronunciamiento autónomo sobre el thema decidendum o, al menos, una postura crítica sobre la suficiencia y la fundamentación de dicha sentencia […]".*

En tal sentido esta Sala Especializada, hace suyo lo expresado en la sentencia expedida el 3 de febrero de 2022, notificada el 4 de febrero de 2022, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, fundamentalmente en lo relacionada a su parte expositiva que refiere los hechos y exigencias de la demanda y de sus contestaciones incluido el alcance de las excepciones opuestas por la Procuraduría General del Estado y la Corporación Financiera Nacional; así como la determinación de la competencia de ese órgano judicial para resolver el caso.

8.4 Las demandadas: Procuraduría General del Estado y Corporación Financiera Nacional, al contestar, respectivamente, la demanda, opusieron como excepción previa la falta de legitimación en causa de la parte actora, por las razones que se han señalado en el considerando 7.1.5.1 de esta sentencia.

8.4.1 El Artículo 75 de la Constitución de la República, consagra el principio de tutela judicial efectiva cuando expresa:

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.

8.4.2 La Corte Constitucional, en sentencia No.108-15-SEP-CC, de 8 de abril de 2015 ha señalado que:

"…la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita comporta un derecho de las personas de acceder a la justicia y el deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes; de esta forma, se configura el derecho de manera integral, en donde los jueces asumen el rol de ser garantes del respeto de los derechos que les asisten a las partes dentro de cada proceso (…) De esta forma, la tutela judicial efectiva es el derecho que garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de justicia de sustanciar la causa observando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para cada caso y en observancia de las garantías que configuran el debido proceso".

Desde luego que, el derecho a la tutela judicial efectiva, permite a toda persona el acceso a los órganos judiciales en procura de que se garantice el ejercicio de los derechos asignados en el ordenamiento jurídico; por esa razón este derecho está ligado a la observancia del debido proceso. Este derecho entonces no tiene características ilimitadas pues su ejercicio se activa en función de la existencia de derechos que la persona estima le corresponden con base en los cuales concurre a los órganos judiciales para lo lograr su reconocimiento o restablecimiento.

8.4.3 El Art. 76 de la CRE, al reconocer el derecho al debido proceso, establece como una de

sus garantías: *"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes"*; garantía que corresponde a todas las partes que actúan en un proceso judicial; desde luego no en cualquier proceso judicial, sino en aquellos que sus derechos pretendidos o cuestionados sean pertinentes a aquellos; es por ello que la dirimencia del conflicto judicial es competencia judicial; ya que es al Juez, como tercero desinteresado en la causa, dotado de potestad pública, sujetar sus actuaciones a los mandatos constitucionales, legales y de instrumentos internacionales de derechos humanos, conforme ordena el primer inciso del artículo 172 de la CRE.

8.4.4 A tono con lo dicho, el Código Orgánico de la Función Judicial, pertinentemente ordena:

> *Art. 23. PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes,* ***cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad,*** *cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido.* ***Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la*** *Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado****, la ley, y los méritos del proceso.***

En efecto, cualquier persona natural o jurídica, tiene la capacidad de comparecer a los órganos judiciales en procura de sus derechos, los cuales están garantizados por el Estado por medio de los competentes juzgadores; no obstante, será indispensable siempre que la parte actora pruebe de modo claro ser la titular del derecho que pretende, demostrando procesalmente esa calidad; de modo que para que el juzgador tome una decisión respecto del conflicto generado, debe hacerlo sobre el único fundamento de lo que al respecto estatuya la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, la ley nacional y, desde luego con sustento en los méritos que arroje el proceso judicial.

8.4.5 La legitimación activa, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico es la:

"Capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial, con base en la titularidad de un derecho o interés legítimo que se ostenta frente a la parte demandada o recurrida, respectivamente".

El mismos Diccionario se remite a la sentencia expedida por la Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia de España, la cual respecto de la legitimación activa dice:

> *Supuesto más común en el que la legitimación, tanto activa como pasiva, coincide con la titularidad en la relación jurídicomaterial debatida, es decir, tiene legitimación directa la persona que aparece como titular y obligada del derecho subjetivo. También se denomina legitimación directa, propia u ordinaria.*
>
> *«La falta de legitimación activa ad causam [para el proceso] debe apreciarse de oficio y se produce cuando el actor no aparece como titular del derecho que intenta hacer valer en el proceso (pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido) o no está facultado por sí solo para el ejercicio de la acción por ser necesario que figuren en el lado activo del proceso como demandantes otros partícipes en la relación jurídica controvertida directamente interesados en su resultado»* (STS, 1.ª, 2VII 2008, rec. 1354/2002).

El COGEP en su artículo 303 al normar la legitimación activa en un proceso judicial correspondiente a la esfera contencioso administrativa, ordena que: *"Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo: (…)6. La persona natural o jurídica que se considere lesionada por hechos, actos o contratos de la administración pública"*.

Es evidente que el objeto de un proceso judicial, debe tener necesariamente, una relación jurídica material, en la cual la parte actora con la parte demandada deben poseer la titularidad de esa relación; de modo que la ausencia de esa titularidad del derecho o del interés legítimo, según el caso, genera como establece el Art. 153 del COGEP, la existencia efectiva de la excepción previa de *"3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda"* ; por consiguiente, cuando del proceso judicial no se aprecia la existencia de esa titularidad del derecho de la parte actora se está frente a la falta de legitimación en la causa de la parte demandante, que es precisamente la excepción opuesta tanto por la CFN como por la PGE.

8.4.6 Es pertinente entonces que esta Sala Especializada establezca si, en el caso, es procedente la excepción previa de falta de legitimación en la causa de la parte actora, alegada por las entidades públicas demandas; al objeto se aprecia que:
La parte actora, AGRÍCOLA DORADILLA C.A., que comparece por medio de su Gerente General como representante legal de la empresa, afirmando en su demanda que la empresa adquirió por compra a la empresa AGROCEDROS S.A. un inmueble de 228 hectáreas, ubicado en la parroquia Pedro J. Montero, cantón El Triunfo, provincial del Guayas, cuyas fechas de escrituración notarial e inscripción en el Registro de la Propiedad, se reflejan también en la documentación que acompaña.
Que, junto con otras empresas, el 4 de febrero de 2005, constituyeron el Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, *"de manera irrevocable, en garantía de pago de las obligaciones existentes por parte de los constituyentes, a favor de UBESA"*.
Que, la Corporación Financiera Nacional, había iniciado el procedimiento de ejecución coactiva No. 0682000 en contra de la compañía Agrocedros S.A., empresa que no había cumplido con obligaciones de pago contraídas con CFN; procedimiento de ejecución en el cual por decreto de 17 de diciembre del 2014 y fundamentado en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, vincula a Agrícola Doradilla; y, el 27 de enero de 2015 también lo hace con el Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA.
Que en la coactiva se ha procedido al embargo de los derechos fiduciarios que la empresa actora mantenía en el fideicomiso, consistentes en la hacienda ya referida; hacienda que fuera luego rematada y adjudicada dentro del procedimiento coactivo.
Es claro para esta Sala, que si la empresa accionante al ser una de las constituyentes del FIDEICOMISO MERCANTIL LAAD-UBESA, en su acto de constitución, efectuó el traspaso de dominio del bien inmueble de su propiedad a dicho Fideicomiso Mercantil; por manera que la mencionada hacienda pasó a propiedad del Fideicomiso, dejando de ser parte del patrimonio de Agrícola Doradilla, en los términos prevenidos en los artículos 109, 118 y 119 de la Ley de Mercado de Valores, que establecen que por medio del contrato de fideicomiso mercantil, los constituyentes transfieren de manera temporal e irrevocable *" la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario"*, para que la fiduciaria cumpla las finalidades instituidas en el contrato de constitución.
Dejándose establecido que el patrimonio autónomo constituido es distinto del que corresponde a los constituyentes, del fiduciario y de los beneficiarios (Art. 118 LMV).
El artículo 119 de la Ley que se viene citando estatuye que el fideicomiso mercantil será el titular de los bienes de ese patrimonio autónomo y que el fiduciario es su representante legal y es a él al que le compete intervenir con todos los derechos como sujeto procesal, sea activo o pasivo, en trámites o procesos, administrativos o judiciales.
Como consecuencia de lo dicho, es evidente que mientras el fideicomiso mercantil mantuvo vida jurídica, era el titular de dominio de los bienes que fueron transferidos volitivamente a su favor por los constituyentes, entre ellos la empresa Agrícola Doradilla C.A., hasta cuando el Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA fuera liquidado legalmente, lo cual ha ocurrido el 10 de agosto de 2016; liquidación que se ha la realizado por no existir obligaciones pendientes de pago en favor de la Unión Nacional de Bananeros S.A.; instrumento de liquidación en el que se deja constancia de que, por disposición de la Corporación Financiera Nacional, se ha efectuado la transferencia de la hacienda PAE (parte de la cual fuera adquirida por Agrícola Doradilla C.A., según informa la actora en su demanda), a la adjudicataria del bien rematado; dándose por terminado el fideicomiso sin que exista valor alguno que liquidar en favor de las constituyentes, ni restitución de los bienes aportados.
8.4.7 Se ha dejado establecido que la demanda planteada por la empresa actora, es una de responsabilidad objetiva del Estado, en la cual se reclama el pago de indemnización de daños y perjuicios, por actividad de la administración pública generada en un procedimiento de ejecución coactiva, que determinó el embargo, remate y adjudicación de la hacienda de su propiedad, cuya situación determinó la pérdida patrimonial de ese inmueble de su propiedad.
8.4.8 Dentro de los requisitos recomendados por la doctrina y la Ley, para determinar la existencia de responsabilidad extracontractual u objetiva del Estado, se encuentra el denominado

daño calificado, para definir el cual, recurrimos al maestro Jaime Santofimio, *(citado por Andrés Moreta, "Derecho Administrativo Ecuatoriano"* , USFQ, *Colección Jurisprudencia. 2023, p. 700)*, quien señala que el daño calificado debe ser sufrido por alguien y se configura en el *"menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales o en su patrimonio"*.

Es en ese contexto que corresponde definir, en el caso, que la pérdida patrimonial, que según la accionante, se produjo por el embargo y remate de la hacienda de su propiedad, por disposición del recaudador de coactivas de la CFN, corresponde a un bien inmueble que por voluntad de la misma empresa accionante, su dominio fue traspasado al patrimonio autónomo conformado, entre otros constituyentes por Agrícola Doradilla C.A., cuando se constituyó el Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA; el cual pasó a ser el titular del derecho de dominio de ese bien inmueble y en cuya liquidación se dejó constancia de aquello; lo que significa de modo claro e incontrovertible que, que la accionante, carece de la legitimación activa en la causa, por cuanto dejó de ser propietaria del bien embargado, rematado y adjudicado, el cual, al tiempo en que se generaron esas decisiones administrativas fue de propiedad del señalado fideicomiso. Determinándose en consecuencia la procedencia de la excepción previa propuesta por la Procuraduría General del Estado y la Corporación Financiera Nacional, prevista en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP. Excepción previa cuyo efecto, por su propia naturaleza, es insubsanable.

9. DECISIÓN:

9.1 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, RECHAZA** el recurso de casación interpuesto por la CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL, y, **ACEPTA** el recurso de casación interpuesto por la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, por la causal segunda del artículo 268 del COGEP; consecuentemente, **CASA** la sentencia expedida el 3 de febrero de 2022, las 14h36, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.

9.2 Como decisión de la sentencia de mérito, esta Sala Especializada, acepta las excepciones previas de falta de legitimación en la causa de la parte actora: Agrícola Doradilla C.A.; declarándose improcedente la demanda, por cuanto la excepción aceptada es insubsanable.

Actúe la doctora Ivonne Marlene Guamaní León, según acción personal No. 1040-DNTH-2021-OQ.

Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL** RACINES GARRIDO FABIAN PATRICIO **JUEZ NACIONAL.**

VOTO SALVADO

Juicio No. 09802-2019-00119

Voto Salvado: Dr. Fabián Racines G.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 2 de febrero del 2024, las 13h40.

VISTOS.- Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

i. 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 de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.

ii. Mediante Resolución No. 02-2021 de 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los jueces: Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.

iii. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No.

187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P- CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor 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.

iv. Con auto de sustanciación de fecha 11 de julio del 2023, se convocó para el día lunes 28 de agosto del 2023, a las 11h00 para que se desarrolle la audiencia de casación prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante "COGEP"), dentro de la causa No. 09802-2019- 00119.

v. En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron las partes procesales, audiencia que fue suspendida con el fin de emitir la decisión oral. Con fecha 30 de enero del 2024, se notificó a las partes procesales con la convocatoria a la reinstalación de la audiencia, con la finalidad de emitir la decisión oral del voto de mayoría adoptada por los Jueces Nacionales Patricio Secaira Durango y Milton Enrique Velásquez Días y el voto concurrente adoptado por el Juez Nacional Fabián Patricio Racines Garrido; por lo que, corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos que se exponen a continuación.

I
ANTECEDENTES PROCESALES

1.1- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del proceso No. 09802-2019-00119, seguido por la señora Eva Isabel Veloz Valarezo, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Agrícola Doradilla C.A., en contra de la Corporación Financiera Nacional y Procuraduría General del Estado, estableció como objeto de la controversia lo siguiente: *"… se declare la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, por las actuaciones realizadas por los personeros de a (sic) Corporación financiera nacional, en la sustanciación del proceso coactivo No. 068-2000, y por ende el Pago Agrícola Doradilla C.A. por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el juzgado de coactiva de la CFN por el Valor de USD 4.85.750,00 valor que corresponde al avalúo de los derechos fiduciarios." y resolvió: " Encontramos que en el caso, concurren claramente las características esenciales de la responsabilidad extracontractual, bajo los siguientes presupuestos: 1. La Corporación Financiera Nacional, vinculó al proceso coactivo, a la empresa accionante y al Fideicomiso LAADUBESA, utilizando un argumento sin sustento y sin procedimiento alguno de inoponibilidad respecto de las mismas, considerando que nunca suscribieron algún pagaré. 2. Procedió con un embargo, remate y adjudicación de un bien inmueble que era parte de un fideicomiso mercantil, mismo que conforme la norma antes mencionada, lo considera inembargable. 3. La Corporación Financiera Nacional, retiene valores en favor de la accionante de manera ilegal, considerando de manera expresa que la compañía AGROBANANO S.A. deberá cancelar la cantidad adeudada, para poder liberar el dinero que le corresponde a AGRICOLA DORADILLA. Que, al cumplirse los elementos enunciados, su efecto fundamental es la obligación de esa entidad pública de indemnizar por los daños ocasionados con el remate y adjudicación de un inmueble que no tenía relación alguna, respecto de la obligación contraída por la compañía AGROCEDROS con la Corporación Financiera Nacional. Que tal deber jurídico indemnizatorio, está prevenido en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador que textualmente dispone: ´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´. Por lo expuesto y sin que sea menester otra consideración, el Tribunal* ***ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,*** *aceptando la demanda presentada por la compañía AGRICOLA DORARILLA, declara que la Corporación Financiera Nacional, incurrió en responsabilidad objetiva extracontractual por el inadecuado manejo del proceso coactivo No. 68-2001, en lo que al remate y adjudicación de la Hacienda Agrícola Doradilla se refiere; en consecuencia se dispone que la Corporación Financiera Nacional pague a los actores, la indemnización por los daños patrimoniales producidos por la adjudicación de la Hacienda Agrícola Doradilla, valor que será calculado de manera pericial, y tomando en cuenta el Informe técnico y avalúo constante de fojas 3266 a 3301."* El Tribunal de instancia consideró que en el presente caso concurren los elementos que

configuran de responsabilidad extracontractual del Estado, por las actuaciones realizadas en el proceso coactivo, en el que la Corporación Financiera Nacional vinculó a Agrícola Doradilla C.A y dispuso el remate y embargo de bienes que pertenecían a un fideicomiso mercantil; por lo que, ordenó que se paguen los daños y perjuicios ocasionados a favor de la compañía accionante.

1.2.- Con escrito de fecha 9 de febrero del 2022, la Corporación Financiera Nacional, solicitó la aclaración y ampliación de la sentencia y con auto de fecha 2 de marzo del 2022, las 10h23, el Tribunal de instancia negó la solicitud de aclaración y ampliación, indicando que la sentencia es clara y contiene los elementos suficientes que permitieron concluir en la aceptación de la demanda.

1.3.- La Procuraduría General del Estado y la Corporación Financiera Nacional, interpusieron recursos de casación, fundamentándose en las causales segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y el Tribunal de instancia mediante auto de fecha 6 de mayo del 2022, a las 12h08, dispuso la remisión del proceso judicial a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

1.4.- Con fecha 17 de febrero del 2023, el doctor Mauricio Bayardo Espinosa Brito, en calidad de Conjuez Nacional, dispuso a la Corporación Financiera Nacional, que aclare y complete el recurso de casación interpuesto.

1.5.- Mediante auto de fecha 31 de marzo del 2023, a las 09h51, el Conjuez Nacional, decidió admitir los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y la Corporación Financiera Nacional, por las causales segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

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.- Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 7 de junio del 2023, a las 15h55, constante a fojas 47 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Patricio Secaira Durango, en calidad de Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Fabián Patricio Racines Garrido y Milton Enrique Velásquez Díaz.

III
VALIDEZ PROCESAL

En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

IV
FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1.- Recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado.- En relación a la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la Procuraduría General del Estado, dice que existe falta de motivación en la sentencia recurrida: *"Dentro de la sentencia se puede observar que en la parte en la que se resuelven las excepciones previas, el Tribunal se refiere a las excepciones planteadas por la entidad demandada, entre ellas, la falta de legitimación del actor de conformidad con el artículo 153 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, excepción previa que también plantea y fundamenta la Procuraduría General del Estado y sobre la cual el Tribunal no hace referencia. Sin embargo, entendiéndose que el Tribunal resuelve en el mismo sentido respecto de la referida excepción no fundamenta motivadamente el rechazo de la excepción de falta de legitimación de la parte actora. Por parte de la Procuraduría General del Estado se alegó como excepción previa el numeral 3 del artículo 153 del COGEP, en virtud de que consta en la demanda que el accionante refiere a que se afectó a un patrimonio autónomo como lo es el fideicomiso (…) es decir, que el supuesto daño por el cual la accionante solicita una indemnización era un patrimonio autónomo distinto al de la compañía AGRICOLA DORADILLA"*. Para la Procuraduría General del Estado, existiría un vicio de incongruencia frente a las partes, al considerar que el Tribunal de instancia debía referirse a la excepción previa de falta de legitimación en la causa por parte de Agrícola Doradilla. Con la misma causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la Procuraduría General del Estado, señala que en la sentencia impugnada se han adoptado decisiones contrarias e incompatible y lo hace en los siguientes términos: *"El Tribunal al acepta (sic) la demanda fundamentándose en que 'Es evidente para el Tribunal el daño calificado del que fue objeto la compañía Agrícola Doradilla, por cuanto sin ser obligada directa, ni conexa conforme al artículo 17 de la Ley de Mercado de Valores lo establece, tuvo*

que soportar la carga impuesta por la Corporación Financiera Nacional, al embargarse y adjudicarse sus bienes, siendo esta el nexo causal entre el daño calificado y la deficiencia en el servicio prestado´- Si bien es cierto Agrícola Doradilla era una de los contribuyentes deudoras del FIDEICOMISO MERCANTIL LAAD UBESA, fideicomiso que serviría de garantía y segunda fuente de pago de las obligaciones de Agrícola Doradilla, Agrícola Frutalera y William Eduardo Veintimilla Farath a favor de las compañías UBESA y LAAD AMÉRICAS. El Tribunal dentro de su sentencia cita el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores (…) bajo esta normativa, es claro que el embargo y adjudicación de los bienes no constaban dentro del patrimonio de la compañía Agrícola Doradilla sino dentro de un patrimonio autónomo esto es, el fideicomiso mercantil, por lo que habría inexistencia del nexo causal. Consecuentemente existiría una contradicción en la sentencia." Para la Procuraduría General del Estado, Agrícola Doradilla no tendría el derecho para demandar una posible responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto, el embargo y adjudicación de los bienes que se realizó en el proceso coactivo, no corresponde al patrimonio de la compañía, sino al Fideicomiso Mercantil, por constituirse en un patrimonio autónomo.

4.2.- Recurso de casación interpuesto por la Corporación Financiera Nacional.- Sobre la causal segunda del artículo 268 del COGEP, la entidad recurrente manifiesta: *"Los Jueces del Tribunal Contencioso Administrativo que dictaron sentencia, no consideraron que la Sentencia de la Corte Constitucional No. 22-13-IN/20 de junio de 2020, que declara la constitucionalidad del Art. 1 de la Ley Orgánica de los Derechos Laborales, y desarrolla otros parámetros para su procedimiento para el futuro. Como se puede colegir, la vinculación por parte del Juzgado de Coactivas es perfectamente válido y la Sentencia de la Corte Constitucional ratifica la constitucionalidad de la aplicación del artículo 1 de la Ley Orgánica de Derechos Laborales, que en esa fecha no necesitaba el auxilio de otra norma, sin embargo, el Tribunal no considera, ni motiva como concluyó que la Institución no aplicó el procedimiento establecido para la vinculación.* Para que no quede la menor duda, el proceso coactivo No. 68-2000, causó estado, se encontraba archivado. Siendo así que, de lo expuesto, nos encontramos ante un problema motivacional de incongruencia frente al derecho, toda vez que el Tribunal Contencioso Administrativo no consideró la sentencia de Corte Constitucional para resolver y determinar que CFN requería en esa época un trámite previo de inoponibilidad." Para la Corporación Financiera Nacional, la motivación expuesta en la sentencia recurrida, adolece del vicio de incongruencia frente al derecho, por considerar que, no se consideró que el artículo 1 de la Ley Orgánica de los Derechos Laborales, no fue declarado inconstitucional y que, al contrario, la Corte Constitucional en sentencia No.22-13-IN/20 de 19 de junio de 2020 declaró su constitucionalidad condicionada. Respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la Corporación Financiera Nacional, indica que existe una errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario Financiero: *"En el caso in examine, los Jueces de los Tribunales Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, interpretan erróneamente el contenido del artículo 121 del CMF dando un alcance indebido al concepto de ´Inembargabilidad´ya que es un concepto que además da una salvedad concerniente a lo ´pactado en el contrato'así como a los´efectos propios´- del contrato de fideicomiso. (…) Con lo expuesto se evidencia que a pesar de que en la sentencia emitida por lo señores Jueces del Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, reconocen y citan el artículo 121 del COMF (libro II), en todo su contexto, en su fallo sustentan que han concurrido las características esenciales de la responsabilidad extracontractual, entre otros presupuestos porque la Corporación Financiera Nacional B.P., procedió con un embargo, remate y adjudicación de un bien inmueble que era aparte de un fideicomiso mercantil, que según la norma ya citada lo considera inembargable."* La Corporación Financiera Nacional, señala que el Tribunal de instancia desconoce la salvedad que existe en el artículo 121 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que facultaba a la Corporación Financiera Nacional, aplicando el artículo 1 de la Ley Orgánica de los Derechos Laborales, vincular a la parte accionante al proceso coactivo, embargar, rematar y adjudicar los derechos fiduciarios.

V
PROBLEMA JURÍDICO

El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada con fecha 3 de febrero del 2022, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, ha incurrido en los yerros establecidos en la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y en la causal quinta *ibídem*.

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. 1712015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 1592015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 1572015 de 30 de abril de 2015, todas de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).*

6.2.- También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca; es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógicojurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. *(Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia)*

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."* (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 351).

6.4.- Recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado: Causal segunda del artículo 268 del COGEP, cuando la sentencia o auto no cumpla con el requisito de motivación.

6.4.1.- Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal segunda del artículo 268 del COGEP que consiste en: ***" 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."*** Al respecto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en su Resolución No. 271 de 19 de julio de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 418 de 24 de septiembre de 2001, señaló que: *"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 5ta del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando de 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 motiva, pues entre la una y la otra existe una relación de causa y efecto y forman una unidad." 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.

6.4.2.- La Corte Constitucional ha emitido jurisprudencia reciente donde ha establecido que la motivación de una autoridad pública debe reunir ciertos *"elementos argumentativos mínimos"* para que sea *suficiente*; para el efecto, la estructura mínima de la motivación de los actos jurisdiccionales deben componerse de: 1) la enunciación de las normas o principios jurídicos en los que se fundamenta lo resuelto; 2) la enunciación de los hechos del caso; y, 3) la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho. En ese sentido, se considera que la argumentación jurídica tiene una estructura mínimamente completa, cuando está compuesta con una *fundamentación normativa suficiente,* esto es, debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la resolución del caso, así como la justificación de su aplicación a los hechos del asunto que se ventila; y, una *fundamentación fáctica suficiente*, es decir, el juzgador justifica los hechos probados en virtud del análisis de las pruebas. (Sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021). Criterio que ha sido acogido por la Corte Nacional de Justicia en varios de sus fallos.

6.4.3.- La Corte Constitucional a través de la Sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, identificó los tipos de deficiencia motivacional:

- **Inexistencia:** Ocurre cuando la resolución no contiene una fundamentación normativa y una fundamentación fáctica.
- **Insuficiencia:** Este vicio motivacional sucede cuando no se cumple con el estándar de suficiencia, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021 indicó lo siguiente: *"61. 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" 40] 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." (El énfasis nos corresponde).

- **Apariencia:** Este vicio ocurre cuando parece que la sentencia es suficiente en lo fáctico y en lo normativo, la actual jurisprudencia constitucional señala varios casos para que una sentencia sea considerada como aparente, puede ser **incoherente, inatinente, incongruente e incomprensible.**

En suma podemos decir que, la argumentación es **incoherente**, cuando existe contradicción entre las premisas o en la conclusión final y la decisión a la que arriba el Tribunal que emite la sentencia impugnada, es **inatinente** cuando se exponen argumentos que no guardan relación con el asunto controvertido y con la conclusión final, es **incongruente** porque no se ha dado contestación a los argumentos expuestos por las partes procesales y que son relevantes o cuando no se ha dado contestación a algún asunto que la ley o la jurisprudencia exige abordar para resolver el caso y es **incomprensible**, cuando el fallo no contiene explicaciones claras y que sean de fácil comprensión.

6.4.4.- El Tribunal de instancia en los considerandos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y CUARTO, identificó a las partes procesales, estableció su competencia para resolver la causa y enunció los hechos expuestos en la demanda y contestación a la demanda presentada por la Corporación Financiera Nacional y por la Procuraduría General del Estado. En el considerando QUINTO y SEXTO, el Tribunal de instancia se refiere a las excepciones previas propuestas por la autoridad demandada, a la validez procesal y al objeto de la controversia. A partir del considerando SÉPTIMO, el Tribunal de instancia expuso la motivación y la apreciación de los elementos probatorios aportados por los sujetos procesales, para luego concluir en que concurren las características esenciales de la responsabilidad extracontractual, por las actuaciones de la CFN en el proceso coactivo No. 68-2000 y disponer el pago de los daños y perjuicios ocasionados a la accionante.

6.4.5.- La Procuraduría General del Estado, en su escrito recursivo y en la audiencia de sustentación oral del recurso señaló que el Tribunal de instancia no fundamentó el rechazo de la excepción previa de falta de legitimación de la parte actora de conformidad al artículo 153 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos; por lo que, advierte que existe el yerro motivacional de incongruencia frente a las partes, el cual ocurre cuando no se ha dado contestación a los argumentos relevantes expuestos por las partes procesales que pueden incidir significativamente en la resolución del problema jurídico.

6.4.6.- De la revisión de la sentencia impugnada, se verifica que el Tribunal de instancia en el considerando QUINTO señaló que en audiencia preliminar sí se resolvieron las excepciones previas propuestas por la autoridad demandada y señaló que: *"… la accionante alega que la sustanciación del juicio coactivo, le ha provocado lesión de sus derechos; por tanto, de conformidad con el artículo 303.5 del COGEP se considera debidamente legitimada la parte actora, toda vez que no se trata de una excepción a la coactiva sino la responsabilidad objetiva del Estado, por lo tanto se desecha dicha excepción."* Por lo tanto, se verifica que el Tribunal de instancia sí se pronunció sobre las excepciones previas propuestas, tanto en la audiencia preliminar y en la sentencia escrita.

6.4.7.- De la fundamentación realizada en el recurso de casación y en la audiencia de sustentación del recurso de casación, la entidad casacionista no ha logrado demostrar que la sentencia impugnada adolezca del vicio motivacional por incongruencia frente a las partes, lo que se detecta es una intención de ejecutar una corrección de lo decidido, al haberse referido a un supuesto yerro de la norma procesal contenida en el artículo 153 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, que refiere precisamente, sobre la falta de legitimación en la causa como excepción previa, siendo que esta causal no puede ser trastocada para analizar la corrección jurídica de la decisión emitida por el Tribunal de instancia.

6.4.8.- De conformidad con el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el artículo 295 *ibídem*, el Tribunal de instancia debió pronunciarse en la audiencia preliminar sobre las excepciones previas y ese pronunciamiento trasladarlo a la sentencia escrita; por lo

tanto, la entidad casacionista debió fundamentar el yerro sobre el artículo 153 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, con la causal que corresponde a la infracción de normas adjetivas, para que una vez verificado el error de falta de pronunciamiento sobre la excepción previa, el Tribunal de Casación, pueda retrotraer el proceso a la fase en la cual los Tribunales de instancia deban pronunciarse sobre las excepciones previas.

6.4.9.- De lo expuesto, la Sala Especializada aprecia que, en el caso que nos ocupa, la Procuraduría General del Estado, no ha logrado justificar el vicio motivacional de apariencia por incongruencia frente a las partes; en consecuencia, esta Sala concluye que la sentencia emitida por el Tribunal de instancia cuenta con una motivación fáctica y normativa suficiente; por lo que, el recurso de casación no puede prosperar por este extremo.

6.5.- Recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado: Causal segunda del artículo 268 del COGEP, cuando en la parte dispositiva de la sentencia se adopten decisiones contrarias o incompatibles.

6.5.1.- Con respecto a la contradicción e incompatibilidad en la parte dispositiva de la sentencia, Luis Cueva Carrión, en su obra "La casación en materia civil" indica: *"Aquí nos encontramos frente a una exigencia de carácter lógico: el fallo debe ser redactado con absoluto respeto a las leyes que rigen el pensamiento, bajo ningún concepto se las puede transgredir." "Entonces lo incompatible es aquello que no concuerda con una cosa, que distorsiona, que no guarda relación de proporción entre un objeto y otro, que no puede unirse, que se excluye."* (Cueva, L. (2011). La casación en materia civil. Quito: Ediciones Cueva Carrión. Págs. 334-336). Estos dos submotivos que se encuentran detallados en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación tienen características propias, mientras lo contradictorio es la desobediencia de la segunda ley de la lógica relativa a que una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo, la incompatibilidad tiene la característica de excluyente; por lo que, las decisiones incompatibles no permiten ejecutar la sentencia.

6.5.2.- En los dos casos, contradicción o incompatibilidad, debe evidenciarse la imposibilidad de que las dos decisiones que el juzgador haya tomado en el fallo, no puedan coexistir paralelamente, por su propia disconformidad y ausencia de armonía para ejecutar la sentencia o auto reprochado. En efecto, para que la incompatibilidad o la contradicción estén presentes en la sentencia, deben necesariamente existir dos decisiones que riñan entre sí, en la que la una niegue algo y la otra acepte lo mismo.

6.5.3.- La Procuraduría General del Estado, argumentó que si bien la actora era uno de los contribuyentesdeudores del Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, que serviría de garantía y segunda fuente de pago de las obligaciones de Agrícola Doradilla, Agrícola Frutalera y William Eduardo Veintimilla Farath a favor de las compañías UBESA y LAAD AMÉRICAS, Agrícola Doradilla y Agrícola Frutalera ya no tenían el dominio sobre las haciendas entregadas al Fideicomiso.

6.5.4.- El Tribunal dentro de su sentencia reconoce: **i)** que quien figura como accionante es la señora Eva Isabel Veloz Valarezo, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía AGRICOLA DORADILLA C.A, compañía que junto a la compañía FRUTALERA, constituyeron el Fideicomiso Mercantil denominado Fideicomiso LAAD-UBESA, en Garantía de las obligaciones mantenidas por las compañías constituyentes a favor de la Unión de Bananeros UBESA, cuyo representante legal es la Fiduciaria del Pacífico FIDUPACIFICO, **ii)** que la Corporación Financiera Nacional, en noviembre del año 2000 dio inicio al procedimiento coactivo 068-2000, en contra de la compañía Agrocedros S.A, por no haber dado cumplimiento con las obligaciones de pago contraídas, **iii)** que con fundamento en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, se vinculó a la compañía Agrícola Doradilla C.A., al proceso coactivo y al Fideicomiso Mercantil LAAD-UBESA, y iv) que en el procedimiento que llevó a cabo la Corporación Financiera Nacional, se dispuso el embargo de derechos fiduciarios que la accionante mantenía en el fideicomiso, embargando, rematando y adjudicando la hacienda denominada PAE, para concluir que en el proceso coactivo si se ocasionaron perjuicios a la compañía accionante, Agrícola Doradilla C.A.

6.5.5.- En la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia citó al artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, que señala: *"El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario." Y al artículo 109 ibídem: "Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de*

bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad. Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato." Normas que reconocen que los constituyentes del fideicomiso transfieren de manera temporal e irrevocable la propiedad de los bienes, sean estos, muebles, inmuebles, corporales e incorporales que existan o se espera que existan, al patrimonio del fideicomiso, el mismo que se considera como autónomo y distinto de los patrimonios individuales de quienes lo constituyen.

6.5.6.- El Tribunal de instancia reconociendo la figura del fideicomiso mercantil y como operan este tipo de contrato, con fundamento en los artículos 109 y 118 de la Ley de Mercado de Valores, respecto a su patrimonio, en el considerando SÉPTIMO concluyó lo siguiente: *"1. La Corporación Financiera Nacional, vinculó al proceso coactivo, a la empresa accionante y al Fideicomiso LAAD-UBESA, utilizando un argumento sin sustento y sin procedimiento alguno de inoponibilidad respecto de las mismas, considerando que nunca suscribieron algún pagaré. 2. Procedió con un embargo, remate y adjudicación de un bien inmueble que era parte de un fideicomiso mercantil, mismo que conforme la norma antes mencionada, lo considera inembargable. 3. La Corporación Financiera Nacional, retiene valores en favor de la accionante de manera ilegal, considerando de manera expresa que la compañía AGROBANANO S.A. deberá cancelar la cantidad adeudada, para poder liberar el dinero que le corresponde a AGRICOLA DORADILLA."* Es decir, que si bien se consideró que el patrimonio del fideicomiso es autónomo y distinto del patrimonio de los fideicomitentes y que la compañía accionante transfirió el dominio de un bien inmueble al patrimonio de un fideicomiso, el Tribunal de instancia estableció que se ha configurado la responsabilidad extracontractual del Estado, por parte de la Corporación Financiera Nacional, en la vinculación de la compañía accionante al proceso coactivo, determinando que Agrícola Doradilla C.A. tuvo que soportar la carga impuesta por la autoridad demandada por el embargo y adjudicación de los bienes, cuando inicialmente se reconoció su traspaso al fideicomiso mercantil, que como bien se mencionó en líneas anteriores, este patrimonio es autónomo y distinto de los patrimonios individuales de quienes lo constituyen.

6.5.7.- En tal sentido, se verifica la consumación del yerro alegado por Procuraduría General del Estado; por lo que, el recurso de casación puede prosperar por este extremo.

6.6.- Recurso de casación interpuesto por la Corporación Financiera Nacional: Causal segunda del artículo 268 del COGEP, cuando la sentencia o auto no cumpla con el requisito de motivación.

6.6.1.- Respecto de las consideraciones generales de la causal segunda, sobre la falta de cumplimiento del requisito de motivación, este Tribunal de casación ya se ha referido en los numerales 6.4.1, 6.4.2, 6.4.3 y 6.4.4 de la presente sentencia.

6.6.2.- La Corporación Financiera Nacional, argumentó falta de motivación por incongruencia frente al derecho y dice que, en la sentencia emitida por el Tribunal de instancia, no se consideró que el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, no fue declarado inconstitucional y, que al contrario, la Corte Constitucional en Sentencia No.22-13-IN/20 de 19 de junio de 2020, declaró la constitucionalidad condicionada de la referida norma, por este motivo, la Corporación Financiera Nacional, defiende que la vinculación de la accionante al procedimiento coactivo fue procedente.

6.6.3.- De la sentencia impugnada, se verifica que en el considerando SÉPTIMO se fundamenta que el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, fue derogado por inconstitucional, para evidenciar una deficiencia en la prestación del servicio por parte de la Corporación Financiera Nacional, al vincular a

la compañía accionante al procedimiento coactivo. Al respecto, es importante mencionar que la Corte Constitucional, como máximo órgano de la justicia constitucional, puede prescribir la interpretación obligatoria (constitucionalidad condicionada) o en su defecto puede expulsarla del ordenamiento jurídico por contravenir a la Constitución (inconstitucionalidad).

6.6.4.- Por lo tanto, es un error del Tribunal de instancia determinar que el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, es inconstitucional, cuando lo que ocurrió fue que la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado artículo; sin embargo, se verifica que este vicio no es trascendente para la decisión final de la causa; porque si el Tribunal de instancia reconocía la vigencia del artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y su constitucionalidad condicionada, hubiese llegado a su misma conclusión respecto de la deficiencia en la sustanciación del proceso coactivo, puesto que consideró que para vincular a la accionante y al Fideicomiso LAAD UBESA, conforme el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, se utilizaron argumentos sin sustentos y no se realizó procedimiento alguno de inoponibilidad, que el embargo y remate fueron sobre bienes inembargables, y que la retención de valores es ilegal por parte de la Corporación Financiera Nacional.

6.6.5.- De los argumentos expuestos en el recurso de casación y su aclaración, se deduce que la Corporación Financiera Nacional, alega una posible falta de aplicación de la Sentencia No.22-13-IN/20 de 19 de junio de 2020, emitida por la Corte Constitucional y defiende la aplicación del artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, norma en la cual se fundamentó la institución para vincular a la compañía accionante al proceso coactivo, posibles yerros que pudieron haber sido fundamentados con la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.6.6.- Así también se verifica de la argumentación efectuada por la entidad recurrente que su pretensión se encuentra dirigida a que esta Alta Corte realice una corrección de la sentencia impugnada y este Tribunal no tiene atribución para hacerlo; por lo que, tampoco podría reconducir el memorial de casación en lo que respecta a la causal invocada, en virtud del principio dispositivo. En consecuencia, el recurso de casación, por este extremo, no puede prosperar.

6.7.- Recurso de casación interpuesto por la Corporación Financiera Nacional: Causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cuando se haya incurrido en errónea interpretación de normas de derecho sustantivo.

6.7.1.- Con cargo al caso quinto del artículo 268 del COGEP, esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos que consiste en: *"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."* Al respecto, esta causal se refiere a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error *in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por " falta de aplicación", es decir, se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión o por "aplicación indebida" de las normas, cuando ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por "errónea interpretación", cuando la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene. Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y, por tanto, la sentencia debe ser casada, porque declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en "un error de existencia"; la aplicación indebida entraña "un error de selección" y, la errónea interpretación equivale a "un error del verdadero sentido de la norma".

6.7.2.- 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 adquem 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."

6.7.3.- 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"* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 182).

6.7.4.- El 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. Cabe recordar que este vicio, en palabras del profesor colombiano Luis Armando Tolosa consiste en: *"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."* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia).

6.7.5.- Cuando el casacionista alega este yerro está en la obligación de explicar lo siguiente: **i)** ¿Cuál es la norma sustantiva infringida?; **ii)** si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; **iii)** ¿Cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial?; **iv)** explicar el método de interpretación que usó en la decisión judicial; **v)** determinar por qué razón esa interpretación no es la que corresponde y por qué el método usado o las reglas propias de éste no son las adecuadas al caso; y, **vi)** para luego establecer cuál es la interpretación que debió darse a la norma, cuál es el método de interpretación o la correcta aplicación de sus reglas, a fin de concluir con el razonamiento lógicojurídico que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción.

6.7.6.- En el caso que nos ocupa, la Corporación Financiera Nacional, alega que existe una errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario Financiero, que refiere: *"Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil."* La entidad casacionista argumenta que, si bien la referida norma menciona que los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados, ni sujetos a una medida precautelatoria por los acreedores del constituyente, se debe considerar que en la parte final del precepto legal transcrito, se menciona que los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan.

6.7.7.- El Tribunal de instancia para aceptar la demanda presentada por Agrícola Doradilla C.A., considero que: **i)** de conformidad al artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, que se encontraba vigente a la fecha de vinculación de la compañía accionante al proceso coactivo, establecía que ese procedimiento puede ejercerse en contra de los deudores principales y todos aquellos obligados por Ley, incluyendo los herederos mayores de edad, que no hubieran aceptado la herencia, **ii)** que de conformidad al artículo 1453 del Código Civil, el cumplimiento de las obligaciones de las personas que están directamente relacionadas con la suscripción del convenio, contrato o título ejecutivo nace del concurso de voluntades, siendo que en el caso concreto, el pagaré cuya falta de pago originó el juicio coactivo, no ha sido suscrito por los representantes de las compañías AGROCEDROS C.A., INMOBILIARIA SOLTEN S.A, AGROPECHICE C.A, cuyo aval es el señor WILLIAM EDUARDO VEINTIMILLA FARATH, iii) que la vinculación a Agrícola Doradilla al juicio coactivo fue absurda por considerar que su representante legal no tenía relación alguna con las compañías que suscribieron el pagaré, **iii)** que si la Corporación Financiera Nacional, estimaba que la compañía accionante era fraudulenta, de conformidad al artículo 17 de la Ley de Compañías, debía impulsarse un proceso judicial en el que se determine que la Doradilla fue usada para

defraudar, y **iv)** de conformidad al artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 118 ibídem, se reconoce que el patrimonio del fideicomiso es autónomo, respecto del patrimonio de quienes lo constituyen, así mismo el Tribunal de instancia toma en cuenta el artículo 121 del Código Orgánico Financiero, que prohíbe que los bienes del fideicomiso mercantil puedan ser embargados o sujetos a medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del constituyente ni por los del beneficiario, con la salvedad de lo que se haya pactado en el contrato.

6.7.8.- Como se evidencia, el artículo 121 del Código Orgánico Monetario Financiero, si fue utilizado por el Tribunal de instancia para resolver el objeto de la controversia; sin embargo, en conjunto con esta norma se aplican otras normas que abordan el análisis de la vinculación de la accionante al proceso coactivo y sobre la inembargabilidad de los bienes del fideicomiso; por lo tanto, la Corporación Financiera Nacional no justifica la trascendencia de la errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario Financiero, de tal forma que si el Tribunal de instancia hubiese interpretado la norma como señala la entidad recurrente, se llegaría a otra conclusión distinta a la aceptación de la demanda de la compañía accionante. En consecuencia, la entidad casacionista debió 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"* (Resolución No. 892001 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).

6.7.9.- Por estas consideraciones, y en virtud del principio dispositivo que rige este tipo de recursos extraordinarios, y al ser el mismo formal y estricto, esta Sala Especializada está imposibilitada de corregir los errores detectados al momento de formular el recurso. De lo expuesto, la Sala Especializada aprecia que, en el caso que nos ocupa, el recurrente no ha logrado justificar la errónea interpretación del artículo 121 del Código Orgánico Monetario Financiero, por tal razón, el recurso de casación no puede prosperar.

VII
SENTENCIA DE MÉRITO

7.1.- Al haberse aceptado la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto se ha detectado que la sentencia es contraria e incompatible, de conformidad al artículo 273, numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, este Tribunal de Casación debe expedir la sentencia de mérito.

7.2.- En virtud del principio *per relationem*, conforme lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia No. 2786-17-EP/21 de 15 de diciembre del 2021, este Tribunal hace suyos los argumentos expuestos en los considerandos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARO, QUINTO y SEXTO de la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, en los cuales se identificó a las partes procesales, el Tribunal estableció la competencia para conocer la cauda, enunció los argumentos expuestos en la demanda y contestación de la demanda presentada por la Corporación Financiera Nacional y Procuraduría General del Estado, se resolvieron las excepciones previas, se estableció la validez procesales y el objeto de la controversia.

7.3.- Agrícola Doradilla C.A en su demanda de Responsabilidad Extracontractual del Estado, argumentó lo siguiente:

- Que, el 4 de febrero del 2005, Agrícola Doradilla C.A junto con Agrícola Frutalera C.A, constituyeron un fideicomiso mercantil denominado LAAD-UBESA, en garantía del pago de obligaciones que mantenían con UBESA. Estas compañías transfirieron el dominio de dos haciendas a favor del fideicomiso. La hacienda Agrotilla por parte de Agrícola Doradilla C.A y la hacienda Agropechice por parte de Frutalera C.A.
- Que, el 6 de noviembre del 2000 la Corporación Financiera Nacional (CFN) inició el procedimiento coactivo signado con el No. 068-2000 en contra de la compañía AGROCEDROS S.A, por cuanto no se habría dado cumplimiento con las obligaciones contraídas, en virtud de un pagaré suscrito de fecha 4 de diciembre de1998.
- Que, el 17 de diciembre del 2014 el juez de coactivas de la CFN, con fundamento en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales, vinculó al procedimiento coactivo a Agrícola Doradilla y el 27 de enero del 2015 vinculó al Fideicomiso Mercantil de Garantía LAAD-UBESA.
- Que, se embargaron y se remataron las haciendas que constituyeron los aportes de Agrícola Doradilla C.A y Agrícola Frutalera C.A al Fideicomiso Mercantil.
- Para la accionante, su vinculación no es procedente porque la CFN solo se fundamenta en presunciones de que algunas compañías se han constituido para actuar

de manera fraudulenta, que de forma previa a su vinculación no existió un proceso judicial que determine el fraude que presume la CFN y que se haya dispuesto el levantamiento del velo societario.

Con estos antecedentes, Agrícola Doradilla C.A solicita al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo: **i)** se declare la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, por las actuaciones realizadas por la CFN en la sustanciación del proceso coactivo No. 068-2000 y **ii)** se ordene al Estado ecuatoriano pague a Agrícola Doradilla C.A, la suma de cuatro millones ochocientos mil setecientos cincuenta con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (USD 4.858.750,00) por concepto de indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados.

7.4.- El artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, en su parte medular, señala que: *"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (…) 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 (…)"* De manera que, el objetivo la responsabilidad extracontractual del Estado, es la obligación de responder sobre los perjuicios ocasionados a las personas, sin que tengan una obligación legal de soportarlo, siempre que el daño provenga de servidores públicos en el desempeño de sus funciones.

7.5.- Carlos F. Balbín, en su obra *Manual de Derecho Administrativo*, respecto de los presupuestos de la responsabilidad del Estado nos enseña que: *"Entonces, el Estado es responsable siempre que sea posible imputar el acto, hecho u omisión del agente al Estado, la conducta sea irregular (falta de servicio), el daño cierto y exista relación de causalidad entre las conductas irregulares y el daño causado."* (Balbín, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021. Pág. 690) *"La responsabilidad extracontractual del Estado surge de una conducta, que puede originarse en el acto o hecho de los órganos legislativos, judiciales o administrativos"* (Dromi, Roberto. Tratado de Derecho Administrativo, Heliasta, Buenos Aires Argentina. Pág. 2014). Conforme se desprende de los hechos del caso, Agrícola Doradilla C.A, demanda a la Corporación Financiera Nacional y a la Procuraduría General del Estado, por su vinculación al proceso coactivo No. 068-2000 y por el embargo, remate y adjudicación de un bien inmueble que era parte del fideicomiso mercantil, del cual era constituyente.

7.6.- Para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, el Código Orgánico Administrativo, en el artículo 331 establece los siguientes requisitos: *" 1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho. 2. El daño calificado de conformidad con este Libro. 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."* Agrícola Doradilla C.A, junto a la compañía Frutalera, constituyeron el Fideicomiso Mercantil denominado Fideicomiso LAAB-UBESA, suscrito el cuatro de febrero del dos mil cinco, con el objeto de que sirva de garantía y segunda fuente de pago de todas y cada una de las obligaciones que Agrícola Doradilla C.A., Agrícola Frutalera C.A. y/o William Eduardo Veintimilla Farhat tengan a favor de las compañías UBESA y/o LAAD AMERICAS N.V., para lo cual Agrícola Doradilla C.A y Agrícola Frutalera C.A. transfirieron el dominio de las haciendas AGROTILLA Y AGROPECHICES a favor del Fideicomiso LAAD UBESA.

7.7.- En suma, la accionante Agrícola Doradilla C.A, transfirió el dominio del bien inmueble al fideicomiso mercantil, bien inmueble que como resultado del proceso coactivo fue embargado por la Corporación Financiera Nacional, de tal manera que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, que señala: *"El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario."* Y el artículo 109 ibídem: *"Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.*

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad. Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato." Se desprende que los bienes inmuebles transferidos al fideicomiso mercantil constituido por las compañías, pertenecían al patrimonio autónomo del fideicomiso y no a las compañías que lo constituyeron, en ese sentido, Agrícola Doradilla no tendría el derecho para demandar una posible responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionado por los personeros de la Corporación Financiera Nacional, porque se ha justificado que quien tenía el dominio de los bienes que han sido embargados, era el fideicomiso mercantil y no la compañía accionante.

7.8.- Por lo tanto, la compañía accionante no justifica al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, los daños y perjuicios ocasionados por la falta o deficiencia en la prestación del servicio o por las acciones u omisiones de los funcionarios públicos de la Corporación Financiera Nacional, en la sustanciación del proceso coactivo.

7.9.- En consecuencia, esta Sala Especializada no observa que la Corporación Financiera Nacional, en el ejercicio de la función administrativa, haya provocado un daño que no estaba obligada a soportar la accionante Agrícola Doradilla C.A y menos aún, el nexo causal que debe existir entre el daño calificado y la conducta de la Corporación Financiera Nacional, en la sustanciación del proceso coactivo, al determinarse que el patrimonio del fideicomiso mercantil es autónomo y distinto del patrimonio que tienen las compañías constituyentes de este fideicomiso. Por otro lado, si la accionante se sentía perjudicada por la vinculación dispuesta por la Corporación Financiera Nacional, al procedimiento coactivo, oportunamente debía interponer las acciones que hubiese considerado pertinentes para el reconocimiento de sus derechos.

VIII
DECISIÓN

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve:

8.1.- Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado.

8.2.- En consecuencia, **casa** la sentencia de fecha 3 de febrero del 2022, las 14h36, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

8.3.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Corporación Financiera Nacional.

8.4.- En cuanto a la decisión de la sentencia de mérito se resuelve rechazar la demanda presentada por la accionante AGRÍCOLA DORADILLA C.A, al tenor de lo dispuesto en el apartado de la sentencia de mérito, al no haberse justificado los requisitos para la procedencia de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado.

f) DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO, **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ, **JUEZ NACIONAL** DR. FABIAN PATRICIO RACINES GARRIDO, **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En sentencia de instancia el Tribunal Distrital acepta la demanda presentada, al considerar que en el caso se ha justificado la responsabilidad extra contractual del Estado ordenando el pago de la indemnización de daños y perjuicios reclamada. La PGE y la CFN, proponen recurso de casación, el cual ha sido aceptado por las causales previstas en el artículo 268 del COGEP: segunda por defectos en la motivación y por la causal quinta por errónea interpretación. El recurso de PGE ha sido aceptado por considerar se que la excepción previa de falta de legitimidad de la accionante no ha sido resuelta en la sentencia de instancia y por contradicción en la parte considerativa de aquellas. El recurso de la CFN es negado por improcedente. En sentencia de mérito se desestima la demanda por considerarse pertinente la excepción prevista en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP, relativa a la falta de legitimación activa de la empresa actora.

III

Juicio Nro. 17811-2016-01392
Fecha: lunes 25 de mazo de 2024, las 09h43

TEMA: Son dos títulos distintos: imputación de error judicial e inadecuada administración de justicia. Requisitos para establecer la Responsabilidad Objetiva del Estado.

SÍNTESIS

La Sala analiza el fallo recurrido y lo casa, al establecer que: es evidente que en el presente caso, la declaratoria de error judicial no ha ocurrido, pues si bien el actor ha afirmado la existencia del mismo, dándolo por cierto, pero, de los autos no obra que dicho error judicial lo haya declarado ningún tribunal. De lo dicho, se ha verificado que el cargo alegado procede, por lo que esta Sala Especializada al haber verificado que se cumplió de manera completa con la técnica casacional sobre la errónea interpretación del artículo 32 del COFJ, se casa la sentencia impugnada; y, atento a lo prescrito en el artículo 273 numeral 3 del COGEP emitió sentencia de mérito. Para la Sala es pertinente establecer que no se pueden confundir los títulos de imputación de error judicial e inadecuada administración de justicia, puesto que esta última tiene elementos que lo diferencian sustancialmente. Se desechó la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2016-01392

Juez Ponente: Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 25 de marzo del 2024, las 09h43.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Velásquez Díaz fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 8-2021 de 28 de enero del 2021; **b)** Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango fueron designados como Conjueces de la Corte Nacional de Justicia por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente, fueron designados como Jueces Nacionales encargados mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente, suscritos por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; **c)** El 11 de enero 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, Milton Velásquez Díaz y Patricio Secaira Durango, correspondiéndole la ponencia al primero de los jueces prenombrados; **d)** Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de casación con base en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial "COFJ", y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP"; **e)** Encontrándose el Recurso Extraordinario de Casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

1.- ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. Marco Antonio González Escudero por sus propios derechos presentó una acción de responsabilidad del Estado por error judicial, en contra del Consejo de la Judicatura, y, Procuraduría General del Estado " PGE", pretendiendo que se "condene al Estado ecuatoriano […] por concepto de daños y perjuicios, y daño moral, ocasionado a mi persona por el error judicial cometido por los señores jueces […] que sustanciaron y resolvieron el proceso judicial No.

02602-2011-0033, para tal efecto establece una cuantía de $ 90.000 USD" [1].

1.2. La competencia para conocer, tramitar y resolver esta acción se radicó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante **" TDCAQuito"**) y fue signada con el número 17811-2016-01392.

1.3. El TDCA-Quito, el 21 de noviembre de 2017 en sentencia resolvió negar la demanda planteada

1.4. Sobre esta sentencia el accionante presentó recurso extraordinario de casación de la sentencia de instancia, acusando a la decisión de los yerros determinados en los casos segundo y quinto del artículo 268 del COGEP.

1.5. El 10 de noviembre de 2023, el Conjuez Nacional Mauricio Espinosa Brito, resolvió admitir el recurso de casación.

1.6.- El 20 de enero de 2024, se realizó la respectiva audiencia de fundamentación del recurso de casación, diligencia que se suspendió y reanudó en fecha 27 de febrero de 2024, en donde el Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conformado por los Jueces Nacionales Iván Larco Ortuño, Milton Velásquez Díaz y Patricio Secaira Durango, de conformidad con los artículos 272 y 273 del COGEP, por unanimidad, resolvió aceptar el recurso extraordinario de casación presentado.

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 alguna. 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 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.- El accionante sobre el caso segundo del artículo 268 del COGEP señala:

> A. Inexistencia de fundamentación normativa:
> […] el TDCA señala que la acción por daños y perjuicios (responsabilidad extracontractual del Estado) sólo puede ejercerse con una declaratoria judicial previa de error judicial, sin sustentar su aseveración en ninguna norma constitucional o legal […]. De allí que, al no haber el TDCA indicado cuál es la norma constitucional o legal en base a la cual fundamenta su decisión, es claro que esta contiene una deficiencia motivacional, tal como lo ha advertido la Corte Constitucional.
> B. Contradicciones internas en la resolución (incoherencia)
> En el caso in examine, se produce el vicio de incoherencia decisional […] el Tribunal sostiene que la demanda debe ser desestimada pues para reclamar daños y perjuicios contra el Estado por error judicial, es necesario que, de manera previa exista una declaración jurisdiccional de error judicial.
> Esto, pues, según el TDCA, en este tipo de procesos únicamente se debe liquidar los daños y no analizar si ha existido o no la responsabilidad extracontractual del Estado. Está conclusión a la que arriba el TDCA es contradictoria con lo desarrollado por dicho órgano jurisdiccional al momento de analizar la excepción previa de incompetencia del Tribunal, donde señaló que era competente para analizar si existió o no daños ocasionados por responsabilidad extracontractual del Estado […].
> Por tanto, al existir contradicciones internas en el razonamiento del órgano jurisdiccional, es claro que la decisión cuestionada carece de motivación conforme lo ha advertido la Corte Constitucional [2].

3.2.- Así mismo, vinculado con la errónea interpretación de los artículos 32, 217 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 11 numeral 9 de la Constitución, el recurrente señala:

> En relación al artículo 32 del COFJ:
> Es decir, de acuerdo con el extracto reproducido, el Tribunal interpreta el artículo 32 del COFJ bajo en los siguientes términos:

[1] Foja 201-203
[2] Foja 23-24 del expediente casacional.

Que, para poder demandar daños y perjuicios y daño moral por error judicial debe existir de manera previa una resolución que declare la existencia de este error. Es decir que, de acuerdo con la interpretación del Tribunal existe prejudicialidad para iniciar una acción por daños y perjuicios y daño moral derivado del error judicial.
Que esta declaratoria de existencia de error judicial debe ser realizada por el Jerárquico superior. Sin embargo, esta afirmación se torna vana, pues, en el presente caso, todas las Autoridades que intervinieron en la sustanciación y resolución del proceso, en sus diferentes instancias y etapas procesales, cometieron el error judicial aducido.
Que el TDCA es competente única y exclusivamente para determinar el monto sobre el cual ascienden los daños; es decir, que se trata de un simple proceso de liquidación de valores, lo cual, como queda dicho, deforma la naturaleza del procedimiento ordinario, cuyo fin propio es el de declarar la existencia o no de un derecho. De ahí que, se lo denomina, declarativo o de conocimiento.
Correcta interpretación del Art. 32 del COFJ bajo los mecanismos hermenéuticos previstos en la legislación: La interpretación del Tribunal respecto del articula 32 del COFJ es totalmente errada y asistemática, toda vez que se desatiende del tenor literal y espíritu de la norma para llegar a una conclusión arbitraria e ilógica. El Art. 32 del COFJ de manera literal determina que todo ciudadano que se sienta afectado por un error judicial podrá demandar la declaración del mismo y la consecuente indemnización por daños y perjuicios y daño moral que este pudo haber causado, en el mismo libelo; es decir en una sola acción. Para los efectos, el órgano jurisdiccional competente para sustanciar esta demanda y determinar si existió error judicial, así como si éste ha ocasionado o no daños y perjuicios y daño moral al accionante, es, sin duda alguna, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del domicilio del afectado, En otras palabras, de una interpretación literal del Art. 32 del COFJ se constatan dos hechos puntuales:
i) Toda persona afectada por un error judicial puede demandar, en una misma acción, al Estado ecuatoriano para verificar la concurrencia del mismo y, en caso de haber lugar, los daños y perjuicios, así como el daño moral, que este error judicial le haya ocasionado,
ii) El órgano jurisdiccional para conocer y resolver respecto a la existencia del error judicial, así como la procedencia de los daños ocasionados producto de éste, es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio de la persona afectada, de ahí su necesidad de sustanciar la reclamación en un procedimiento ordinario.
Esta interpretación, señor jueces nacionales, es concordante con la sentencia No. 3-19-CN/20 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador que determina que la declaratoria jurisdiccional del error judicial podrá ser emitida por los jueces que conozca el respectivo juicio contra al Estado.
Vinculado con el artículo 217 numeral 9 del COFJ:
EL TDCA, de manera inexplicable, dota de un alcance y sentido distinto al Art. 217 numeral 9 del COFJ. Puesto que, pese a que en un inicio reconoce su competencia en base a lo dispuesto en esta norma, líneas después, como argumento para rechazar la demanda, concluye que únicamente tiene competencia para cuantificar los daños, y no declarar su existencia o no.
En este sentido, de acuerdo con el extracto citado, el Tribunal en cuestión advierte que de una interpretación del artículo 217 numeral 9 del COFJ esta Autoridad no es competente para resolver respecto a la existencia o no del error judicial, sino que, únicamente, le concierne cuantificar los daños causados, con lo que, se trataría de un mero proceso de liquidación de valores, situación totalmente ajena al procedimiento ordinario.
La única Interpretación lógica y sistemática que puede darse a esta norma de conformidad con lo previsto en el artículo 18 numeral 4 del Código Civil es que: el Tribunal Contencioso Administrativo es competente para resolver respecto a la existencia del error judicial alegado, así como los daños pretendidos […].
Sobre el artículo 11 numeral 9 de la Constitución:
Como se puede apreciar del extracto citado, el TDCA en un inicio reconoce que el articulo 11 numeral 9 de la Constitución prevé como responsabilidad del Estado reparar a la persona afectada por error judicial, sin embargo, al interpretar la norma en forma conjunta con el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial (disposición legal que recoge de manera textual el mandato constitucional).

En otras palabras, el Tribunal ADUCE QUE EL ERROR JUDICIAL NO ES UN TIPO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO por cuento, según su criterio, no es de carácter reparador e integral, donde se prioriza el daño causado a la víctima.

La interpretación que realiza el Tribunal del articulo 11 numeral 9 de la Constitución es errada y asistemática, pues no solo que da un alcance distinto (restrictivo) al contenido de la referida disposición constitucional, sino que carece de sentido alguno. Esto, debido a que, por disposición expresa y literal del articulo 11 numeral 9 de la Constitución, el Estado será responsable por los daños ocasionados por error judicial, es decir, ante la declaración de error judicial el Estado deberá reparar a la persona afectada mediante, precisamente, la indemnización por daños y perjuicios y daño moral, de ser el caso.

Esta responsabilidad es de tipo extracontractual pues NO se funda en ningún contrato administrativo, ni en algún concurso de voluntades, sino que tiene su naturaleza en la acción u omisión de los órganos jurisdiccionales. Por lo que, de tener como válida la interpretación del Tribunal en este aspecto, se estaría asumiendo que el error judicial tiene como consecuencia la responsabilidad contractual del Estado, lo cual, es ilógico. Es por ello que, la correcta interpretación de esta disposición constitucional, acorde con el propio texto del artículo, es que el Estado será responsable extracontractualmente, entre otras circunstancias, por error judicial lo que implica que el órgano jurisdiccional que conozca de esta reclamación, en caso de detectar tal error, deberá ordenar la reparación al justiciable mediante la indemnización por daños y perjuicios y daño moral [3].

4.– PROBLEMA JURÍDICO

4.1.- Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso de casación, y del auto de admisión emitido por la Conjueza Nacional, este Tribunal advierte varios problemas jurídicos a resolver que corresponde a los casos previstos en los numerales segundo y quinto del artículo 268 del COGEP. De conformidad a la naturaleza del yerro acusado, solo 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 las Sentencias Nos. 1433-13-EP/19; 1433-13-EP/19 y 255-19-EP/23.

5. Análisis del tribunal de casación

CASO QUINTO.- CUANDO SE HAYA INCURRIDO EN APLICACIÓN INDEBIDA, FALTA DE APLICACIÓN O ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO, INCLUYENDO LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES OBLIGATORIOS, QUE HAYAN SIDO DETERMINANTES EN LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA O AUTO.

5.1.- En lo que concierne a la errónea interpretación, dicho yerro se patentiza cuando a un enunciado normativo no se le otorga un sentido plausible, se contraviene su interpretación autorizada, o se le da un alcance que no puede tener la norma. En este orden de ideas, este yerro constituye una equivocación que afecta al fundamento jurídico o premisas mayores de los razonamientos jurídicos, en la medida de que, si bien "se hace una correcta elección de la normativa, […] se le asigna un significado distintos al que realmente tiene".[4]

5.2.- No obstante, vale destacar que los vicios precitados gozan de la calidad de yerros casables, únicamente, cuando los mismos han tenido una repercusión significativa en la parte dispositiva del acto jurisdiccional impugnado, esto es, cuando ha sido parte de la *ratio decidendi* de lo resuelto, y no se han limitado a erigir un *obiter dicta* o argumento accesorio.

5.3.- Ante ello, para esta Sala es necesario determinar que al afirmar errónea interpretación se debe comprender que el término interpretar tiene diferentes delimitaciones, empero en "sentido estricto […] es atribuir un significado a una disposición normativa o texto"[5], que implica por

[3] Fojas 25-28 del expediente casacional.
[4] Ibídem, pág. 616.
[5] Sebastián López, "Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador", (Quito, Ecuador, 2018), Corporación de Estudios y Publicaciones: página 104.

supuesto una actividad racional "que presupone una comprensión del texto" [6], sin embargo, la atribución del significado es una actividad compleja propiamente, pues, debe realizarse "dentro del marco de posibilidades admisibles a la luz de la propia norma, de las reglas del idioma (con la advertencia de la distorsión que el propio lenguaje lo convierta en un medio de dominio y poder), de las técnicas interpretativas, así como de las tesis dogmáticas generalmente aceptadas" [7], así mismo, potencializando el argumento, es necesario referir que la Corte Constitucional ecuatoriana en su dictamen No. 2-18-IC/22 detalló:

> 21. En la administración de justicia, la tarea interpretativa consiste en precisar el significado de una disposición jurídica, a efectos de establecer su sentido y alcance. En consecuencia, la interpretación es un proceso mediante el cual se desentraña y se comprende el significado de un texto jurídico, independientemente de si éste es claro o si presenta ambigüedades e indeterminaciones[8]

5.4.- Continuando con el análisis, es importante mencionar que esta Sala Especializada, en múltiples de sus decisiones, ha señalado que la técnica casacional al argumentar la errónea interpretación, se genera la carga imputable al recurrente en explicar en su fundamentación:

a) Cuál es la norma sustantiva infringida; **b)** si es la pertinente para dar solución al problema jurídico; **c)** cuál es la interpretación que el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial; **d)** explicar el método de interpretación uso en la decisión judicial; **e)** 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; **f)** para luego establecer cuál es la interpretación que debió darse a la norma, cuál es el método de interpretación o la correcta aplicación de sus reglas, a fin de concluir con el razonamiento lógico jurídico que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción [9].

5.5.- Ahora bien, para cumplir con el estándar antes determinado recordaremos que el recurrente señala que existiría errónea interpretación de los artículos 32 y 219 numeral 7 del COFJ y 11 numeral 9 de la Constitución. Atento a ello, resulta importante iniciar con el análisis sobre la errónea interpretación del artículo 32 del COFJ, para que, en caso de ser necesario continuar con los demás cargos, para tal efecto, en un primero momento es necesario verificar que la norma se encuentre interpretada y aplicada en la Sentencia, considerando aquello esta Sala verifica que el enunciado normativo citado por el recurrente sí se encuentra utilizado por el Tribunal *a quo* para emitir la decisión.

5.6.- Continuando con el análisis, es necesario identificar lo que prescribe el enunciado normativo vigente a la época, así:

> Art. 32. Juicio contra el estado por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.- El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.
>
> Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello. El legitimado pasivo en estas acciones será la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado.
>
> El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código.
>
> Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado.
>
> Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada,

[6] Ibídem: página 107.
[7] Ibídem: página 120.
[8] Ecuador Corte Constitucional, *Dictamen No. 2-18-IC/22*, 12 de enero de 2022.
[9] Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sentencia emitida en el proceso 11804201600028, el 28 de julio de 2021. Párrafo 4.13.

el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral.

5.7.- El enunciado normativo citado es de aquellos clasificados desde su estructura como normas tipo regla, puesto que determina los títulos de imputación mediante los cuales el Estado será responsable, entre otros aspectos. Verificado aquello, para esta Sala es oportuno examinar el contenido de la decisión recurrida, así el Tribunal *a quo* para resolver el problema, determina lo siguiente:

> […] De lo manifestado y si bien existe la disposición Constitucional y legal, en nuestra normativa, la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, a que se refiere el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, se la puede ejercer únicamente cuando dicho error judicial ha sido declarado y calificado como tal por un superior, a decir Corte Superior de Bolívar o Corte Nacional de Justicia en caso de haberse presentado un recurso de apelación o por Casación respectivamente, órganos judiciales que no valoraron que la actuación de los jueces y secretarios hoy demandados hayan tenido una conducta que ocasione error judicial y consecuentemente origine daño o perjuicio al actor Marco Antonio Gonzalez Escudero, quien en virtud de lo dispuesto en el "Art. … (5).- Obligados a la prestación de alimentos. (Agregado por el artículo único de la Ley s/n Registro Oficial Suplemento No. 643, de 28 de julio de 2009) del Código de la Niñez y Adolescencia, el actor Marco Antonio Gonzalez Escudero estaba obligado en su calidad de subsidiario al ser tío del menor que demandó alimentos, sin que esta obligación pueda ser calificada como perjuicio al ser una obligación por disposición legal que debía cumplir el hoy actor, que fue como los jueces resolvieron. En tal virtud sino se ha determinado el error judicial ni el perjuicio que este origine, mal puede este Tribunal establecer una indemnización que es nuestra competencia, en los casos que corresponda, cuando existe una error judicial previamente declarado. Con lo anteriormente manifestado, es evidente que en el presente caso, la declaratoria de error judicial no ha ocurrido, pues si bien el actor ha afirmado la existencia del mismo, dándolo por cierto, más de los autos no obra que dicho error judicial lo haya declarado ningún superior de los jueces y secretarios demandados, impidiendo de esta forma que este Tribunal proceda a la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios y daño moral solicitado por el actor y que fue el objeto de la presente Litis [10].

5.8.- Ahora bien, conforme lo establecido en el numeral 5.4 de esta decisión, el recurrente tiene la carga procesal de identificar cada uno de los elementos para que se configure la errónea interpretación del artículo 32 del COFJ, especialmente identifica cuál es la propuesta interpretativa que sería correcta (§ 3.2), en esa medida, esta Sala Especializada, puede establecer que el casacionista sí cumple con la técnica casacional sobre este cargo, señalando incluso la trascendencia del vicio acusado, particularmente en que " de haber interpretado la referida disposición de manera correcta el TDCA, no habría exigido el pronunciamiento previo de otra autoridad declarando el error judicial y debió resolver respecto a la existencia del error judicial y aceptar los daños y perjuicios que este originó" [11], en esa medida, se ha verificado que cumple todos los presupuestos para que este cargo prospere.

5.9.- Ahora bien, en relación a los demás cargos del caso quinto; y, segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, resulta inoficioso realizar el estudio de las demás causales, por lo que esta Sala Especializada al haber verificado que se cumplió de manera completa con la técnica casacional sobre la errónea interpretación del artículo 32 del COFJ, se casa la sentencia impugnada; y, atento a lo prescrito en el artículo 273 numeral 3 del COGEP corresponde emitir sentencia de mérito.

6.- SENTENCIA:

6.1.- 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

[10] Foja 644 del expediente jurisdiccional.
[11] Foja 26 del expediente casacional.

Sala estima pertinente considerar la motivación *per relationem* "por remisión" [12], por lo que, los antecedentes generales y especiales de este proceso se encuentran de los numerales 1 y 2 de la decisión recurrida. Resulta pertinente reiterar que conforme el artículo 33 del COFJ la autoridad jurisdiccional de instancia ordenó que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo, ejerciendo entonces su derechos dentro de este proceso.

6.2.- La decisión sobre las excepciones previas y validez del proceso. De la misma manera, esta Sala hace suyo el numeral 3 de la sentencia recurrida, que se encuentra a foja 642 del expediente jurisdiccional, reiterando que existen excepciones previas planteadas que fueron resueltas debidamente en la etapa procesal respectiva

6.3.- Objeto de la controversia.– Es determinar si se debe o no "condenar al Estado ecuatoriano al pago de USD 90.000, 00 por concepto de daños y perjuicios y daño moral ocasionado por error judicial" [13]

6.4.- Medios probatorios legalmente admitidos y practicados: esta Sala se remite al numeral 4 de la sentencia, aclarando que no estamos frente a una acción subjetiva o de plena jurisdicción, sino a una acción de reparación (directa) a causa de error judicial.

6.5.- Conforme se ha terminado en el objeto de la controversia, para esta Sala Especializada es indispensable que se formule el siguiente problema jurídico: ¿Se configuraron los elementos suficientes para declarar la responsabilidad del Estado por error judicial; y, por ende que se ordene su reparación?

6.6.- El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Constitución de 2008 han reconocido el deber jurídico de reparar a las víctimas de error judicial, particular que implica tutelar un modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Para Ecuador atento a lo que prescribe el COFJ (artículo 17) la administración de justicia es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por lo que debe cumplir con un conjunto de principios irradiadores de la actividad judicial, así como otras normas téticas que generan directrices garantizando de esa manera el acceso a un servicio de óptima calidad conforme los estándares fijados por el Constituyente.

6.7.- El artículo 11 numeral 9 de la Constitución, prescribe el deber jurídico del Estado de respetar y hacer respetar los derechos, sin embargo, en caso de que este deber se haya trasgredido, se derivan diversas consecuencias, entre ellos la responsabilidad objetiva del Estado (siempre que se cumplan todos sus elementos), considerando aquello, el Constituyente reconoció un complejo conjunto de títulos de imputación para que pueda nacer la obligación de reparar, siendo uno de aquellos, el error judicial.

6.8.- Ahora bien, los servicios particularmente el de justicia deben ser prestados con óptima calidad, eficiencia, eficacia y buen trato (artículos 52 y 66 numeral 25 de la CRE), ante ello, la actividad judicial no puede encontrarse alejada del régimen de responsabilidades comunes a las actividades desarrolladas por parte del Estado, en especial cuando los servidores judiciales deben aplicar el principio de debida diligencia en los procesos de la administración de justicia (artículo 172 CRE).

6.9.- Considerando aquello, para resolver el problema jurídico planteado es indispensable señalar que el error judicial debe ser entendido como " la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y consistente, en sentido amplio en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos en la litis" [14], esto implica entonces que no todo error generado en la actividad judicial es un error judicial[15], ni que todo error generado por servidores judiciales es un error judicial, por lo que para tener mayor claridad, es necesario identificar los elementos del error judicial para no confundirlos con otros títulos de imputación para la

[12] 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

[13] Foja 599 del expediente jurisdiccional

[14] Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-CN/20, 21 de julio de 2020. Párrafo 64

[15] El error contenido en la actividad jurisdiccional debe ser relevante procesalmente, así como clave para imputarla como causante de la transgresión significativa de los derechos e intereses de los sujetos de la relación jurídica procesal.

responsabilidad objetiva del Estado[16], en esa medida, sus elementos son: **i)** Actividad jurisdiccional a la se impute el error judicial, que puede ser una decisión final o que tenga esta naturaleza, cuanto en resoluciones de medidas procesales o cautelares[17]; **ii)** Un sujeto calificado: que es la autoridad jurisdiccional en ejercicio de la función jurisdiccional, recalcando que para el error judicial no es necesario "que el Juez o Magistrado haya actuado con culpa o dolo. La responsabilidad a la que da lugar el error judicial es objetiva" [18]; **iii)** La equivocación/es que se puede/n dar en diferentes modalidades, que resulte de inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos en la litis, es decir, que "el error judicial tiene como base la crasa, manifiesta y patente equivocación en la interpretación y/[o] aplicación del derecho" [19], que sea incontestable con argumentos válidos y suficientes[20]; **iv)** Que el error judicial debe estar alejado de influencias, incidentes o en general conductas (omisiones) que la presunta víctima habría generado en el proceso por dolo o culpa, esto es, que la conducta de la presunta víctima influya en el error judicial y en el daño que reclama su reparación, poniendo en duda entonces el principio de buena fe[21]; **v)** La certeza de la lesión de los derechos de la presunta víctima, por lo que, el accionante deberá explicar la manera en que en caso de haber sido llevado debidamente el proceso, el resultado procesal sería diferente[22]; y, **vi)** Al estar frente a la responsabilidad objetiva del Estado, deberán acreditarse sus elementos esto es: **a)** La conducta jurisdiccional, identificando el título de imputación; **b)** El daño calificado[23]; y, **c)** El nexo causal[24], debiendo recalcar por supuesto que el daño, deberá ser cierto,

[16] Esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso 17741-2016-0998, de fecha 6 de julio de 2021 se ha pronunciado anteriormente sobre los elementos del error judicial (estudiados en esta sentencia) y su diferencia con el título de imputación inadecuada administración de justicia. Ver párrafos 4.17, 4.18, 4.21 y 4.22.

[17] Es necesario precisar que se deberá acreditar por parte del accionante que los medios impugnatorios ordinarios reconocidos en el ordenamiento jurídico procedentes para controvertir la actividad jurisdiccional, remediar o enmendar el error judicial no han sido eficaces o que su falta de agotamiento no son imputables a la presunta víctima, por lo que, la actividad jurisdiccional/actividades que habría provocado el error judicial se transforma en inmodificable.

[18] Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia de casación emitida en el proceso 17741-2016-0998", de fecha 6 de junio de 2021. Párrafo 4.19.

[19] Ibídem. Párrafo 4.20.

[20] La Corte Constitucional ecuatoriana, ha determinado que existe error judicial cuando a) hay errónea apreciación de los hechos, b) mal encuadramiento en el Ordenamiento jurídico de las circunstancias fácticas; y, c) la utilización errónea de las normas legales (Sentencia No. 007-09-SEP-CC, CASO: 0050-08-EP). En tanto que, de manera ejemplificativa el Consejo de Estado Colombiano lo ha identificado de la siguiente manera: i) no valoró un hecho debidamente probado, que era fundamental para adoptar una decisión de fondo; ii) consideró que un hecho era fundamental, cuando realmente no lo era; iii) no decretó una prueba conducente para determinar un hecho relevante y solucionar el caso concreto; iv) adoptó la decisión judicial con fundamento en un hecho que era falso; v) aplicó una norma que no era aplicable al caso concreto; vi) dejo de aplicar una norma que era necesaria para solucionar la litis; vii) aplicó una norma inexistente o derogada. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Rad.: 14837). 21 Por ejemplo, resulta esencial establecer, que en caso de tener el accionante la habilitación jurídica concreta dentro del proceso para controvertir, enmendar o subsanar el presunto error judicial por las vías ordinarias; y, aquel no lo realiza por voluntad propia, eventualmente (no de manera cierta), el daño podría deberse a la culpa de la víctima, salvo por supuesto que los recursos ordinarios sean ineficaces para lograr la finalidad antes descrita.

[22] "[…] esta fuente de responsabilidad se refiere a aquellos yerros emanados de una autoridad jurisdiccional o de particulares investidos transitoriamente de la función de impartir justicia en un proceso determinado, que se materializan en una providencia judicial contraria a derecho, mediante la cual se interpreta, se declara o se hace efectivo un interés o derecho subjetivo y que causa un daño antijurídico al destinatario de la decisión, pues de haberse dictado conforme al ordenamiento jurídico, el resultado hubiera sido adecuado y no habría causado la afectación patrimonial que se pretende resarcir en el juicio de responsabilidad". Colombia Consejo de Estado, Radicación: 25000233600020150217201, emitido el 14 de diciembre de 2022. Página 16.

[23] Que implica: i) La antijuridicidad del daño: no tiene el deber jurídico de soportarlo o exista una carga 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; 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, que no implica exista un solo sujeto de derechos individual o colectivo afectado, sino se refiere a los daños que producen a las presuntas víctimas.

[24] El daño debe provenir específica e inmediatamente de actividad jurisdiccional, debiendo ser suficientemente relevante conforme la letra v) del párrafo 6.9 de esta sentencia.

actual o futuro, material o moral; y, de la misma manera la pretensión indemnizatoria deberá estar claramente determinada.

6.10.- Así mismo, es necesario reiterar para esta causa, que el título de imputación[25] error judicial tiene una esfera específica, esto es, que se genera en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por lo que, el error propiamente sería un error jurisdiccional, atento a ello, el momento en que el accionante plantea la demanda debe identificar claramente a más del título de imputación (error jurisdiccional), el título de atribución de la responsabilidad que implica la carga de "indiciar en que consiste el aludido yerro y demostrar, además del error jurisdiccional, el daño y la imputación fáctica y jurídica frente al Estado" [26]. Esto exige entonces, que cuando el accionante determine que existe un error de servidores judiciales, pero no cumpla el título de atribución de la responsabilidad, esto es que sea un error jurisdiccional de donde provenga específica e inmediatamente el daño, no se habrán acreditado los elementos para que nazca el deber de reparar a causa de un error judicial, sino que, la demanda respectiva podría plantearse mediante otro título de imputación de los reconocidos en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de Montecristi.

6.11.- En el caso sub judice, el legitimado activo en el acto de proposición detalla que "[e]s evidente que he sido víctima de un error judicial grosero, pues a pesar de haber comparecido oportunamente al proceso, no fui notificado de ninguna actuación dentro del mismo, lo cual impidió que pueda ejercer mi derecho a la defensa, se me prive de tutela judicial efectiva y no se me garantice el debido proceso" [27], así mismo da trascendencia a su argumento expresando que "[n]o es tolerable que a pesar de existir una comparecencia clara y expresa, se notifique decenas de providencias sin reparar en ello e inclusive siente razones evidentemente falsas [en donde se afirma que] no se notifica a GONZALEZ ESCUDERO MARCO ANTONIO por no haber señalado casilla" [28].

6.12.- Bajo la misma esfera argumental, el accionante determina en la demanda que:

> […] existe evidente error en que incurrió la Sala de la Corte Provincial, al declarar la validez procesal sin constatar si yo había o no comparecido […]. La conclusión a la que llega el Tribunal de segunda instancia de que no se ha omitido ninguna formalidad en el proceso, es una muestra clara de que ni siquiera verificaron el contenido del expediente y simplemente se limitaron a reiterar el error cometido en primera instancia respecto a mi supuesta falta de comparecencia [29].

6.13.- Así mismo, al continuar narrando los hechos en el acta de proposición señala que:

> Como consecuencia de la falta de notificación y al no haber podido ejercer mi derecho a la defensa, dentro de la tramitación de la causa se dispuso la liquidación de las pensiones alimenticias que se encontraban pendientes de pago (las cuales desconocía), con corte al 09 de diciembre de 2015, dando un total adeudado de USD $ 25.079,54 USD […] Producto de esta liquidación, se emitió la correspondiente orden de pago en mi contra […] Como su autoridad puede comprobar, fui condenado a pagar la injusta cantidad de USD $ 25.079,57 sin haberme siquiera dado la posibilidad de defenderme en el proceso [30]

6.14.- Esta Sala estima necesario remitirse a los alegatos iniciales de la audiencia de juicio dentro de este proceso, en donde la defensa técnica del legitimado activo afirmó:

> En el año 2011 el acto del presente proceso es citado por un juicio iniciado en la provincia de Bolívar a fin de que pague una pensión de alimentos a su sobrino [posteriormente], procede a señalar casillero judicial y designar a un abogado en noviembre del 2011 […], sin embargo, durante 4 años […] no es notificado con ninguna otra actuación dentro de este proceso y de forma sistemática y recurrente quienes ostentaban las secretarías de

[25] La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello. Colombia Consejo de Estado, Radicación: 25000233600020150217201, emitido el 14 de diciembre de 2022. Página 15.
[26] Foja 198 del expediente jurisdiccional.
[27] Foja 198 del expediente jurisdiccional.
[28] Ibídem.
[29] Foja 195 del expediente jurisdiccional.
[30] Foja 195 vuelta del expediente jurisdiccional.

> las judicaturas correspondientes sentaban una razón contrariando a la constancia procesal de que el hoy actor no había señalado casillero judicial y que por lo tanto no se le notifica […]. En que consiste el error judicial señoras juezas, no solamente que las secretarías establecieron una razón falsa contraria a lo que constaba en el proceso […], sino que el juez de primer nivel y el Tribunal de segundo nivel pudiendo reparar ese error con una declaratoria de nulidad […] declaran expresamente la validez procesal, en un error elemental declara que no se había vulnerado solemnidades sustanciales […] no notificar la apertura de prueba, no notificar la resolución de primer nivel, no notificar la resolución de segundo nivel, esta situación ha provocado un daño […][31].

6.15.- Ahora bien, remitiéndonos a los medios de prueba legalmente practicados en el proceso, se puede identificar que a foja 392 el legitimado activo de esta causa compareció al proceso y señaló la casilla judicial número 6; y, en aquel documento ingresado al proceso consta también un correo electrónico y fax. Así mismo, se puede observar que de fojas 404 a 440 del expediente procesal, la autoridad jurisdiccional (Juez) ordena en todos sus autos notificar bajo la leyenda "Notifíquese"; posterior a ello, la Secretaria del Juzgado de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, doctora Vanessa Quiroz B, en sus certificaciones a continuación del contenido del auto y firma de la autoridad jurisdiccional, señala que "En Guaranda […] a partir de las […] mediante boletas notifiqué el AUTO que antecede a SORIA CABRERA LUCI AURORA en casilla Ni. 4 y correo electrónico joc_zaruma@hotmail.com. No se notifica a Marco Antonio González Escudero por no haber señalado casilla. […] Certifico Dra. Vanessa Quiroz B SECRETARIA" [32]. A foja 442 del expediente consta la decisión de fecha 25 de febrero de 2015 a las 9h16 emitida por la Corte Provincial de Justicia de Bolívar. – Sala Especializada de los Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de Bolívar, en donde entre otras situaciones, decide "revoc[ar] la resolución de 11 de octubre de 2012 y fija pensión alimenticia de [$ 300 USD]" [33], así mismo, ordena que actué en calidad de Secretario Relator al abogado Lenin Castro Martínez y dispone notificar, con la siguiente leyenda "Notifíquese", posterior a este contenido se puede apreciar lo siguiente: "En Guaranda, miércoles veinte y cinco de febrero de dos mil quince, a partir de las nueve horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales, notifiqué la RESOLUCIÓN que antecede a: LUCI AURORA SORIA CABRERA en la casilla No. 132 y correo electrónico abg.luis@hotmail.com. No se notifica a González Escudero Marco Antonio por no haber señalado casilla. Certifico. F) AB. CASTRO MANTÍNEZ KRUGER"[34]. Avanzando en el análisis de fojas 444 y 451 del expediente constan las mismas certificaciones emitidas por la Secretaria Doctora Ligia Vanessa Quiroz Becerra. Así mismo, a foja 455 del expediente procesal se encuentra el auto de fecha 11 de junio de 2015, mediante la cual, "se declara la nulidad procesal a partir de fs 74, y se ordena su inmediata reposición […] Actúe la Secretaria del despacho. Notifíquese" [35]. Desde este auto y a continuación de su contenido, la Secretaria del Unidad Judicial de la Familia, Mujer. Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda de Bolívar doctora Ligia Vanessa Quiroz Becerra sienta la siguiente razón: "[…] mediante boletas notifiqué el Auto que antecede a: […] GUEVARA GALLEGOS LUIS ARMANDO, GONZALEZ ESCUDERO MARCO ANTONIO en la casilla No. 6 y correo electrónico edgonzalez02@yahoo.es del Dr./Ab. CARLOS EDUARDO GONZALEZ TEJADA. Certifico: Dra. QUIROZ BECERRA LIGIA VANESSA" [36], así como a casilleros y correos que posteriormente se señalan.

6.15.-(sic) Conforme lo anteriormente expuesto, se puede verificar que el ciudadano ahora legitimado activo compareció al proceso y señaló casilla judicial, empero, no se le notifica de ninguna actividad desde foja 404 a 451 del expediente, hasta que, en fecha 11 de junio de 2015 (foja 455 del expediente procesal) se declara una nulidad parcial procesal; y, se notifica a la casilla judicial y correo electrónico señalados

[31] Grabación de audio en relación al alegato inicial del legitimado activo en audiencia de juicio, minuto 20 al 28. Foja 636
[32] Foja 440 del expediente jurisdiccional.
[33] Foja 442 del expediente jurisdiccional.
[34] Foja 442 vuelta del expediente jurisdiccional.
[35] Foja 455 del expediente jurisdiccional.
[36] Foja 455 del expediente jurisdiccional.

para tal efecto por parte del legitimado activo. Así mismo, se puede verificar que los diferentes secretarios/as que han actuado en el proceso jurisdiccional, en todas las certificaciones efectuadas de foja 404-451 del expediente, no notifican al ciudadano Marco Antonio González Escudero pese a existir la orden jurisdiccional expresa de notificar, particular que es realizado desde el 11 de junio de 2015 en donde la Secretaria doctora Ligia Quiroz Becerra cumple con la orden de la autoridad jurisdiccional.

6.16.- Esto implica entonces que el legitimado activo ha verificado su hecho afirmativo conforme las constancias procesales únicamente en cuanto a que, no fue notificado sobre actividades procesales conforme se ha descrito anteriormente. Ahora bien, esta Sala Especializada debe establecer claramente que los artículos 73 inciso segundo, 74, 76, 88, 91, 92, y 98 del Código de Procedimiento Civil (aplicable al proceso No. 02602-2011-0033) señala el conjunto de competencias sobre la notificación de las actividades jurisdiccionales; y, señala de manera expresa a qué órganos judiciales se le asigna esta competencia.

6.17.- Comprendiendo aquello, resulta pertinente determinar que la Constitución de 2008 en sus artículos 177 y 178, reconoce que dentro de la Función Judicial en su estructura existen órganos jurisdiccionales, dentro de los que no se encuentra Secretarias/os de Juzgados, Tribunales o Cortes Provinciales, lo propio ocurre en los artículos 150 y 152 del COFJ que determina qué órganos ejercen jurisdicción, siendo exclusivamente los Jueces/as.

6.18.- Considerando lo anteriormente expuesto, al haber afirmado directamente por parte del legitimado activo lo determinado en los párrafos 6.11, 6.13 y 6.14 de esta decisión, esto es, no haber sido notificado sobre " la apertura de prueba, […] la resolución de primer nivel, […] la resolución de segundo nivel" [37]; y, comprendiendo que la competencia de notificar no es una actividad en ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los Jueces, no se cumple el primer y segundo elemento para que se configure el error judicial atento a lo descrito en el párrafo 6.9, específicamente la inconducta de no ser notificado le corresponde a un servidor judicial no jurisdiccional conforme se expuso en el párrafo anterior.

6.18.1.- Esta Sala no puede dejar de establecer, que el acto de notificación forma parte de las garantías del debido proceso, que le permite al sujeto procesal hacer valer sus derechos en las diferentes etapas procesales; por ende, el error u omisión de notificar "no puede considerarse un mero error operativo, dada la trascendencia de los actos de comunicación a fin de que las partes procesales puedan ejercer ciertas garantías del debido proceso" [38], sin embargo, esto no es suficiente para considerarlo un error jurisdiccional, pues se ha identificado que aquel yerro de notificación es imputable a un servidor administrativo no jurisdiccional de la Función Judicial.

6.19.- Sin embargo de aquello, el accionante también ha generado el argumento de que, no se podía declarar la validez del proceso, cuando no se ha verificado si se han cumplido con las solemnidades de todo el proceso, esto es, que se haya notificado de las diferentes actividades procesales que le permitan hacer valer sus derechos. Sobre esta afirmación, esta Sala verifica que a foja 437 se encuentra la decisión del Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Bolívar, de fecha 11 de octubre de 2012, en donde se puede observar lo siguiente:

> A fojas 22 comparece el demandado, alegando ilegal e improcedente el juicio de alimentos, señala casillero judicial para sus notificaciones […] PRIMERO.- A la causa se ha dado el trámite procedimental ESPECIAL en aplicación del […] Código de la Niñez y Adolescencia, y no existiendo omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa se declara la validez procesal de la misma […] RESUELVE: Declara sin lugar la demanda de pensión alimenticia presentada […] dejando a salvo el derecho que tiene el menor para reclamar su pensión de alimentos [39]

6.20.- A foja 442 consta la decisión de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar – Sala Especializada de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de Bolívar, en la cual se puede leer:

---

[37] Ver párrafo 6.14.
[38] Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sentencia de casación emitida en el proceso 17741-2016-0998, de fecha 6 de junio de 2021. Párrafo 5.9.
[39] Foja 437 del expediente jurisdiccional.

> SEGUNDO. El Juicio se ha tramitado cumpliendo con las formalidades de ley, razón por la cual, el proceso se declara válido […] QUINTO.- […] En el presente caso se ha probado la situación económica del accionado que es de gran solvencia, con los recaudos que constan en páginas 50, que va hasta la 58 recaudo que consta en páginas 60; así como se evidencia la[s] necesidades del [niño, niña o adolescente] en su condición de titular de alimentos […] En estas circunstancias la Sala de lo Civil Laboral, Niñez y Adolescencia […] acepta la apelación interpuesta […] consecuentemente revoca, la resolución de 11 de octubre de 2012 y fija como pensión alimenticia la cantidad de TRESCIENTOS DÓLARES AMERICANOS, que deberá pasar el accionado en forma mensual […] a favor de Franklin Esleiner González Soria […].

6.21.- Ahora bien, esta Sala Especializada establece que las autoridades jurisdiccionales deben desarrollar su actividad bajo el principio de diligencia debida; y, por ende cumplir los deberes conforme lo prescriben los artículos 23, 25 y 26, así como 136 numerales 1, 2 y 6 del COFJ, que son garantizar los derechos de las partes procesales, el cumplimiento de las normas, el trámite de cada procedimiento y el debido despacho del proceso jurisdiccional. La forma de garantizar estos derechos se realiza de diferentes maneras, particularmente, cuidando, velando y vigilando que se cumplan en debida forma con los derechos de los usuarios de la administración de justicia, situaciones que se concretizan en actividades jurisdiccionales como al declarar la validez del proceso, particular que sí es una actividad propiamente jurisdiccional, sin embargo, es necesario precisar que aquello por supuesto resulta ser un efecto propio de que el Secretario del Juzgado de primera instancia haya generado múltiples certificaciones en relación a la constancia de notificación, obviando el Secretario la orden jurisdiccional de notificar, así como, que sí se encuentra señalado casillero judicial por parte del demandado ahora legitimado activo, empero de ello, esta situación puede ser corregida, subsanada o enmendada por parte de la autoridad jurisdiccional al ejercer sus facultades, pudiendo hasta incluso sancionar la actitud del Secretario. En esa medida, se acredita que estamos frente a actividades emitidas por autoridades en ejercicio de las funciones jurisdiccionales plenamente singularizadas.

6.22.- En la misma línea, vinculado con la certeza de la violación de derechos el legitimado activo si bien presenta argumentación vinculada con la vulneración del derecho a la defensa que es una garantía fundamental para que se garantice un proceso en igualdad de condiciones, justo y por ende se obtenga decisiones motivadas, no inserta al proceso medio probatorio alguno, que permita verificar que en el caso de que aquellos medios probatorios y argumentos, se hayan presentado en el proceso de alimentos, la decisión variaría sustantivamente. Cabe mencionar que la legislación ha previsto la impugnación ordinaria en los que el afectado puede requerir que el Juez considere, por ejemplo, **i)** que su remuneración no es la que se probó procesalmente y consideró el juzgador para fijar la pensión alimenticia, sino que, es una inferior; **ii)** Que tiene otras cargas familiares directas de las cuales también debe cubrir sus necesidades; **iii)** Que carece de la suficiente solvencia económica para cubrir el 100% de la pensión alimenticia, entre otras situaciones que se encuentra determinados claramente en el Código de la Niñez y Adolescencia (innumerado 5, 15, 16 y 17 agregados por la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicado en el Registro Oficial No. 643 del martes 28 de julio del 2009); y, en la legislación en general, por lo que existen medios de impugnación ordinarios a los que el hoy accionante podía recurrir para hacer valer sus derechos. Esto implica entonces que el legitimado activo no acredita cómo la resolución de fijación de pensiones alimenticias analizado hubiera sido favorable para su hipótesis y no habría causado la afectación patrimonial que se pretende resarcir en el juicio de responsabilidad, esto es, que no se encontraba en la obligación de prestar alimentos o que la cuantía fijada como pensión alimenticia no es la debida, recalcando que el accionante determina que el daño emergente reclamado es el valor que se ha establecido por concepto de liquidación de las pensiones alimenticias, obviando considerar que estas pensiones alimenticias se deben desde la presentación de la demanda conforme el innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

6.23.- Continuando con el estudio, es importante determinar si la conducta jurisdiccional (identificada por el accionante) es la que ha causado el daño patrimonial y extrapatrimonial, recordando que se deben acreditar efectivamente todos los elementos

que se han señalado en el párrafo 6.9 y su nota de pie, esto es, que: i) El daño resulte antijurídico, particularmente que no tiene la obligación jurídica de soportar, sin embargo, conforme constancias procesales, y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo innumerado 5 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los tíos están obligados a la prestación de alimentos, sin embargo, tampoco se ha acreditado que la carga económica que se la impuesto, esto es la cuantía a fijada como pensión alimenticia resulte ser desproporcional o alejada de parámetros normativos, empero, para esta Sala resulta necesario remitirse al documento que consta en el proceso, a fojas 500-501, que se trata de un acuerdo voluntario en relación a la obligación de prestar alimentos, en donde se reconoció firmas y rúbricas de los sujetos identificados en el proceso de origen como alimentante y alimentado, por lo que, no existe en absoluto una carga a la que no estaba obligado jurídicamente a soportar el accionante, por lo que no se cumple con este elemento.

6.24.- Por otro lado, esta Sala realiza la precisión de que la pretensión de que el Estado le indemnice por daño emergente, en la cuantía de los valores que fueron otorgados al alimentado en calidad de pensiones alimenticias, y que se asume cumple una función integral en relación al desarrollo del alimentado, resulta a más de improcedente, sin legitimación alguna, puesto que aquella cumple una función social, familiar y jurídica vinculado con los grupos de atención prioritaria que son los niños, niñas y adolescentes. Así mismo en cuanto a los gastos profesionales de un abogado patrocinador, gastos médicos por problemas de ansiedad, depresión, gastos de movilización y ausencias al lugar de trabajo, no se ha justificado que provenga específica e inmediatamente de actividad jurisdiccional identificada como errónea. En cuanto al daño moral que ha sufrido el legitimado activo y su familia, esto es el "sufrimiento físico y mental" [40], no se acredita en absoluto mediante medios de prueba suficientes que aquello se haya generado y sea imputable a la conducta jurisdiccional, debiendo determinar claro está que no se han cumplido los elementos para que sea calificado este caso como error judicial; y, que haga nacer la obligación de reparar.

6.25.- Por último, es necesario determinar que la oposición presentada por los legitimados pasivos vinculada a que debe existir una declaratoria jurisdiccional previa de error judicial, no puede ser aceptada, ya que, conforme se ha expuesto en el párrafo 6.9 de este decisión, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha impuesto como obligatorio, que para demandar o hacer procedente una demanda por responsabilidad objetiva del Estado con el título de imputación error judicial, se requiera que existe declaración jurisdiccional previa de error judicial.

6.26.- Con las consideraciones antes expuestas, esta Sala verifica que en el proceso no se han acreditado los elementos suficientes para que se configure la obligación de reparar por parte del Estado a causa de error judicial, así como tampoco se acreditó que el daño y las pretensiones indemnizatorias planteadas por el legitimado activo provengan específica e inmediatamente de las conductas jurisdiccionales identificadas como error judicial, en esa medida, no es legalmente procedente aceptar la demanda; de esa forma, aquí también se resuelven las excepciones de fondo planteadas por los legitimados pasivos.

Consideraciones adicionales. –

6.27.- Para esta Sala Especializada es pertinente establecer que no se pueden confundir los títulos de imputación de error judicial e inadecuada administración de justicia, puesto que esta última tiene elementos que lo diferencian sustancialmente, así se determina que la inadecuada administración de justicia "se origina en [las conductas de] oficinas judiciales, de los distintos servidores que las componen e incluso de actividades de juezas y jueces que sean externas a [las jurisdiccionales]. [Este] puede provenir de infracciones a normas jurídicas relacionadas al trámite judicial o del mal funcionamiento del quehacer administrativo que sirve de apoyo al proceso" [41], en esa medida, al momento en que se plantee una acción de responsabilidad objetiva del Estado, el accionante se encuentra en el deber de identificar técnicamente el título de imputación conforme los elementos determinados en esta sentencia.

[40] Foja 198 del expediente jurisdiccional.
[41] Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sentencia de casación emitida en el proceso 17741-2016-0998, de fecha 6 de junio de 2021. Párrafo 4.22.

7. DECISIÓN

7.1.- 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:

7.2. Aceptar el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio González Escudero por sus propios derechos; y, por ende se casa la sentencia emitida el 21 de noviembre de 2017 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la proceso signado como No. 17811-2016-01392;

7.3. Emitiendo la respectiva decisión de mérito, se rechaza en su totalidad la demanda planteada por el legitimado activo, por improcedente al no haberse acreditado los elementos que configuran el error judicial; y, por ende no surgió la obligación de reparar.

7.4. Disponer la devolución del expediente procesal al juzgado de origen una vez ejecutoriada esta decisión;

7.5. Notifíquese y cúmplase. –

f) DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

La Corte Nacional de Justicia acepta el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el legitimado activo al haberse verificado el cumplimiento de la técnica casacional sobre el cargo de la errónea interpretación del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, como decisión de fondo resuelve rechazar la demanda planteada al no haberse justificado los elementos del error judicial.

IV

Juicio Nro. 09801-2010-0468
Fecha: miércoles 27 de mazo de 2024, las 08h37

TEMA: Responsabilidad objetiva del Estado por la deficiente prestación del servicio público de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Proceso de repetición. Pago de indemnizaciones. Deficiencia motivacional.

SÍNTESIS

La Sala acepta el recurso interpuesto por el IESS por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, al haberse verificado la deficiencia motivacional de insuficiencia en el fallo de mayoría recurrido. La Sala procede a emitir sentencia de mérito. En esta decisión se desarrollan criterios sobre los elementos necesarios y que se deben acreditar para que se configure la Responsabilidad Objetiva del Estado, a saber: a) Que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima tenga que soportarlo; b) La existencia de un factor de atribución, siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública; c) La posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que la causó; d) El nexo causal o relación de causalidad.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09801-2010-0468

Juez Ponente: Dr. Iván Rodrigo Larco Ortuño

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 27 de mazo de 2024, las 08h37

1.- VISTOS.- Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Milton Velásquez Díaz y Fabián Racines Garrido fueron designados como Jueces Nacionales 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)** El 22 de diciembre de 2022, por sorteo electrónico, la competencia para conocer la presente causa fue prevenida por el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño, Fabián Racines Garrido y Milton Velásquez Díaz; **d)** Hipatia Ortíz Vargas fue designada como Conjueza Temporal mediante Acción de Personal No. 2476-DNTH-2019-JV, emitida en atención de la Resolución 197-2019 del Pleno del Consejo de la Judicatura; y, posteriormente mediante Oficio No. 147-SG-CNJ-2024 de fecha 8 de febrero de 2024 emitida por Presidencia de la Corte Nacional de Justicia fue designada como Jueza encargada del despacho del doctor Fabián Racines Garrido ex Juez Nacional, quedando entonces integrado el Tribunal por los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño, Hipatia Ortíz Vargas y Milton Velásquez Díaz, correspondiéndole la ponencia al primero de jueces/a prenombrados; **e)** Encontrándose el recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

2.- ANTECEDENTES

2.1.– El 2 de julio de 2010, el ciudadano Vicente de Jesús Cruz Ordoñez, presentó acción de responsabilidad objetiva del Estado, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social "IESS", y, Procuraduría General del Estado "PGE", mediante la cual pretende

que el Tribunal en sentencia "se ordene que se [le] indemnice por todos los daños causados en la suma de un millón de dólares"[1]

2.2.- La competencia para conocer esta acción se radicó en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil "TDCA-Guayaquil" y fue signada con el número 09801-2010-0468.

2.3.- El 15 de enero de 2021, el TDCA-Guayaquil en sentencia de mayoría resolvió lo siguiente:

> […] declara con lugar la demanda propuesta por el señor VICENTE DE JESÚS CRUZ ORDÓÑEZ, y dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cancele a favor de esta persona, la cantidad de USD $ 400,000.00 (CUATROCIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 00/100), en concepto de indemnización, por la deficiente prestación médica y una vez que se haya realizado el referido pago, los representantes de la Entidad o sus delegados, deberán iniciar las acciones de repetición que correspondan en contra de las personas de cuyas actuaciones nació el daño moral y la responsabilidad objetiva del Estado, analizado en la presente causa[2].

2.4.- Sobre esta sentencia el 1 de abril de 2021, el IESS, presentó recurso de casación fundándose en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación "LC".

2.5.- En fecha 15 de noviembre de 2022, el doctor Mauricio Bayardo Espinosa en su calidad de Conjueza Nacional admitió el recurso de casación interpuesto por la causal quinta del artículo 3 de la LC.

3.- Competencia

3.1.- El 22 de diciembre de 2022, por sorteo electrónico, la competencia para conocer la presente causa fue prevenida por el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo, siendo entonces competente para resolver el presente recurso de casación con base en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial "COFJ", y artículo 1 de la Ley de Casación "LC".

4.- Validez procesal

4.1.- Estando la causa para resolver, este Tribunal no observa que se hayan infringido reglas de trámite que lesionen el derecho al debido proceso de los sujetos de la relación jurídica procesal, ni omisiones de solemnidades sustanciales que ocasionen nulidad. Así tampoco, de la revisión integral de los expedientes puestos a conocimiento de esta autoridad jurisdiccional no se ha podido identificar alguna alegación o pretensión de las partes procesales que objete o cuestione la validez de la tramitación del recurso de casación. En este sentido, luego de haberse comprobado que el presente recurso de casación ha sido sustanciado con apego a las normas adjetivas pertinentes, y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

5.- Fundamentos del recurso de casación

5.1.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la fundamentación escrita de su recurso de casación vinculado con la causal quinta del artículo 3 de la LC, determinó lo siguiente:

> **4.1** Los criterios emitidos por los fallos de la extinta Corte Suprema de Justicia, dan cuenta de las características que las sentencias deben contener para que se entiendan debidamente motivadas, entre los que debe constar que: sea expresa, clara, completa, legítima y lógica. En el presente recurso, consideramos que la sentencia de mayoría incurre en este yerro judicial al no ser clara, completa, legítima y lógica, como se explicará en este escrito […].
>
> **4.14** El TCA apoyó su análisis y motivación en dos sentencias de la CNJ: recurso extraordinario de casación No. 139-2010 (Resolución No. 246-2012) y Recurso de Casación N° 293-2009 (Resolución No. 111-2013).
>
> **4.15** El Art. 11 numeral 9 de la CRE determina que quienes actúen en ejercicio de una potestad pública, incluye al Estado, "estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos". Reparar en el sentido estricto de la palabra, como lo señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "Arreglar algo que está roto o estropeado".
>
> **4.16** Debía entonces el tribunal de instancia dar las razones y motivos por los cuales considera que el monto de USD. 400.000.00 (cuatrocientos mil dólares) repara el daño. Debía también explicar por qué las actuaciones y reparaciones efectuadas por el lESS, como por

[1] Foja 87 del expediente jurisdiccional.
[2] Foja 419 del expediente jurisdiccional.

ejemplo la derivación al Clínica Kennedy, han resultado insuficientes para corregir o reparar al accionante.

4.17 El monto de la indemnización debe también cumplir con la garantía de la motivación porque constituye el elemento sustancial y material en la decisión que se adopta. En este sentido el TCA en voto de mayoría, considerando octavo literal C), cuando se refiere a la indemnización indica que "el sistema ecuatoriano es indemnizatorio y no punitivo, la cuantificación del daño moral debe ser de acuerdo a los perjuicios sufridos y no una fuente de castigo para el autor del daño moral, esta es la directriz más importante para la avaluación judicial del daño moral, intentar reparar a la víctima teniendo en cuenta los criterios como la ocupación del ofendido, el dolor provocado, la naturaleza del daño, etc"

4.18 El mandato constitucional que le faltó aplicar al TCA, el Art. 76 (7) (L), establece 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". En la determinación del monto de indemnización dado por el tribunal, no se explica las razones ni cómo se arriba a la conclusión de USD. 400,000.00, que son incluso muy superiores a los elementos jurisprudenciales que cita y en los cuales los montos de indemnización, que incluso han tenido resultado de muerte, son muy inferiores a los determinados. Al parecer el tribunal ha entendido que su competencia simplemente debe limitarse a la íntima convicción de la sana crítica en cuanto a la determinación del daño, pero tal situación, como se explicará, es ajena a la garantía de la motivación jurídica que la sentencia debía cumplir […]

4.21 Así, las dos sentencias de casación referidas en el párrafo anterior, han señalado que el daño debe concretarse en el patrimonio del afectado. En tal sentido han indicado que la indemnización es la suma de dinero mediante la cual se compensa el daño sufrido por una persona en su esfera patrimonial y extra patrimonial. Es requisito sine qua non el daño o perjuicio. El daño determina el alcance de la obligación de reparar del responsable. Bajo este concepto, se considera que la indemnización por los daños materiales, perjuicio patrimonial, debería calcularse por un lado en relación a las pérdidas patrimoniales, a gastos probados: atención médica, prótesis, medicinas, gastos mortuorios, etcétera, y por otra parte en relación al patrimonio que se hubiese esperado incrementar de no haber sufrido el daño, de no existir pruebas que permitan verificar los ingresos […].

4.24 Como se indica en el párrafo 4.22, supra, el tribunal no da razones concretas y no explica los motivos para fijar el monto de indemnización, simplemente se limita a decir que estos se basan "en rasgos generales, los gastos médicos en los que incurrió el actor como consecuencias de la deficiente prestación del servicio médico por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social"'. Esto resulta relevante, toda vez que, como el propio tribunal y actor reconocen, existió una derivación médica a una clínica privada (Kennedy) que fue pagada y cubierta por mi representada (IESS). Esa derivación, como lo señala el actor en la demanda y se recoge en la sentencia, "remedió la situación". Por tanto ¿a qué gastos médicos se refiere el voto de mayoría?

4.25 Es necesario insistir que la motivación se extiende y materializa también en la determinación de las medidas de reparación integral. Esto es así porque el criterio que se ha manejado ampliamente por la Corte Nacional de Justicia es que la responsabilidad objetiva del Estado no puede ser causa de enriquecimiento ni empobrecimiento de las víctimas, sino que su objetivo es reparar los daños regresando a las víctimas y perjudicados al estado anterior a la producción del hecho dañino, bajo el principio de la reparación integral.

4.26 Así entonces, el monto de USD. 400.000.00, no responde al análisis que hace el TCA, ni se ha seguido el razonamiento y lógica en matria (sic) de la responsabilidad objetiva del Estado que busca reparar y no enriquecer. La conclusión y monto fijado por el tribunal inferior revela que las normas en aplicación no guardan pertinencia con los principios jurídicos en que se fundó, es decir, se razona y se armonizan las normas en el sentido que su finalidad es reparar, pero en su parte dispositiva se la adopta o emplea como una decisión punitiva que contrarían el análisis y lógica de las sentencias de la CNJ que el TCA trae a mención […].

4.31 En la especie, la sentencia de mayoría ha realizado un salto argumentativo, pues

aunque señala norma y citas sentencias de la CNJ, concluye sin más explicaciones que la indemnización es de USD. 400.000.00. Esto quiere decir que el Tribunal no proporcionó una motivación adecuada sino una motivación aparente por cuanto no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión de disponer una indemnización como la ya señalada. Se podría decir que solo se ha intentado dar un cumplimiento formal a la garantía constitucional de la motivación al limitarse hacer referencias a casos resueltos por la CNJ.

4.32 Es claro que bajo la causal quinta, en comentario y análisis, no se puede ni se debe cuestionar los criterios de valoración de la prueba que quedan en la sana crítica y convicción judicial. Sin embargo, la garantía de motivación exige que el juez o tribunal indique o razone, con lógica jurídica, las pruebas empleadas para su resolución que por su puesto se extiende a explicar el monto de reparación […].

4.36 Siguiendo los criterios referidos por la CNJ, señalados en el párrafo 4.34 supra, el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta que: 1) el accionante al año 2010 tenía 70 años de edad; 2) tenía cáncer de próstata; 3) a foja 107 (considerando 7.2 de la sentencia) consta que el actor por su enfermedad "fue intervenido por su estrechez de cuello vesical secundaria a prostatectomía radical, por cáncer de próstata".

4.37 Al haberse señalado por parte del CA, que con respecto a la reparación se ha tenido en cuenta en rasgos generales, los gastos médicos en los que incurrió el actor, se puede deducir que el análisis del tribunal ha tomado dirección con respecto a los daños materiales y no inmateriales, es decir, debía razonar y explicar con lógica jurídica cuales han sido o son los gastos médicos incurridos.

4.39 El principio de la equivalencia de la reparación, manda que el perjuicio sea el límite de la reparación. Se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio.

4.40 Como se ha indicado, el TCA ordena una indemnización por daños materiales, puesto que indica que están conectados a gastos médicos, aunque no da razones de cuáles son estos ni la forma y conclusión a la que arriba para su determinación. Pero, aún en el supuesto caso no consentido ni admitido que existiría daño moral, dentro de la esfera de la reparación inmaterial, el juez o tribunal está en la obligación de motivar y dar las razones para determinación.

4.41 Lo señalado en el párrafo anterior determina que la "prudencia" que contempla el Art. 2232 del Código Civil, no puede ser vista como un justificativo de que la "amplia libertad judicial" faculte a implementar una resolución arbitraria sino que se debe dar razones, ponderar, equiparar las medidas de reparación. Todo ello en el evento y contexto del daño moral, inmaterial. Cuanta más obligación tiene el tribunal de dar parámetros objetivos en el caso, como en el presente, de estar frente a supuestos daños materiales como "gastos médicos", debió en consecuencia indicarse y razonarse cuales eran o son dichos gastos. No existe en la sentencia del TCA ninguna referencia a ello […].

4.43 Entonces como se ha explicado, no existe en la sentencia de mayoría las razones ni la explicación de los parámetros objetivos para la determinación de una reparación tan elevada de USD 400.000.00. Incluso, no se señalan parámetros como la canasta básica o salario mínimo, etc. En consecuencia, fijar una indemnización de USD 400.000.00, sin explicación ni parámetro alguno, resulta arbitrario, vulnera flagrantemente la garantía de la motivación, torna a la sentencia en injusta y trasgrede la finalidad de la Constitución[3].

6.- Delimitación de los problemas jurídicos.

6.1.- Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso de casación y del auto de admisión emitido por la Conjueza Nacional, este Tribunal advierte múltiples problemas jurídicos a resolver que se relacionan con el caso quinto del artículo 3 de la LC, y sólo en el caso de ser casada la sentencia impugnada, se dictará la decisión 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 principio de tutela judicial efectiva conforme lo ha señalado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 1433-13-EP/19 y 255-19-EP/23.

[3] Fojas 436-444 del expediente jurisdiccional.

7.- Análisis del recurso de casación

CASO QUINTO.- CUANDO LA SENTENCIA O AUTO NO CONTUVIEREN LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY O EN SU PARTE DISPOSITIVA SE ADOPTAN DECISIONES CONTRADICTORIAS O INCOMPATIBLES.

7.1.- En la fundamentación de la causal quinta el recurrente genera un complejo conjunto de argumentos vinculados con la motivación de la decisión, atento a ello, para el estudio del caso, resulta adecuado remitirnos a la Sentencia No. 1158-17-EP/21 emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana que señala:

> 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.[4]

7.2.- Así mismo, el máximo órgano [organismo] de control e interpretación constitucional ha detallado que la aplicación de este estándar debe ser matizada con en el tipo de causa de que se trate y "de la aplicación que razonablemente deba hacerse de dicho estándar en el caso concreto"[5], en esa medida, la rigurosidad en la aplicación del estándar penderán también de los hechos del caso, complejidad del asunto; y, la materia del que se trate, que para el caso en particular estamos frente a una acción de responsabilidad objetiva del Estado y en caso de configurarse, el consecuente deber de reparar integralmente a la víctima.

7.3.- Teniendo presente aquello, conforme la carga argumental del recurrente, se logra identificar que se acusa a la decisión impugnada de la deficiencia motivacional de insuficiencia.

7.4.- Iniciando con el análisis, esta Sala estima pertinente que para tratar esta garantía [motivación] y su contenido es de trascendental importancia establecer que

> 26. […] la garantía de la motivación exige que las decisiones de los poderes públicos cuenten con una argumentación jurídica suficiente [criterio rector], la cual deberá contener una estructura mínimamente completa compuesta por la obligación de (i) enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundamenta la resolución; (ii) enunciar los hechos del caso y (iii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
>
> 27. Cuando se incumple el criterio rector, es decir, cuando la argumentación jurídica no consigue tener una estructura mínimamente completa [fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente], se vulnera el debido proceso en la garantía de la motivación"[6]

7.5.- Ahora bien, es importante mencionar que la garantía de la motivación "no implica que la misma sea correcta [ya que] la vulneración se produce cuando no existe motivación, o cuando la misma es insuficiente"[7], comprendiendo aquello, 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"[8]. 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)"[9]; y, en esa medida, se procederá a estudiar si la decisión impugnada cumple o no con esta estructura mínimamente completa, recordando claro está que la centralidad de

---

[4] Corte Constitucional ecuatoriana, "Sentencia No. 1158-17-EP/21", Caso 1158-17-EP, emitida en fecha 20 de octubre de 2021, párr. 61.
[5] Ibídem. Párrafo 64.
[6] Corte Constitucional ecuatoriana, Caso No. 730-18-EP, Sentencia 730-18-EP/23, emitida en fecha 8 de marzo de 2023.
[7] Corte Constitucional ecuatoriana, Caso No. 160-18-EP, Sentencia 160-18-EP/23, emitida en fecha 1 de marzo de 2023.
[8] Corte Constitucional ecuatoriana, "Sentencia No. 1158-17-EP/21", Caso 1158-17-EP, emitida en fecha 20 de octubre de 2021. Párrafo 69.
[9] Corte Constitucional ecuatoriana, "Sentencia 652-18-EP/23", Caso No. 652-18-EP, emitido en fecha 12 de julio de 2023. Párrafo 21.

la impugnación por parte del recurrente se vincula con la insuficiencia motivacional por parte del *Tribunal a quo* al momento de "la determinación de una reparación tal elevada de USD 400.000.00"[10].

7.6.- Atento a ello, esta Sala Especializada verificará si se configura o no la deficiencia motivacional de insuficiencia, para tal efecto, se estudiará la decisión recurrida, así:

7.6.1.- El Tribunal *a quo*, en el considerando sexto de la decisión impugnada, identifica los elementos para que sea legalmente procedente declarar la responsabilidad objetiva del Estado, en esa medida, cita normas contenidas en la Constitución, Código Civil, decisiones emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

7.6.2.- En el considerando séptimo de la decisión recurrida, en sus sub numerales 7.1 al 7.4, el Tribunal *a quo* realiza un estudio detallado en relación a los hechos probados del caso, y genera un conjunto de inferencias, entre ellas que: "7.4.- En virtud de lo indicado es obvio que el actor ha sufrido en su fuero interno por el deficiente servicio prestado por el IESS, el cual se vio reflejado al realizarle negligentemente un procedimiento rutinario […] en la existencia de una negligencia médica al habérsele perforado un órgano del cuerpo sin haber existido la necesidad"[11]. Para llegar a esta determinación el Tribunal *a quo* se remite a los medios probatorios, a enunciados normativos contenidos en el Código Civil, criterios doctrinarios y decisiones emitidas por la Corte Nacional de Justicia en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo.

7.6.3.- Posterior a la inferencia a la que llega el *Tribunal a quo*, determina como conclusión que "7.6.- En virtud de todo lo hasta aquí indicado, este Tribunal considera que el Estado ecuatoriano, debe reconocer a favor del actor una indemnización en función del daño moral causado al administrado"[12].

7.6.4.- Establecido aquello, el Tribunal *a quo* para señalar el quantum de la indemnización genera un conjunto de argumentos, a saber:

7.6.4.1.- Dentro de la legislación no existen parámetros bajo los cuales se "deba indemnizar el daño moral en materia contencioso administrativo"[13].

7.6.4.2.- "En virtud de no existir norma expresa, esta Sala considera que […], se puede utilizar la analogía de presupuesto para la indemnización, por daño moral, prevista en el artículo 2232 del Código Civil"[14].

7.6.4.3.- "[S]e considera que el daño moral es imposible de cuantificar y es tarea del Juez, de conformidad con los elementos probatorios aportados al proceso, establecer una reparación que sea lo más acorde con el daño sufrido […] la cuantificación del daño moral debe ser de acuerdo a los perjuicios sufridos […] teniendo en cuenta criterios como la ocupación del ofendido, el dolor provocado, la naturaleza del daño […], en el caso que nos ocupa, deberá también considerarse en rasgos generales los gastos médicos en los que incurrió el actor, producto de la mala práctica médica a la que fue sometida y de las que evidentemente se puedan apreciar sus efectos y secuelas. […] A criterio de esta Sala, no existe una fórmula taxativa que obligatoriamente, sea aplicada por quienes imparten justicia y deban ordenar la reparación correspondiente ante un hecho dañoso y gravoso para el afectado, pero deberá considerarse, en rasgos generales, los gastos médicos en los que incurrió el actor […] y además, el decaimiento de su calidad de vida por el sufrimiento moral por el que fue y es obligado a pasar injustamente teniendo en cuenta un promedio razonable, con base en los elementos otorgados por el accionante. En este sentido, este Tribunal procede a determinar el valor de indemnización dentro de los parámetros que ha entregado la Corte Nacional de Justicia y ex Corte Suprema de Justicia para el cálculo de indemnizaciones, al existir méritos razonables para que el demandante, adquiera el derecho a recibir una compensación económica por parte del Estado al haber sido expuesto a un grave sufrimiento por negligencia de los operarios médicos"[15].

[10] Foja 443 del expediente jurisdiccional.
[11] Foja 409 vuelta del expediente jurisdiccional.
[12] Foja 411 del expediente jurisdiccional.
[13] Ibídem.
[14] Ibídem.
[15] Foja 411 del expediente jurisdiccional.

7.6.4.4.- Considerando lo anteriormente expuesto, el Tribunal *a quo* en su decisión de mayoría dispuso que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cancele a favor del accionante, la cantidad de $ 400.000,00 USD.

7.6.5.- Ante todo lo expuesto anteriormente, esta Sala puede apreciar que la decisión de mayoría del Tribunal *a quo* sí señala un conjunto de razones jurídicas que procuran sustentar la determinación de la cuantía de la indemnización, sin embargo, se puede identificar que debido a la complejidad del caso, esto es, puesto que se relaciona con un asunto de responsabilidad objetiva del Estado, en donde en caso de establecer que nació la obligación de reparar, el Juzgador tenía el deber jurídico de dar argumentos válidos y suficientes para establecer un determinado monto de indemnización como reparación compensatoria fijándose para tal efecto en lo que ha sido probado, empero de aquello, en el caso sub judice, el Tribunal *a quo* no cumple con el estándar de suficiencia, pues en lo fáctico si bien enuncia de manera general el daño sufrido por el accionante, omite dar una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso para establecer la cuantía de $ 400.000,00 USD, pese a que identifica estándares que le permitirían fijar un determinado monto.

7.7.- Ahora bien, el recurrente también ha logrado acreditar la trascendencia del vicio al determinar de manera clara y concreta como la decisión, particularmente en cuanto a la cuantificación económica podría variar, esto es que:

> […] corrigiendo el yerro judicial y dictando una sentencia que cumpla con la suficiencia argumentativa, que sea congruente con las citas jurisprudenciales y hechos determinados en el fallo y no resuelto en una indemnización arbitraria y punitiva, tomando en cuenta que las derivaciones a prestadores privados fueron pagadas y cubiertas por el IESS lo que significa que ello también constituye una forma de reparación. En lo inmaterial, los criterios de la CIDH [SIDH] determinan que incluso la sentencia misma es una forma de reparación[16].

7.8.- Así mismo, revisada que ha sido en su integridad la decisión recurrida, en relación al contenido de la motivación para fijar el monto de indemnización, no se encuentra otra argumentación que cumpla con el criterio de suficiencia, por lo que, se ha comprobado que existe la deficiencia motivacional de insuficiencia, atento a ello, corresponde en este caso, casar la decisión impugnada y emitir sentencia de mérito conforme lo prescribe el artículo 16 de la LC.

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 *per relationem* "por remisión"[17] en relación exclusivamente a este punto, para tal efecto, se hacen nuestras todo lo descrito a fojas 402-404 del expediente jurisdiccional.

8.2.- La decisión sobre las excepciones y validez del proceso. Se remite a los considerandos primero al cuarto que se encuentran en foja 404 vuelta y 405 del expediente jurisdiccional. Sobre las demás excepciones de fondo se remitirán al contenido de la decisión de fondo.

8.3.- Objeto de la controversia.– Determinar si se han configurado los elementos suficientes para declarar la Responsabilidad Objetiva del Estado; y, por ende indemnizar al legitimado activo por los daños sufridos.

8.4.- Medios de prueba anunciados e introducidos válidamente en el proceso se tiene lo siguiente:

8.4.1.- Por el legitimado activo.– Atento a las providencias emitidas el 10 de noviembre de 2011 (foja 240), 14 de noviembre de 2011 (foja 250), 23 de julio de 2018 (foja 312), 9 de octubre de 2018 (foja 368) y demás, se han producido válidamente al proceso diferentes medios de prueba documental y testimonial, entre ellos:

8.4.1.1.- Documental:

8.4.1.1.1.- Oficio de fecha 30 de marzo de 2010, signado como 24640-90-2010 suscrito por el Jefe de Servicio de Urología y dirigido a la Jefa del Departamento de Atención al Asegurado, en donde se determina:

> 24 de febrero de este año, solicite a usted informe sobre el estado del señor CRUZ ORDOÑEZ VICENTE JESUS, jubilado […]

[16] Foja 444 del expediente jurisdiccional.

[17] 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

quien fue intervenido en este Hospital por su estrechez de cuello vesical secundaria a prostatectomia radical por Cáncer de Postrata (sic), en el procedimiento hubo una falsa vía uretral que termino en Cistotomía, usted autorizó su traslado a una casa Prestadora de Salud.

Desconocemos los procedimientos quirúrgicos y el estado del paciente, por tal motivo recomendamos nuevamente ingreso a una casa prestadora de salud con el visto bueno del jefe del Servicio de Urología[18].

8.4.1.1.2.- Oficio de 19 de febrero de 2010 suscrito por la Jefa del Departamento de Atención al Asegurado, dirigido al Subdirector Provincial del Seguro de Salud Individual y Familiar, con asunto "traslado a centro privado por no contar con insumos"[19], en donde se observa que se solicita "traslado a Centro Particular"[20], en relación al accionante.

8.4.1.1.3.- Oficio de fecha 19 de febrero del 2010 suscrito por el Subdirector PSSOF, mediante la cual, se comunican con la Clínica Kennedy Policentro, autorizando la "atención médica, quirúrgica y más procedimientos"[21], así mismo se observa que la autoridad determina que "tiene diagnóstico de ESCLEROSIS DE CUELLO VESICAL+HEMATURIA MACROSCPICA MASIVA"[22].

8.4.1.1.4.- A foja 5 se encuentra la solicitud suscrita por la ingeniera Margarita Cruz Ordóñez y dirigida a la Jefa de Atención Médica al Asegurado del IESS, en donde se determina que "Vicente Cruz Ordóñez quien al momento se encuentra hospitalizado en el área de UROLOGÍA B 77", así mismo, la familiar del legitimado activo detalla:

El motivo de este pedido es porque el día de ayer concurrió al área de quirófano para practicarle una dilatación, luego se nos indicó que había sido intervenido con una microcirugía, se produjo una obstrucción de las vías urinarias, siendo intervenido en quirófano a las 16h00, pasó a post-operatorio y después de más de 6 horas se nos indicó qué iba a ser intervenido nuevamente a las 02h00, pasó a quirófano a las 01h00 saliendo a post operatorio a las 02h30 donde permaneció hasta las 09h40, de una reunión mantenida en el área, han determinado que debe ser intervenido nuevamente, hoy en la tarde.

Realmente, el paciente y los familiares nos sentimos extremadamente preocupados y pedimos a usted, autorice el traslado a una casa asistencial que mantenga convenio con el lESS. Este pedido lo hacemos de manera urgente[23].

8.4.1.1.5.- Factura No. 003-0010006251 de fecha 11 de mayo de 2010 emitida por Farma por un valor total de $ 187.67 USD, por la adquisición de entre otros de medicamento y agua destilada (foja 9).

8.4.1.1.6.- Factura No. 011-008-0004605 de fecha 10 de mayo de 2010 emitida por Pharmacys, con un valor total de $ 21,55 USD por la adquisición de inyecciones, jeringa y otros (foja 9).

8.4.1.1.7.- Factura No. 0001625, emitida por el doctor Marcel Antonio Pozo Palacios en fecha 18 de mayo de 2020, por un valor de $ 80 USD. (foja 10)

8.4.1.1.8.- Factura No. 0102282 de fecha 05 de mayo de 2010 por un valor de $ 14,00 USD, por uricultivo. (Foja 11)

8.4.1.1.9.- A foja 12 consta el recetario e indicaciones emitidas por el doctor Marcel Pozo Palacios, se lee: Ceftriaxona, Bactrim.

8.4.1.1.10.- Oficio de fecha 31 de marzo de 2010 signado con el número 21300900-2148 suscrito por el Subdirector PSSIF, dirigido a la clínica San Francisco, en donde se determina: "Esta subdirección autoriza: Atención médica, quirúrgica y más procedimientos"[24].

8.4.1.1.11.- Protocolo operatorio del grupo operatorio Kennedy, de fecha 20 de febrero de 2010, en relación a la intervención del señor Vicente Cruz Ordoñez, con exploración y hallazgo quirúrgico "Perforación en cúpula vesical, orina en cavidad abdominal"[25]

8.4.1.1.12.- Informe médico emitido en fecha 22 de febrero de 2010 suscrito por el doctor Carlos Orellana G, del IESS, en donde se observa lo siguiente:

[18] Foja 1 del expediente jurisdiccional.
[19] Foja 3 del expediente jurisdiccional.
[20] Ibídem.
[21] Foja 4 del expediente jurisdiccional.
[22] Ibídem.
[23] Foja 5 del expediente jurisdiccional.
[24] Foja 13 del expediente jurisdiccional.
[25] Foja 37 del expediente jurisdiccional.

> Paciente ingresado el 19 de febrero del 2010 transferido del Hospital Teodoro Maldonado Carbo por Esclerosis del cuello Vesical más Hematuria Macroscópica masiva, el mismo día le realizan laparotomía exploratoria donde encuentran perforación de cúpula vesical más orina en cavidad peritoneal, le colocan drenes por contrabertura (sic)[26].

8.4.1.2.- Testimonial:

8.4.1.2.1.- Declaración del testigo Gustavo Ezequiel Mendoza Mendieta, en donde determina que: en el 2010 estuvo en el IESS con el legitimado activo, "él llegó con bastante dolor […] había mucho sangrado, la familia no llegaba y el gritaba cada vez que salía del baño, mi señora tuvo que asistirlo […] tenían que sacarlos porque no había quien lo atienda"[27].

8.4.1.2.2.- Declaración testimonial de la señora Emma Rosa Policarpa Cedeño Arteaga, en donde, al contrainterrogatorio formulado por el IESS, "indique o diga los nombres de los médicos que atendieron al señor Cruz Ordóñez Vidente de Jesús"[28], respondió "nunca se acercó algún médico"[29]

8.4.2.- Legitimados pasivos: dentro del conjunto de medios probatorios que insertaron al proceso jurisdiccional, encontramos:

8.4.2.1.- Solicitud de fecha 29 de marzo de 2010 suscrita por la ingeniera Margarita Cruz Ordóñez, dirigido a la Directora del Hospital Teodoro Maldonado Carbo en donde se puede observar lo siguiente

> […] solicito a usted, se digne autorizar que mi hermano VICENTE CRUZ ORDOÑEZ […] sea atendido quirujicamente (sic) en una de las casas asistenciales que mantiene Convenio con el IESS.
>
> Como antecedente debo indicar que con fecha 18 de febrero concurrió al quirófano de Urología para una dilatación y cistoscopia, derivándose de estos tres (3) cirugías, luego el 19 fue trasladado a la Clínica Kennedy, donde se realizó una cirugía para reparar lo realizado anteriormente. De acuerdo al INFORME MÉDICO DEL MÉDICO A DOMICILIO […].
>
> Con los antecedentes expuestos y con una salud deteriorada que requiere una intervención quirúrgica de emergencia, solicito a usted se digne autorizar el ingreso[30].

8.4.2.2.- Oficio de fecha 03 de marzo de 2010, suscrito por el doctor Ángelo Terán Pappe, dirigido al Jefe del Servicio de Urología del Hospital Teodoro Maldonado Carbo:

> Respondiendo al informe que usted me solicito con respecto al paciente Sr. Vicente Cruz Ordoñez, jubilado Hc 01392 con antecedentes de Adenocarcinoma de próstata, que fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. Gustavo Pico Montalvan de prostatectomía radical el 6 de noviembre del 2007, y por usted de implante de prótesis peneana el 18 de diciembre del 2008.
>
> El paciente consta en el programa de procedimientos quirúrgicos del día 18 de febrero del 2010 para una dilatación uretral y cistoscopia, los cuales procedí a realizar bajo su pedido que fue de dilatar la uretra con guía filiforme hasta el calibre que se pudiera y si fuese posible realizar la cistoscopia.
>
> Cumpliendo con su orden realice la dilatación con filiforme hasta el calibre 18 Fr. Saliendo por el dilatador orinas claras y pasando este de manera ajustada, consulte con el Dr. Manuel Romero quien me sugirió entrar con el cistoscopio bajo visión directa y colocar una guía a través del opérculo estenótico hasta la vejiga con la finalidad de dilatar con amplatz.
>
> Aceptando su sugerencia entre con el cistoscopio bajo visión directa pero no pude visualizar la luz de la uretra con facilidad por lo que el Dr. Romero se puso los guantes lo intentó, y dejando una guía aparentemente dentro de la vejiga retiró el cistoscopio y procedió a pasar los dilatadores de amplatz lo cual no fue posible.
>
> Dado que toda esta instrumentación se realizó bajo anestesia local el Dr Romero pidió al Tecnólogo de Anestesia Hugo Vélez que le proporcionara anestesia con sedación al paciente para poder continuar con el procedimiento.
>
> Entonces bajo visión directa y con el uretrotomo pudo observar que existía una falsa vía

[26] Foja 46 del expediente jurisdiccional.
[27] Foja 360 del expediente jurisdiccional
[28] Foja 354 del expediente jurisdiccional.
[29] Foja 362 del expediente jurisdiccional.
[30] Foja 108 del expediente jurisdiccional.

y. visualizando el callo estenótico (sic) intento realizar la uretrotomia, sin poder lograr el paso a vejiga coloco una guia nuevamente a través del opérculo estenótico retiro el uretrotomo y paso una sonda nelaton 10 Fr. A través de la guía pero no salió orina por lo que retiró la sonda nelaton y suspendió el procedimiento, pidiéndome que hiciera el trámite para que el paciente quedara ingresado en el hospital esperando que hubiera micción espontanea, indicándome que en caso de que el paciente presentara retención aguda de orina habría que hacerle una cistotomía varias horas después aproximadamente a las 18:30 h el paciente fue llevado a quirófano por sus familiares encontrándose en retención completa de orina, por lo que el Dr. Hayro Dazza médico residente de urología que se encontraba de guardia realizó una cistotomía de emergencia.

Posteriormente a la 1:00 am del día siguiente (viernes 19 de febrero 2010) el Dr. Dazza me llamo al celular indicándome que la sonda de cistotomía estaba fuera de la vejiga y que el paciente nuevamente se encontraba en globo vesical, le pedí que lo llevara a quirófano y lo preparara para recolocarle la sonda de cistotomía, lo cual realice aproximadamente a la 1:30 am quedando la sonda permeable y habiendo evacuado aproximadamente 300cc de orina el paciente pasó a la sala de postoperatorio hasta las 9:00 am hora en la que fue trasladado al área de Hospitalización de urología.

El día viernes 19 febrero aproximadamente a las 12:00h después que terminó el staff, estuve con usted en la habitación B 77-1 pasando visita al paciente Cruz y le mostré que la sonda de cistotomía de 22 Fr. De tres vías que le había colocado al paciente se encontraba permeable y con la irrigación clara.

Los motivos por el cual el paciente fue trasladado en horas posteriores a la clínica Kennedy los desconozco[31].

Análisis del caso

8.5.- En el Estado Constitucional de Derechos ecuatoriano, el derecho de daños 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. Esta comprensión implica un conjunto de exigencias para el Estado, particularmente el deber primordial de garantizar el efectivo goce de los derechos, entre ellos el derecho a la salud que también es identificado en la Constitución de 2008 como un servicio[32] que se "regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional"[33]

8.6.- 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"[34].

8.6.1.- 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

[31] Foja 109-110 del expediente jurisdiccional.
[32] 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.
[33] Ecuador Asamblea Nacional Constituyente, "Constitución de 2008", Registro Oficial 449 de fecha 20 de octubre de 2008.
[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "CASO RODRÍGUEZ PACHECO Y OTRA VS. VENEZUELA", emitida el 1 de septiembre de 2023. Párrafo 116.

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"[35].

8.6.2.- 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"[36], 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"[37], 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, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas[38], la **eficacia** con el cumplir objetivos, **eficiencia** "efecto debe lograrse con el mínimo de recursos posible y en el menor tiempo"[39]; y, **buen trato** que hace referencia a la relación entre usuario y servidor público.

8.6.3.- Conforme lo ha mencionado esta Corte Nacional de Justicia[40], 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"[41]; **e)** Aplicación de un "enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo"[42] para obtener una prestación "eficiente, de calidad y oportuna"[43]; 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"[44].

8.7.- 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

---

[35] 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.

[36] Corte Constitucional ecuatoriana, Caso No. 328-19-EP, Sentencia No. 328-19-EP/20, fecha de emisión 24 de junio de 2020: párrafo 40.

[37] Corte Constitucional ecuatoriana, Caso No. 2951-17-EP, Sentencia No. 2951-17-EP/21, fecha de emisión 21 de diciembre de 2021: párrafo 123.

[38] 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

[39] Ibídem: párrafo 123.

[40] Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa, "Sentencia emitida en el proceso número 04102-2023-00018", fecha 11 de diciembre de 2023. Párrafo 4.8.5.

[41] Congreso Nacional, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial Suplemento 423 de fecha 22 de diciembre de 2006: artículo 7 letra a).

[42] Corte IDH (2018), *Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs Guatemala*, página 41, párrafo 110.

[43] Congreso Nacional, Ley Orgánica de Salud, Registro Oficial Suplemento 423 de fecha 22 de diciembre de 2006: artículo 9 letra i).

[44] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "CASO RODRÍGUEZ PACHECO Y OTRA VS. VENEZUELA", emitida el 1 de septiembre de 2023. Párrafo 116.

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" [45], 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.

8.8.- Para el caso sub judice, nos encontramos frente a una acción que busca la declaración de ROE; y, por ende, la consecuente obligación de reparar el daño que se haya provocado a la víctima, que conforme la pretensión planteada por el accionante se reduce a la compensación – indemnización económica.

8.9.- Comprendiendo aquello, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo se formula dos dudas para el caso sub judice: a) ¿Se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad objetiva del Estado que hagan nacer la obligación de reparar a favor del ciudadano Vicente de Jesús Cruz Ordóñez?; y, b) En caso de que sí se hayan configurado los elementos de la ROE: ¿Cuál es el monto económico con el que se debe reparar - indemnizar a la víctima?

8.9.1.- ¿Se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad objetiva del Estado que hagan nacer la obligación de reparar a favor del ciudadano Vicente de Jesús Cruz Ordóñez?

8.9.1.1.- Esta Corte Nacional de Justicia, en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha determinado que existen elementos necesarios y que se deben acreditar para que se configure la ROE, a saber:

> a) Que el daño o perjuicio constituya una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial; debiendo verificarse la ausencia de causales de justificación que hagan que la víctima tenga que soportarlo; b) La existencia de un factor de atribución, siendo necesario considerar el riesgo que conlleva el servicio o actividad pública; c) La posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona estatal que la causó; d) El nexo causal o relación de causalidad[46].

8.9.1.2.- 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; **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.

8.9.1.3.- 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 provisión 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]. Para el caso sub judice, el legitimado activo en su acto de proposición ha determinado que la conducta de la administración "denota una clara prestación deficiente del servicio público"[49].

8.9.1.4.- Imputación jurídica del daño que se causó, es preciso señalar que se está haciendo

---

[45] Constitución de 2008. Artículo 11 numeral 9. (sic)

[46] Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia emitida en el proceso No. 18803-2017-00297", en fecha 16 de julio de 2020.

[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.

[48] Efraín Pérez, "Derecho Administrativo", quinta edición, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), Página 550.

[49] Foja 79 del expediente jurisdiccional.

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]. Atento a ello, el actor ha imputado jurídicamente la conducta a la deficiente prestación del servicio de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en sus órganos.

8.9.1.5.- 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.

8.9.2.- Ahora bien, en el caso sub judice esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo puede identificar conforme los medios probatorios, lo siguiente:

8.9.2.1.- El daño: el legitimado activo en su acto de proposición afirmó que:

> En efecto, mi condición médica se agravaba ante la negligencia de los médicos que me acusaron de haber ocasionado tal situación y que provocaron que se me tapone la uretra llenando de sangre la vejiga.
>
> Incluso, de la historia clínica se puede deducir que el intento fracasado de insertar la sonda en el procedimiento rutinario trajo como consecuencia que se me ocasione un daño en la cúpula vesical y en la uretra […]
>
> Vale referir que dejar la intervención para un segundo intento significó que los médicos me dejaran en una habitación del área de Urología sin atención médica de ningún tipo. En dicho lugar gritaba desesperadamente solicitando ayuda ante el gran dolor que me aquejaba sin que nadie del personal médico atendiera los urgentes requerimientos de salud que necesitaba.
>
> […] En esos momentos mi situación era crítica puesto que habían transcurrido más de seis horas desde que había empezado a sangrar en grandes cantidades, lo cual trajo como consecuencia que se me forme un globo vesical que me provocaba intensos dolores que pudieron haber degenerado en un eventual infarto cardiaco debido a la gran angustia que padecía.
>
> Ante la gravedad de la situación y por mi reiterada insistencia, uno de los médicos sugirió que se me realice un procedimiento denominado "talla vesical" razón por la cual me ingresaron al quirófano.
>
> Ante el nuevo fracaso del equipo médico realizando el procedimiento de la "talla vesical" fui regresado nuevamente a la habitación donde me encontraba anteriormente en la cual mis gritos, dolor y desesperación se volvieron cada vez peores.
>
> Mi insistencia se hacía cada vez más repetitiva dado el inmenso dolor que sentía pero nadie del equipo médico se acercaba a mi habitación para dar una pronta solución al terrible dolor y angustia que padecía
>
> Transcurrido un largo tiempo, la gran desesperación que sentía llegó al punto que tuve que sugerir y aceptar que uno de los doctores que se acercó a la habitación me extrajera orina con sangre con una gran jeringuilla para que alivie en algo mi dolor. Incluso Señores Jueces, las deplorables condiciones del Hospital Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social implicaban que el líquido extraído sea eliminado en un recipiente cualquiera.
>
> Ante el evidente maltrato sufrido y frente al potencial riesgo de perder mi vida, solicité a mis familiares que me trasladen lo más rápido posible a otra casa de salud para que sea atendido dignamente.
>
> Dicha solicitud la efectuó mi hermana mediante comunicación dirigida a la doctora Betty Campi, Jefe de Atención Médica al Asegurado del IESS el día 19 de febrero del 2010 que en copias certificadas adjunto.
>
> En efecto, dicho traslado salvó mi vida por cuanto fui recibido por el equipo de Emergencias de

[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.

la clínica Kennedy donde me atendió de forma personalizada el doctor Gustavo Pico.
El referido profesional procedió a corregir la evidente negligencia provocada por el personal médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y practicó una Laparotomia Exploratoria donde encontró una perforación de cúpula vesical más orina en cavidad peritonial. Incluso Señores Jueces, el sufrimiento físico y psíquico que he tenido que padecer continúa sucediendo toda vez que como resultado de las maniobras negligentes de los médicos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social he padecido de severas infecciones a las vías urinarias que han motivado mi internación en el Hospital Universitario así como otra intervención quirúrgica e internación en la Clínica San Francisco de Guayaquil […]
Cabe recalcar que mi estado de salud general ha sufrido un evidente deterioro, especialmente desde el día 18 de febrero del 2010, en que fui intervenido por dos ocasiones en el Hospital del Seguro y el día 19 de febrero del 2010, fecha en la que fui intervenido de urgencia en la Clínica Kennedy, con el propósito de remediar la actuaciones negligentes de los médicos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Con la talla vesical realizada el día 19 de febrero del 2010 permanece hasta el día 5 de abril del 2010, día en que fui intervenido en la Clínica San Francisco de una "Estenosis» de uretra más fístula uretral". Ese día se me inserto una sonda a permanencia de dos vías, lo cual me ocasionó un intenso dolor y una molestia que me impidió llevar una vida normal hasta el día 19 de abril del 2010 en que fue extraída la misma […][52].

8.9.2.1.1.- Conforme los documentos que constan a fojas 1, 3, 4, 5, 6, 9-12, 13, 15, 37, 46, 107, 108, 109-110, 113-116, 360 y 362 del expediente jurisdiccional consistentes en certificaciones, oficios, autorizaciones y demás documentos, se ha comprobado que existe un daño y todos sus elementos, esto es, la antijuridicidad del daño, el legitimado activo ha comprobado que no tenía la obligación jurídica de soportar el daño que se le ha provocado, esto es, la "perforación en la cúpula vesical"[53] y los consecuentes efectos que aquello provoca como es los sufrimientos y padecimientos, atención de emergencia dentro de establecimientos de salud, intervenciones médicas, autorizaciones y gestiones para estas intervenciones, movilizaciones a otro establecimiento de salud, procedimientos para su nueva intervención, recuperación y otros. Así mismo se ha probado que el daño es efectivo, directo y personal, así como, que se encuentra estimado/apreciado tanto en los padecimientos, cuanto en la compensación que repararía el daño y sus efectos. Por lo que, se encuentra cumplido el primer elemento.

8.9.2.2.- El factor de atribución de la responsabilidad: el legitimado activo ha dado cumplimiento con el deber de identificar el factor de atribución de la responsabilidad, esto es, que "los perjuicios ocasionados [se deben] a una prestación deficiente e inhumana del servicio público de salud"[54], en razón de que, "en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social me habían perforado la vejiga"[55], en "el intento fracasado de insertar la sonda en el procedimiento rutinario [de dilatación y cistoscopia]"[56].

8.9.2.3.- La posibilidad de imputar jurídicamente el daño que se causó: el legitimado activo ha determinado directamente que la conducta que habría provocado el daño proviene de los diferentes órganos del Hospital Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dentro de la prestación del servicio de salud, particularmente en un procedimiento rutinario de dilatación y cistoscopia. Sobre este elemento, resulta necesario precisar que conforme lo señalado en los párrafos 8.6, 8.6.1, 8.6.2 de esta decisión, la prestación del servicio público de salud debe ser principalmente de calidad, que implica en este caso, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en su diferentes establecimientos de salud, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario

[52] Fojas 75-78 del expediente jurisdiccional.
[53] Foja 7 del expediente jurisdiccional.
[54] Foja 80 del expediente jurisdiccional
[55] Foja 79 del expediente jurisdiccional.
[56] Fojas 75-76 del expediente jurisdiccional.

científicamente aprobado y en buen estado con un trato de calidez, particular que correspondía cumplir adecuadamente al IESS dentro de la prestación del servicio público, sin obviar que existen riegos regulares de las intervenciones médicas, sin embargo, en este caso, lo que se ha justificado es que existe un daño que no estaba obligado a soportar el legitimado activo bajo ningún contexto.

8.9.2.3.1.- Ahondando en la prestación del servicio, resulta necesario establecer que el IESS tenía (y tiene) un conjunto de deberes y obligaciones que cumplir dentro de la prestación del servicio público, particularmente en cuanto a su calidad que se encuentra compuesto por tres elementos, a saber:

> […] el primero es el acceso a bienes y a servicios públicos y el segundo y tercer elementos, cuando se accede, refiere a la forma cómo debe ser ese servicio. El primero se vulnera cuando, por algún tipo de barrera (cultural, física, geográfica, económica u otra índole), no es posible gozar el servicio público. El segundo elemento cualifica la forma cómo debe prestarse el servicio público: calidad, eficiencia, eficacia, buen trato. El tercer elemento tiene relación con la información que se debe ofrecer sobre el servicio: adecuada y veraz sobre el contenido y las características del servicio público[57].

8.9.2.3.2.- Para el caso sub judice, es necesario centrarse en el segundo elemento; y, dentro de aquel particularmente en la calidad y buen trato en la prestación del servicio, que se matiza en que: **a)** Calidad: "se aprecia por el cumplimiento de estándares reconocidos para el servicio público, a los que debe sumarse el grado de satisfacción de una persona usuaria. Si se cumple con los estándares y la persona está satisfecha por la forma como se realizó el servicio, será de calidad"[58]; y, **b)** Buen trato: "se refiere a prácticas y relaciones de respeto del servidor o servidora a la persona usuaria. Si el servicio produce malestar, dolor, sufrimiento, estrés, no se cumpliría el buen trato"[59].

8.9.2.3.3.- Ahora bien, dentro de este caso existe una particularidad relevante vinculada con el sujeto de derechos que acciona y por ende que recibió la prestación del servicio de salud por parte del IESS, esto es, que el ciudadano Vicente de Jesús Cruz Ordoñez es persona adulta mayor (70 años) [al momento de recibir la prestación de servicios], que tiene el derecho a recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, situación jurídica reconocida en el artículo 35 de la Constitución de 2008, ahora bien, vinculado con la atención especializada es necesario precisar que aquel hace referencia a que, "se debe atender las particulares situaciones que atraviesan o sufren quienes tienen derecho a atención prioritaria, y que, en la medida que sea posible, los servicios públicos y privados se adapten a sus necesidades"[60], particularmente que se tomen todas las medidas, incluyendo en la prestación del servicio para fomentar en las personas adultas mayores su autonomía personal, disminuir su dependencia y conseguir su plena integración social.

8.9.2.3.4.- Comprendiendo aquello, conforme los medios probatorios practicados en el proceso, especialmente lo constante a fojas 1, 3, 4, 5, 13, 37, 46, 48[61], 51[62], 57 vuelta[63], 108, 109-110, 113-116, 337[64], 338[65] se ha logrado acreditar la manera en la que ha sido prestado el servicio de salud por parte del IESS el día 18 de febrero de 2010 y 19 de febrero de 2010 al legitimado activo, sin

---

[57] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 889-20-JP", emitido el 10 de marzo de 2021. Párrafo 84.
[58] Ibídem. Párrafo 84.
[59] Ibídem. Párrafo 139.
[60] Ibídem.
[61] Ver parte final en relación a las notas de evolución sobre lo ocurrido en fecha 18/febrero/2010, en donde se detalla "no pasa sonda uretral y hay sangrado x lo cual se deja procedimiento para segundo intento", posteriormente a este misma foja vuelta, a la hora 20:30, en nota de evolución "refiere dolor intenso en área quirúrgica".
[62] En esta foja consta el reporte de enfermería, con fecha 19/10 febrero, a las 10:00 "dolor intenso", las 13h00 del mismo días "con sonda cistotomía permeable irrigación goteo […] drenaje […] edema de testículos", posteriormente a las 19h00 "Pte es derivado a clínica Kennedy Policentro en camilla por disposición de doctora Carpio Betty".
[63] Se puede leer, fecha 18 de febrero de 2010, 18h30: "globo vesical, citostomia".
[64] Sobre la atención recibida en el IESS en fecha 2010/05/05 por parte del legitmado activo "paciente ha sido perforado vejiga por lo que le efectúan talla vesical y posteriormente perforación de la uretra […]", atención de fecha 18/05/2010, "se le ha realizó uretrostomía con lesión de la misma por la cual ha sido intervenido qx por 4 ocasiones […] alteración de la marcha y bipedación"
[65] Fecha de atención 2011/04/28 en donde se realizan recomendaciones vinculadas con uretrostomía; y, se identifica un tumor benigno de los órganos genitales masculinos.

que se identifique que se haya dado cumplimiento a los estándares determinados en esta decisión, particularmente, con el elemento de calidad y buen trato, así como, la atención especializada a la que tiene derecho por ser grupo de atención prioritaria el legitimado activo, esto en razón de que se ha identificado claramente que existe un daño antijurídico, así como, el servicio prestado no cumple con lo normativamente determinado, por lo que, se da cumplimiento a este elemento.

8.9.2.4.- En **cuanto al nexo causal:** se determina que el legitimado activo afirmó en su acto de proposición que "la negligencia imputable al personal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social me hizo soportar un gran dolor y sucesivas internaciones que en personas de avanzada edad como la mía son potencialmente fatales"[66]. Ahora bien, conforme se detalló en el párrafo 8.9.1.5 de esta decisión el daño debe provenir específica e inmediatamente del hecho dañoso en este caso, atento a ello, revisado que han sido todos los medios probatorios se identifica que el daño proviene de manera específica e inmediata, (esto es sin que medie o intervenga otra conducta o suceso que modifique el resultado) de la conducta de los órganos del establecimiento de salud Hospital Teodoro Maldonado Carbo del cantón Guayaquil, que pertenece al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en donde le causan una perforación en la cúpula vesical con los efectos consiguientes, que también tienen una relación específica e inmediata, esto es, los sufrimientos y padecimientos causados al legitimado activo, particularizado en: **i)** Resistir dolor intenso con sangrado; **ii)** Soportar la formación de un globo vesical con dolores intensos; **iii)** Las intervenciones tanto dentro del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como en la clínica Kennedy y Hospital Clínica San Francisco; **iv)** Ser sometido a exámenes médicos y traslado a establecimiento de salud de emergencia; **v)** Soportar el procedimiento de recuperación y todo lo vinculado con aquello, que implica continuar acudiendo a tratamientos médicos; **vi)** La inversión de tiempo y recursos materiales para cumplir con lo detallado anteriormente; **vii)** Las reiteradas expresiones durante las consultas en los establecimientos de salud del IESS (ver historia clínica) sobre la afección que soportó en la intervención del 18 de febrero de 2010, así como los consecuentes perjuicios; **viii)** La alteración a su vida familiar, de tal manera que una de su familiares en grado de consanguinidad debió intervenir y gestionar en múltiples ocasiones desde el 18 de febrero de 2010 para permitir la atención debida para el legitimado activo; todo ello, debe ser vinculado con la situación del legitimado activo, que es una persona adulta mayor – grupo de atención prioritaria, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, en esa medida, el daño generado y por ende la afectación a su salud e integridad se ven agravadas por su avanzada edad[67], particular que se considera en esta decisión. Por lo que, se da cumplimiento a este elemento.

8.9.2.5.- Comprendiendo aquello; y, respondiendo a la primera pregunta planteada, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo determina que sí se han acreditado los elementos para que se configure la Responsabilidad Objetiva del Estado.

8.9.2.- ¿Cuál es el monto económico con el que se debe indemnizar a la víctima?

8.9.2.1.- Conforme se ha mencionado en esta sentencia el principio de reparación integral irradia las actividades de un Estado de Justicia, en especial cuando se ha identificado el daño, en esa medida, "reparación integral constituye un derecho constitucional y un principio orientador que complementa y perfecciona el ejercicio de los derechos"[68]. Es preciso señalar 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"[69]

8.9.2.2.- Identificado que ha sido el daño[70] se genera la obligación de "repararlo adecuadamente",

---

[66] Foja 79 del expediente jurisdiccional.

[67] El envejecimiento es el resultado de la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, lo que lleva a un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, a un mayor riesgo de enfermedad y, en última instancia a la muerte. Tomado del sitio web de la Organización Mundial de la Salud, "Envejecimiento y Salud" visto: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health

[68] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 832-20-JP/21", emitido en fecha 21 de diciembre de 2021. Párrafo 186.

[69] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Meza Vs Ecuador", emitida el 13 de junio de 2023. Párrafos 70-77.

[70] En lo que atañe al carácter inmaterial [del daño], la Corte ha reparado daños en las esferas morales, psicológicos, físicos, al proyecto de vida y colectivos o sociales, mientras que el daño material incluye daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar y reintegro de costas y gastos. Tomado de: Jorge F. Calderón, "La Evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte IDH", (Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013), página 32.

que para el caso sub judice implica indemnizar el "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 […]"[71]. Para el caso sub judice, se acreditó de forma directa que existen gastos que se han generado con motivo de los hechos, siendo los siguientes: a) Factura de fecha 10 de mayo de 2010 por un valor de $ 21.55 USD; b) Factura de fecha 11 de mayo de 2010 por un valor de $ 187.67 USD; c) Factura de fecha 18 de mayo de 2010 por un valor de $ 80, 00 USD; d) Factura de fecha 05 de mayo de 2010, esto es, por un valor de $ 10, 00 USD; Sumados todos estos valores dan la cantidad de $ 299, 22 USD en calidad de daño emergente; y, sin obviar los intereses que se generan desde la fecha de presentación de la demanda que, se deberán cancelar a favor del legitimado activo (artículo 97 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil).

8.9.2.3.- Por otro lado, en relación a 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 […]"[72] 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 razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad"[73].

8.9.2.3.1.- Ahora bien, para el caso sub judice, se puede identificar que existen un conjunto de daños inmateriales, entre ellos, **i)** daños físicos; **ii)** daños psicológicos; y, **iii)** daño al proyecto de vida[74], que deben ser reparados bajo los criterios antes descritos, particulares que exigen a esta Sala Especializada establecer algunos elementos comunes con el objetivo de cuantificar la indemnización, así se considerará: **a)** La gravedad del daño; **b)** El contexto y consecuencias para la víctima [75]; y, **c)** circunstancias del caso.

8.9.2.3.1.1.- Daños físicos: Esta Sala Especializada estima conveniente aclarar que se identifica la categoría de 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; 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.

8.9.2.3.1.1.1.- Comprendiendo aquello, 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, en esa medida, para el caso sub judice, tenemos que existe directamente un daño físico, al existir la perforación en la cúpula vesical, que le generó diferentes sufrimientos y padecimientos (sangrado, dolor intenso continuo), obligándole a la víctima a ser sometida a una nueva intervención y procedimientos de recuperación, y otros tratamientos.

8.9.2.3.1.1.2.- Ahora bien, este daño físico debe ser reparado conforme los criterios que se determinaron en los párrafos 8.9.2.3; y, 8.9.2.3.1 (última y penúltima línea), para tal efecto se considera: **a)** La temporalidad: este daño se puede identificar que se mantuvo desde el 18 de febrero de 2010 hasta la fecha de presentación de la demanda (julio de 2010), sin embargo, también se puede verificar que el daño personal se mantiene en el año 2012, conforme la historia clínica presentada por el IESS (fojas 331-349); **b)** Circunstancias: se ha verificado que la provocación de este daño se dan en la prestación de un servicio público por parte del IESS, en uno de sus establecimiento de salud; y, **c)** Condiciones: la víctima que soporta el daño físico es una **persona adulta mayor**, esto es, se encuentra verificado que a la fecha de la prestación del servicio tenía más de 65 años de edad.

8.9.2.3.1.1.3.- Tomando en cuenta estos parámetros objetivos y aplicando el principio de equidad y con la prudencia necesaria y suficiente conforme lo ha determinado la Corte Interamericana de

[71] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Meza Vs Ecuador", emitida el 13 de junio de 2023. Párrafo 77.
[72] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Sentencia Caso Cortez Espinoza Vs Ecuador", emitida el 18 de octubre de 2022. Párrafo 181.
[73] Ibídem.
[74] Aquello no implica que sean los únicos daños inmateriales que reconoce el Derecho.
[75] Es importante considerar que el legitimado activo tiene una profesión con título de tercer nivel conforme se evidencia en su cédula.

Derechos Humanos (en las sentencias citadas), esta Sala Especializada determina que por aquel daño físico es procedente fijar una cantidad de compensación – indemnización a favor del legitimado activo por el valor de **$ 10.000,00 USD.**

8.9.2.3.1.2.- ii) 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"[76] de los derechos, que en este caso por supuesto es el derecho a la salud, derecho como persona y grupo de atención prioritaria y el derecho a la integridad personal que se ha comprobado. Ahora bien, en este proceso se han identificado claramente los sufrimientos y padecimientos a causa del daño provocado que tuvo intensidad y gravedad especial los días 18 y 19 de febrero de 2010, pero que sin embargo, no concluyeron en esta fecha, sino que se mantuvieron con las continuas intervenciones médicas (entre ellas la del mes de abril de 2010) y de tratamiento para recuperar su salud, así mismo, el hecho dañoso involucró a su familiar cercano que gestionaba las autorizaciones y demás solicitudes para que sea atendido e intervenido el legitimado activo, trasladado a otro centro de salud y en general reciba atención médica, por otro lado, también se encuentra comprobado que posterior a la intervención del 18 de febrero de 2010 no recibió los cuidados adecuados inmediatos ni un traslado inmediato a un centro de salud especializado para tratar el daño provocado, irrespetando su calidad de adulto mayor. Considerando aquello, se fija como monto de indemnización por el daño moral y psicológico generado al legitimado activo, considerando que es una persona adulta mayor y por supuesto el sufrimiento se ve agravado, en la cantidad de $ 20.000,00 USD.

8.9.2.3.1.3.- Daño al proyecto de vida: que "está inspirada en el concepto de realización personal, que implica una remisión hacia el desarrollo de las capacidades y oportunidades que cada persona puede tener, a fin de construir su propio destino"[77], situación que debe ser matizada cuando estamos frente a una persona adulta mayor[78], a la que se debe garantizar "el mayor goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población[79]. Considerando aquello, es necesario identificar que en Ecuador para el año 2010 la esperanza de vida promedio fue de setenta y cinco años de edad[80], sin embargo, se puede apreciar que el legitimado activo, tanto al momento en se emite la decisión del Tribunal a quo (que no se ejecutoría por la presentación del recurso de casación/2021) cuando al emitirse autos para resolver en esta causa[81] (marzo de 2024) continúa con vida, sobrepasado el promedio de esperanza de vida, por lo que, es imperioso a que, con las finalidades específicas de reparar, se identifique que el legitimado activo a esa fecha (marzo de 2024) continua con vida y por ende el daño sigue generando efectos en su proyecto de vida, en esa medida, se debe considerar que tanto en el año 2021 cuanto 2024 existen también vocaciones, aptitudes, potencialidades y aspiraciones de una persona adulta mayor, que no se reducen meramente a lo mercantil – económico; y, que tampoco se puede

[76] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Sentencia en Caso Meza Vs Ecuador", emitida en fecha 14 de junio de 2023, párrafo 78

[77] Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 1292-19-EP/21", emitida en fecha 15 de diciembre de 2021. Párrafo 57.

[78] Asamblea General de las Naciones Unidas, "Principios de la Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad", 16 de diciembre de 1991:
Autorrealización
15. Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.
16. Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.
Dignidad
17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales.
18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica

[79] Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores.

[80] Ministerio de Salud Pública, "Indicadores Básicos de Salud 2010". Link de acceso: https://www3.paho.org/ecu/dmdocuments/sds_Indicadores%202010%20ULTIMO.pdf

[81] En fecha 14 de febrero de 2024 el legitimado activo presenta escrito por sus propios y personales derechos dentro de esta causa.

limitar por la esperanza de vida, sino como se mencionó se debe garantizar una reparación integral que para este caso incluye, a que el legitimado activo viva su vida con dignidad en la vejez hasta sus últimos días, esto es un envejecimiento activo/saludable[82], en especial cuando la Constitución de 2008 ordena dar un trato especializado y preferente a las personas adultas mayores, procurándole mayor autonomía. Ahora, en el caso sub judice, se ha identificado cómo el daño provocado le impediría realizar un conjunto de actividades desde la fecha de generación del hecho dañoso (2010), que se mantiene en la fecha de la presentación de la demanda, particularmente al ocupar aquel tiempo y recursos en la atención e intervenciones médicas con el objetivo de recuperar su salud e integridad, así mismo, esta situación conforme el historial clínico adjuntado (fojas 9-281 del expediente casacional[83]), se mantuvo en el tiempo (2024), en esa medida, comprendiendo que el legitimado activo continua con vida (ver Historial clínico del IESS), es necesario que se le garantice de la mejor forma posible, la condiciones para que pueda vivir su vejez en dignidad, para tal efecto, una indemnización económica sería una medida adecuada y pertinente, así como proporcional, sin embargo, para cuantificarla y en equidad, este Tribunal considera lo siguiente: **a)** Edad a la fecha en que se generó el hecho dañoso hasta la fecha de emisión de autos para resolver en la presente causa, de fecha 7 de marzo de 2024; y, **b)** Remuneración Básica Unificada mensual vigente en los años 2010 al 2024, en esa medida, se cuantifica de la siguiente manera: **a)** El legitimado activo tiene 70 años al momento en que se genera el hecho dañoso (2010); y continua con vida para marzo de 2024; y, **b)** RBU: en el año: 1) 2010 $ 240 USD; 2) 2011 $ 264 USD; 3) 2012 $ 292 USD; 4) 2013 $ 318 USD; 5) 2014 $ 340 USD; 6) 2015 $ 354 USD; 7) 2016 $ 366 USD; 8) 2017 $ 375 USD; 9) 2018 $ 386 USD; 10) 2019 $ 394 USD; 11) 2020 $ 400 USD; 12) 2021 $ 400 USD; 13) 2022 $425 USD; 14) 2023 $ 450 USD; 15) 2024 $ 460 USD, atento a ello, se realiza el siguiente cálculo:

AÑO	RBU	Remuneraciones[84]	Total anual
2010	240	13	3120
2011	264	14	3696
2012	292	14	4088
2013	318	14	4452
2014	340	14	4760
2015	354	14	4956
2016	366	14	5124
2017	375	14	5250
2018	386	14	5404
2019	394	14	5516
2020	400	14	5600
2021	400	14	5600
2022	425	14	5950

[82] El envejecimiento activo es el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. El envejecimiento activo se aplica tanto a los individuos como a los grupos de población. Permite a las personas realizar su potencial de bienestar físico, social y mental a lo largo de todo su ciclo vital y participar en la sociedad de acuerdo con sus necesidades, deseos y capacidades, mientras que les proporciona protección, seguridad y cuidados adecuados cuando necesitan asistencia. Tomado de: Organización Mundial de la Salud y otros, "Envejecimiento activo: un marco político", *Revista Española de Geriatría y Gerontología,* Volumen 37. Num. S2, (2002), páginas 74-105.

[83] Únicamente se hace referencia a estos documentos para motivos de reparación, puesto que las afectaciones al proyecto de vida se han mantenido.

[84] Se incluye décimo tercer y cuarta remuneración, como indemnización.

2023	450	14	3600
2024	460	3[85]	1380
		Sumatoria total	**71196**

8.9.2.4.- Con las consideraciones antes expuestas, el monto total que se deberá cancelar a favor del legitimado activo en calidad de indemnización compensatoria por los daños materiales e inmateriales identificados en esta decisión serían los siguientes:

Concepto	**Tipo de daño**	**Valor**	
Daño material	daño emergente	299, 22	+ intereses
Daño inmaterial:			
	Daño físico	10.000	
	Daño moral y psicológico	20.000	
	Daño al proyecto de vida	71196	
	Total	**101.196**	

9. DECISIÓN

9.1.- Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

9.2. Aceptar el recurso de casación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, en esa medida, se decide casar la Sentencia emitida el 15 de enero de 2021, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil, dentro proceso 09801-2010-0468.

9.3. Al emitir decisión de mérito, se acepta la demanda planteada por el ciudadano legitimado activo adulto mayor Vicente de Jesús Cruz Ordóñez, por lo que, **a)** Se declara la Responsabilidad Objetiva del Estado por la deficiente prestación del servicio público de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; **b)** Se ordena al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social reparar al legitimado activo, mediante una indemnización compensatoria por el daño material e inmaterial sufrido conforme se ha detallado en el párrafo 8.9.2.4 de esta sentencia, indemnización que se cuantificará en cuanto a los intereses del daño emergente por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura en el término de 5 días de ejecutoriada esta decisión; y, la indemnización se deberá cancelar a favor del legitimado activo en el término de 30 días de ejecutoriada esta sentencia.

9.4.-El IESS realizará el procedimiento para iniciar el proceso de repetición en contra de los servidores/as involucrados/as en el hecho que generó daño al legitimado activo.

9.5. Disponer la devolución del expediente procesal al juzgado de origen, una vez ejecutoriado este fallo.

9.6. Notifíquese y cúmplase.-

f) DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DRA. HIPATIA ORTIZ VARGAS **JUEZA NACIONAL** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL.**

[85] Se cuantifica solamente tres meses, pues hasta el mes de marzo de 2024 se identifica que continúa generando daño al proyecto de vida, que es la fecha en la que se emite autos para resolver.

Resolución de fácil comprensión

La Corte Nacional de Justicia, aceptó el recurso de casación interpuesto por el IESS por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, al haberse verificado la deficiencia motivacional de insuficiencia, en esa medida, se emite sentencia de mérito, declarando la responsabilidad objetiva del Estado singularizado en el IESS; y, se ordena el pago de indemnizaciones.

En esta decisión se desarrollan criterios sobre los elementos para que se configure la responsabilidad objetiva del Estado, así, como los presupuestos para reparar mediante compensación – indemnización por los daños materiales e inmateriales provocados a una persona adulta mayor.

V

Juicio Nro. *01803-2019-00253*
Fecha: *lunes 8 de abril de 2024, las 16h34*

TEMA: El derecho a la buena administración. Principio del informalismo o formalismo moderado. Principio rector del procedimiento administrativo.

SÍNTESIS

El problema jurídico, entre otros, es determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el vicio de aplicación indebida del artículo 11 del Acuerdo No. MRL20140222: Casa la sentencia recurrida, acepta parcialmente el recurso interpuesto pues está configurado el vicio; la Sala estima aclarar que el derecho a la buena administración, es un derecho ciudadano, un derecho fundamental, que al margen de lo estipulado en la Resolución de marras, no se ha distinguido por su claridad y previsión para hacer frente a los imprevistos. Así también, el principio del informalismo o formalismo moderado a favor del administrado, principio rector del procedimiento administrativo que tiene en cuenta que cuando el Estado ejerce sus labores, no se comunica con personas de conocimientos jurídicos y técnicos, sino con ciudadanos de conocimientos promedios, cuyos derechos no pueden verse afectados por exagerados tecnicismos que contribuyan a una incomprensión por parte de los administrados. La Sala dictó sentencia de mérito, con la que acepta parcialmente la demanda y declara la ilegalidad del acta de declaratoria de ganador del concurso emitida por el Tribunal de Méritos y Oposición del GAD del Cañar.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01803-2019-00253

Juez Ponente: Dr. Milton Enrique Velásquez Díaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 8 de abril del 2024, las 16h34.

VISTOS: El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz e Iván Larco Ortuño, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 01803-2019-00253:

1. Antecedentes procesales

1.1 El 6 de junio de 2019, Fausto Alberto Quinteros Romero presentó una acción subjetiva o de plena jurisdicción en contra del acta de declaratoria de ganador emitida el 31 de enero de 2019, por el Tribunal de Méritos y Oposición del concurso de méritos y oposición para "Analista de Servicios General I" del GAD Provincial del Cañar, mediante el cual resolvió: "…declarar ganador del concurso a la postulante PESANTES VINTIMILLA MARÍA XIMENA…quien obtuvo el puntaje final de 94.55/100, ocupando el primer lugar; a su vez se declara como inmediato elegible del mismo puesto a: QUINTEROS ROMERO FAUSTO ALBERTO…quien obtuvo la calificación de 93.66/100…".

1.2 El 31 de marzo de 2021, a las 16h02, el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca rechazó la demanda presentada por el accionante y declaró la validez del acta declaratoria de ganador de concurso de méritos y oposición.

1.3 De la sentencia, Fausto Alberto Quinteros Romero interpuso recurso de casación por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

1.4 Una vez elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 25 de octubre de 2023, a las 11h47, la Conjuez Nacional Hipatia Ortiz admitió parcialmente el recurso de casación por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, con relación "a la indebida aplicación del artículo 11 y de las disposiciones generales

quinta y décima segunda del Acuerdo Ministerial No. 222, hermanado con la falta de aplicación de los artículos 19, 31 y 35 del mismo acuerdo ministerial; y, por errónea interpretación del artículo 33 de ese mismo acuerdo…".

1.5 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP, el 11 de enero de 2024, a las 11h00, de forma presencial, se celebró la audiencia de fundamentación del recurso de casación, no obstante, por la complejidad del caso la diligencia fue suspendida. El 14 de marzo de 2024, a las 9h00, se reanudó la audiencia, en la que por voto de mayoría se resolvió aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Fausto Alberto Quinteros Romero. En virtud de lo dispuesto en el artículo 93 ibidem, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación:

2. Competencia

2.1 Esta Sala está integrada por los jueces Milton Enrique Velásquez Díaz, Hipatia Susana Ortiz Vargas, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño. Su conformación resultó de cuatro sucesos:

1) El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021;

2) La organización de las salas especializadas hecha por el Pleno de este organismo mediante Resolución No. 02-2021 de 5 de febrero de 2021;

3) Los encargos realizados por el doctor Iván Saquicela Rodas, ex presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficios No. 115-P-CNJ-2021 y 113- P-CNJ-2021, respectivamente a los jueces Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango; y,

4) El encargo realizado por el doctor José Suing Nagua, presidente encargado de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio No. 147-SG.CNJ-2024, a la conjueza Hipatia Susana Ortiz Vargas.

2.2 Tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación interpuestos dentro de las causas en materia administrativa, de conformidad con el artículo 185.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los artículos 184.1 de la Constitución y 269 del Código Orgánico General de Procesos ("COGEP").

2.3 En este caso, el sorteo electrónico de 13 de diciembre de 2023 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Iván Larco Ortuño y Patricio Secaira Durango.

3. Validez procesal

3.1 No se observa la omisión de solemnidades sustanciales en la tramitación del presente recurso, ni violación alguna del derecho a la defensa de las partes. Tras haber verificado que este proceso se ha tramitado con regularidad y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por aplicación indebida del artículo 11 del Acuerdo No. MRL-2014-0222 -Norma técnica del subsistema de selección de personal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 383 de 26 de noviembre de 2014)

4.1.1 El recurrente señala que, a criterio del juzgador, y dado que se encontraba en curso "la etapa de mérito", el postulante cuyo título de cuarto nivel le fue desconocido por el administrador del concurso, debió presentar su reclamo al Tribunal de Apelaciones, conforme al artículo 11 del Acuerdo. En ese sentido, indica que, está claro, por el tenor literal de la norma, que al órgano en mención se le atribuye facultad para resolver apelaciones en dos momentos: en la etapa de mérito (descrita entre los artículos 18 al 21), y en la etapa de oposición (regulada desde el artículo 22), dentro de la cual se cumple la rendición de pruebas de conocimientos técnicos (artículo 23) y puede tener cabida la apelación de los resultados (artículo 20).

4.1.2 En ese sentido, indica que, el artículo 226 de la Constitución establece que los servidores públicos solamente pueden ejercer las competencias que les atribuya la Constitución y la ley; y que tal ejercicio es obligatorio, irrenunciable e improrrogable, de manera que el órgano que las tiene atribuidas no puede decidir, a su antojo o conveniencia, si las pone o no en marcha, si se desprende de ellas o si las cede o deriva a otro órgano La competencia de un órgano administrativo no puede ser atribuida por declaración judicial, como se presenta en la especie.

4.1.3 Así, el recurrente expresa que, el juzgador no advierte la presencia de la norma conexa y complementaria (artículo 19) que, en cuanto a la apelación en la fase de mérito de los concursos públicos, señala:

> Art. 19.- De la apelación a la verificación del mérito.- Las y los postulantes que no supe-

raron la etapa del mérito, podrán apelar exclusivamente de sus resultados a través de la plataforma tecnológica dentro del día hábil posterior a la notificación del reporte "Verificación del mérito". La UATH institucional, a través del administrador del concurso, al siguiente día hábil, entregará el "Reporte de apelaciones" al Tribunal de Apelaciones para su trámite respectivo.

4.1.4 Al respecto, el recurrente sostiene que el artículo citado reserva la apelación a los postulantes "que no superaron la etapa del mérito", como también reserva la potestad resolutoria al Tribunal de la materia. Parece claro, por lo mismo, que el reclamante que apela pretendería permanecer en el concurso, alegando que sí cumple con los requisitos básicos para ingresar, y que estos requisitos han sido indebidamente descalificados. La norma no abre la posibilidad de apelar a quien-como se presenta en la especie- sí superó la etapa de mérito, porque este postulante no ha sido descalificado, ni expulsado del concurso.

4.1.5 En consecuencia, el recurrente afirma que, el juzgador yerra con la invocación de la impertinente norma del artículo 11 del acuerdo 222 que, si bien entrega al tribunal de la materia la facultad de resolver la apelación de un postulante en la fase de mérito, no tiene en cuenta que la norma conexa-la del artículo 19-reserva el ejercicio del derecho a apelar, al participante que "no superó la etapa de mérito", a un postulante descalificado para permanecer n el procedimiento, y que esa misma impugnación es la que convoca el ejercicio de las potestades del Tribunal de Apelaciones.

4.1.6 Por tanto, señala que, el fallo judicial hace aplicación indebida del artículo 11 del acuerdo 222, no llamado a resolver la litis; y, omite aplicar el artículo 19, que sí es el pertinente para sentenciar.

4.2 Causal quinta el artículo 268 del COGEP, por aplicación indebida de las disposiciones generales quinta y décima segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0222

4.2.1 El recurrente transcribe una parte del considerando 6.3.3 de la sentencia impugnada y sostiene que la cita y aplicación de la décima segunda disposición general es objetivamente impertinente a la solución de la controversia. Lo señalado por el Tribunal en la sentencia hace notorio que los postulantes del concurso público tienen derecho a conocer, "antes de las pruebas técnicas y psicométricas" (es decir, antes de abrirse la fase de oposición, pero después de superada la fase de mérito), las notas adicionales que merecerían los concursantes conforme a dos fuentes: los literales b) y c) del artículo 33, y la disposición general quinta.

4.2.2 De esa forma, afirma que, hay indebida aplicación de esta décima segunda disposición general, porque la quinta disposición general que en ella se menciona, se refiere al régimen especial aplicable a la provincia de Galápagos, que no tiene nada que ver en la especie; y, porque los literales b) y c) del artículo 33, expresamente aludidos, otorgan calificación adicional a quienes hayan acreditado experiencia en la Red Pública Integral de Salud y experiencia anterior en la institución pública que convocó el concurso. Las normas generales quinta y décima segunda no se refieren al caso detallado en el literal a) del mismo artículo 33 que es el que, por su parte, otorga calificación adicional por instrucción formal, a fin y superior al perfil del puesto objeto del concurso.

4.2.3 En ese sentido, indica que, el juzgador yerra notoriamente al dar decisiva aplicación a las impertinentes disposiciones generales quinta y décima segunda porque, por más que su invocación se dirigen a señalar el previo discurso de que el accionante dejó pasar su oportunidad de apelar contra la descalificación del título de cuarto nivel por parte del administrador del concurso, nada tienen que ver en la especie ni en la solución de la controversia, porque ni el concurso se desplegó en la provincia de Galápagos, ni el afectado reclamó puntaje adicional por haber trabajado para el Ministerio de Salud, ni por haber acumulado experiencia en la misma entidad que llamó a concurso.

4.2.4 De esa forma, señala que el juzgador no aplicó la norma pertinente a la resolución de la controversia, contenida en el artículo 31; al tiempo que incurre en errónea interpretación del literal a) del artículo 33, del Acuerdo ministerial 222 en examen.

4.2.5 A continuación, el recurrente transcribe otra parte del considerando 6.3.3 de la sentencia impugnada, y señala que, el juzgador no analiza la actuación administrativa de la entidad demandada sino la conducta del actor cuando en su condición de participante del concurso, supuestamente perdió la ocasión de apelar la descalificación de su mérito adicional.

4.2.6 De esa forma, menciona que, de lo expuesto en la sentencia, el juzgador da a entender que, por una parte, el mérito adicional regulado por el literal a) del artículo 33 pudo ser legítimamente calificado o descalificado por el administrador al inicio del concurso, con la sola base de la información introducida por el interesado al momento

de postular; y, por otra parte, da entender que la descalificación pudo ser reclamada mediante apelación. Sin embargo, en realidad, el Acuerdo señala que el mérito adicional debió ser reconocido o negado no inmediatamente después de postular, sino al momento de estructurar el Puntaje Tentativo Final, lo cual procede después de haberse cumplido la fase de oposición según el artículo 31 y "luego de haber sido calculado el puntaje correspondiente a acciones afirmativas" y al mérito adicional, conforme al mismo artículo 31 y al artículo 33.

4.2.7 Por tanto, afirma que el fallo incurre en errónea interpretación del artículo 33, literal a), como en falta de aplicación del artículo 31 del acuerdo ministerial.

4.3 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 35 del Acuerdo No. MRL-2014-0222

4.3.1 El recurrente alega que el artículo 35 del Acuerdo Ministerial es claramente aplicable en la especie, ya que impone a los cinco mejores postulados la obligación de presentar (a la apreciación de la UATH, es decir, del administrador del concurso), "los documentos de sustento de la información consignada en su hoja de vida, incluidos los que justifiquen la acción afirmativa y/o mérito adicional"; de manera que es entonces, y solo entonces, que puede tener cabida la prevención contenida en la misma norma: se descalifica (ya no por el administrador, sino por el Tribunal), la puntuación adicional que se pretende basar en los documentos materiales, "si ese o esos documentos afectan la puntuación de la o el postulante" y, además, "incide en el orden de puntuación de los participantes del concurso".

4.3.2 Además, indica que no es atinada la afirmación del juzgador en el sentido que al Tribunal de Méritos "no le corresponde en ese momento, tal y como pretende el actor, asignar puntuación adicional al accionante" porque, en forma previa, debió apelar de la descalificación de su mérito académico, evitando la preclusión del ejercicio de su derecho de impugnación.

4.3.3 Así también, manifiesta que, el hecho es que ninguna norma le atribuye al administrador juzgar o evaluar el valor de un pretendido mérito adicional, mucho menos, al abrirse el concurso; como no le está permitido señalar de inicio que, el postulante en realidad es o no discapacitado, enfermo catastrófico, héroe o excombatiente, migrante, negro o montubio. Cualquiera de estas condiciones -susceptibles de merecer calificaciones adicionales, acaso decisivas para los resultados del concurso- solo deben ser inicialmente declaradas o registradas en la plataforma digital, pero después deben ser documentadas en forma previa al acceso a la sede del Tribunal de Méritos y Oposición.

4.3.4 Por tanto, el recurrente señala que, la facultad del Tribunal de Méritos y Oposición se limite a una aplicación aritmética y mecánica pero sujeta al previo registro de actuaciones del administrador.

5. Problemas jurídicos

5.1 Determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el vicio de aplicación indebida del artículo 11 del Acuerdo No. MRL-2014-0222.

5.2 Establecer si la sentencia de instancia ha incurrido en el vicio de aplicación indebida de las disposiciones generales quinta y décima segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0222.

5.3 Determinar si la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021, a las 16h02, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca ha incurrido en el vicio de falta de aplicación del artículo 35 del Acuerdo No. MRL-2014-0222.

6. Análisis del Tribunal de Casación

6.1 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por aplicación indebida del artículo 11 del Acuerdo No. MRL-2014-0222

6.1.1 La causal quinta de casación establecida en el artículo 268 del COGEP contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de la doctrina legal. Se configura en tres supuestos [Corte Suprema de Justicia, resoluciones No. 323, juicio No. 89-99, 31 de agosto de 2000; No. 299, juicio No. 168-200, 19 de junio de 2001; No. 317, juicio No. 190-200, 31 de agosto de 2000. En el mismo sentido, véase: Manuel De La Plaza, La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218]:

> Falta de aplicación: Cuando el juzgador deja de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.
> Aplicación indebida: Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido.
> Errónea interpretación: Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

6.1.2 En el presente caso, el recurrente alega que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 11 del Acuerdo No. MRL-2014-0222, debido a que, a criterio del juzgador, y dado que se encontraba en curso "la etapa de mérito", el postulante cuyo título de cuarto nivel le fue desconocido por el administrador del concurso, debió presentar su reclamo al Tribunal de Apelaciones, conforme al artículo 11 del Acuerdo. En ese sentido, indica que, está claro, por el tenor literal de la norma que, al órgano en mención se le atribuye facultad para resolver apelaciones en dos momentos: en la etapa de mérito (descrita entre los artículos 18 al 21), y en la etapa de oposición (regulada desde el artículo 22), dentro de la cual se cumple la rendición de pruebas de conocimientos técnicos (artículo 23) y puede tener cabida la apelación de los resultados (artículo 20).

6.1.3 Así, el recurrente expresa que, el juzgador no advierte la presencia de la norma conexa y complementaria (artículo 19) que, en cuanto a la apelación en la fase de mérito de los concursos públicos, reserva el ejercicio del derecho a apelar, al participante que "no superó la etapa de mérito", es decir, a un postulante descalificado para permanecer en el procedimiento.

6.1.4 Por consiguiente, corresponde determinar si en el presente caso el Tribunal no debía aplicar el artículo 11 del Acuerdo No. MRL-2014-0222.

6.1.5 La norma que habría sido indebidamente aplicada señala:

> *Art. 11.- Del Tribunal de Apelaciones.- Es el órgano encargado de conocer y resolverlas apelaciones que se presenten por parte de las y los postulantes en la etapa de mérito y sobre los resultados de las pruebas de conocimientos técnicos…*

6.1.6 De la revisión del artículo citado, se observa que, el Tribunal de Apelaciones es competente para conocer y resolver las apelaciones en la etapa de mérito y de los resultados obtenidos en las pruebas de conocimientos técnicos. Es decir, establece expresamente qué apelaciones puede conocer el Tribunal y en qué etapa del concurso. Por consiguiente, del análisis integral del Acuerdo, el Tribunal puede conocer las apelaciones presentadas en la etapa de mérito respecto a la verificación del mérito (artículo 19) y en la etapa de oposición respecto al puntaje de las pruebas de conocimientos técnicos (artículo 26).

6.1.7 Sobre la apelación en la etapa de mérito, se observa que, el o la postulante puede apelar dentro del día hábil posterior a la notificación del reporte "verificación del mérito", es decir, los postulantes que no superaron la etapa de mérito pueden apelar. Mientras que, en la etapa de oposición, el o la postulante puede apelar dentro del día hábil a la publicación de las calificaciones de las pruebas de conocimientos técnicos.

6.1.8 Al respecto, en el considerando 6.3.3 de la sentencia impugnada, el Tribunal indica que, en ejercicio de sus derechos y previo a que el Tribunal de Méritos y Oposición cumpla con su deber, al hoy accionante le correspondía apelar o impugnar ante el Tribunal de Apelaciones la omisión alegada al no asignarle el puntaje por "mérito adicional", ejercicio de su derecho que debía hacerlo con la debida oportunidad y ante autoridad competente, evitando con ello que precluya la posibilidad de reclamar por esa omisión alegada.

6.1.9 Además, manifiesta que, conforme el artículo 33, con relación a los artículos 11 y 30 del Acuerdo Ministerial 2014-0222, el accionante debía impugnar ante el Tribunal de Apelaciones, órgano encargado de conocer y resolver las apelaciones que se presenten por parte de las y los postulantes en la etapa de mérito.

6.1.10 Ahora bien, en el caso específico, de acuerdo con lo probado en la sentencia impugnada, se tiene que el accionante pretendía que se reconozca el mérito adicional determinado en el artículo 33, literal a), del Acuerdo [instrucción formal], por lo cual, de acuerdo con el análisis realizado por el Tribunal Distrital, el accionante podía impugnar su inconformidad en la etapa de mérito, conforme lo señalado en el artículo 11 del Acuerdo.

6.1.11 Sin embargo, de acuerdo con el análisis realizado, el artículo 11 del Acuerdo es claro en determinar que existen dos momentos para impugnar en la etapa de mérito respecto de la verificación del mérito y en la etapa de oposición de los resultados de las pruebas técnicas, por tanto, el artículo en mención no habilitaba a que, el postulante impugne el no reconocimiento de un mérito adicional que él consideraba aplicable.

6.1.12 En ese sentido, el Tribunal no debía aplicar el artículo 11 del Acuerdo para sostener que el ahora recurrente debía impugnar ante el Tribunal de Apelaciones en el momento de la notificación del puntaje, en el que no se consideró el mérito adicional que pretendía el actor sea reconocido.

6.1.13 Por tanto, se acepta el cargo por indebida aplicación del artículo 11 del Acuerdo.

6.2 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por indebida aplicación de las disposiciones generales quinta y décima segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0222

6.2.1 El recurrente alega que, el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones generales quinta y décima segunda, debido a que, no se refieren al caso detallado en el literal a) del mismo artículo 33 que es el que, por su parte, otorga calificación adicional por instrucción formal. Así, señala que, hay indebida aplicación de la décima segunda disposición general, porque la quinta disposición general, se refiere al régimen especial aplicable a la provincia de Galápagos, que no tiene nada que ver en la especie; y, porque los literales b) y c) del artículo 33, expresamente aludidos, otorgan calificación adicional a quienes hayan acreditado experiencia en la Red Pública Integral de Salud y experiencia anterior en la institución pública que convocó el concurso.

6.2.2 De esa forma, corresponde determinar si en el presente caso el Tribunal no debía aplicar las disposiciones generales quinta y décima segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0222.

6.2.3 Las disposiciones que habrían sido indebidamente aplicadas determinan:

> *QUINTA.- REGIMEN ESPECIAL DE GALAPAGOS.- En aplicación del artículo 46 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la provincia de Galápagos, en el concurso de méritos y oposición para ocupar un puesto vacante en una institución del Estado cuyo lugar de trabajo sea la provincia de Galápagos, se concederá seis (6) puntos adicionales como acción afirmativa a las y los postulantes que, además de cumplir con el perfil del puesto, sean residentes permanentes y hayan registrado el número de su carné de residencia permanente en la "Hoja de Vida" al momento de postularse. Este puntaje es adicional al que se otorgue, de ser el caso, por las acciones afirmativas previstas en el literal a) del artículo 32 de la presente Norma Técnica.*
>
> *DÉCIMA SEGUNDA.- El mérito adicional determinado en los literales b) y c) del artículo 33 así como el previsto en la Disposición General Quinta de esta Norma, se computará en la fase de mérito de tal manera que los postulantes cuenten con dicha puntuación adicional antes de las pruebas técnicas y psicométricas.*

6.2.4 De la revisión de la disposición quinta, se observa que determina el reconocimiento de 6 puntos adicionales a los postulantes que sean residentes permanentes y hayan registrado el número de su carné de residencia permanente en la hoja de vida al momento de postularse. Mientras que, la disposición décima segunda, establece que se debe computar en la fase de mérito los méritos adicionales con relación a la experiencia en la red pública integral de salud, a la experiencia en la institución y al régimen especial de Galápagos.

6.2.5 Al respecto, se observa que, en el considerando 6.3.3 de la sentencia, el Tribunal manifiesta que, conforme el artículo 33 con relación a los artículos 11 y 30 del Acuerdo Ministerial 2014-0222, el accionante debía impugnar ante el Tribunal de Apelaciones, órgano encargado de conocer y resolver las apelaciones que se presenten por parte de las y los postulantes en la etapa de mérito. Así también, el Tribunal menciona que, en virtud del artículo 35, el puntaje final es notificada por la plataforma tecnológica y la disposición décima segunda del acuerdo en mención, que establece que el mérito adicional del artículo 33, literales b y c del acuerdo, así como el de la disposición general quinta, se computa en la fase de mérito, de tal manera que los postulantes cuentan con la puntuación adicional antes de las pruebas técnica y psicométricas.

6.2.6 De esa forma, el Tribunal expresa que el accionante no ha impugnado y ha inobservado las disposiciones antes mencionadas, lo que ha derivado a que su derecho a reclamar por la puntuación que dice le asiste, precluya dentro del concurso, ocasionando con tal omisión que el Tribunal de Méritos y Oposición proceda en la forma que lo ha hecho y en estricto apego a la disposición contenida en el artículo 36 del acuerdo ministerial 2014-0222.

6.2.7 En ese sentido, se observa que, las disposiciones generales utilizadas por el Tribunal para señalar que su derecho a reclamar precluyó, no se refieren al mérito adicional del artículo 33, literal a), del Acuerdo, que establece el reconocimiento de 3 puntos de mérito adicional cuando el postulante registre en su hoja de vida un título afín al área del perfil del puesto.

6.2.8 En consecuencia, el Tribunal no debía aplicar las disposiciones generales quinta y décima segunda, debido a que, no se refiere al mérito adicional alegado como no aplicado por el ahora recurrente.

6.2.9 Por tanto, se acepta el cargo por indebida aplicación de las disposiciones generales antes referidas.

6.2.10 Ahora bien, el recurrente señala que la indebida aplicación de dichas disposiciones generales habría conllevado a que el Tribunal incurra en la erronea interpretación del artículo 33, literal a), y en la falta de aplicación del artículo 31 del Acuerdo ministerial.

6.2.11 Debido a que, de lo expuesto en la sentencia, el juzgador da a entender que, por una

parte, el mérito adicional regulado por el literal a) del artículo 33 pudo ser legítimamente calificado o descalificado por el administrador al inicio del concurso, con la sola base de la información introducida por el interesado al momento de postular; y, por otra parte, da entender que la descalificación pudo ser reclamada mediante apelación.

6.2.12 Sin embargo, el recurrente menciona que, en realidad, el Acuerdo señala que el mérito adicional debió ser reconocido o negado no inmediatamente después de postular, sino al momento de estructurar el Puntaje Tentativo Final, lo cual procede después de haberse cumplido la fase de oposición según el artículo 31 y "luego de haber sido calculado el puntaje correspondiente a acciones afirmativas" y al mérito adicional, conforme al mismo artículo 31 y al artículo 33 del Acuerdo Ministerial.

6.2.13 Las normas acusadas señalan:

> *Art. 31.- De la estructura del "Puntaje tentativo final".- Para efectos de la determinación del "Puntaje tentativo final", la plataforma tecnológica automáticamente ponderará cada una de las fases del proceso de oposición, asignando puntajes de la siguiente manera: Componentes Puntajes Pruebas técnicas 60 puntos Pruebas psicométricas 25 puntos Entrevista 15 puntos Total 100 puntos*
>
> *A estos valores se sumará, de ser el caso, el puntaje adicional que por concepto de acciones afirmativas y/o mérito adicional se otorgue para conformar el puntaje final.*
>
> *Art. 33.- Mérito adicional.- Luego de haber sido calculado el puntaje correspondiente a acciones afirmativas, la UATH institucional, a través del administrador del concurso, sobre la base del análisis de la información de la o el postulante ingresada en la "Hoja de vida" al momento de la postulación, establecerá el reconocimiento del mérito adicional que consiste en otorgar un puntaje adicional a la o el postulante cuando este acredite una instrucción formal y/o experiencia adicional a la requerida. Se aplicarán las siguientes reglas: a) En el caso de instrucción formal: la UATH institucional reconocerá a la o el postulante tres (3) puntos de mérito adicional cuando registre en su "Hoja de vida" al momento de la postulación, un título legalmente inscrito en la SENESCYT de un nivel superior al requerido, el mismo que deberá ser afín al área del perfil del puesto…*

6.2.14 De esa forma, se observa que, el artículo 31 del Acuerdo señala que al puntaje tentativo final se le debe sumar el puntaje adicional por concepto de acciones afirmativas o méritos adicionales para confirmar el puntaje final. Mientras que, el artículo 33, literal a), del Acuerdo establece que se le reconoce al postulante un mérito adicional por registrar un título de nivel superior afín al área del perfil del puesto.

6.2.15 Respecto al artículo 33, literal a), del Acuerdo, en el considerando 6.3.3. de la sentencia, el Tribunal sostiene que conforme el artículo 33 con relación a los artículos 11 y 30 del Acuerdo Ministerial 2014-0222, el accionante debía impugnar ante el Tribunal de Apelaciones, órgano encargado de conocer y resolver las apelaciones que se presenten por parte de las y los postulantes en la etapa de mérito.

6.2.16 Por tanto, conforme ya se expuso en el párrafo 6.1.11 ut supra, el artículo 11 solo establece dos momentos para impugnar en la etapa de mérito, por lo que, la interpretación que realiza el Tribunal sobre la conexión que tiene el artículo 33 con el 11, no es posible, ya que, el recurrente no podía impugnar, al momento de la notificación, el no reconocimiento del mérito adicional.

6.2.17 Además, se observa la falta de aplicación del artículo 31 del Acuerdo, dado que, en el inciso final del artículo se establece que al puntaje tentativo final se debe adicionar el puntaje por acciones afirmativa y/o mérito adicional, lo cual da cuenta que en ese momento se sumaría dichos valores, y, por tanto, es en ese momento que los postulantes conocen si los valores fueron reconocidos o no.

6.2.18 En consecuencia, el Tribunal no le dio el alcance que correspondía al artículo 33, literal a) y dejó de aplicar el artículo 31 del Acuerdo, por tanto se acepta dichos cargos, como consecuencia de la indebida aplicación de las disposiciones generales quinta y décima segunda.

6.3 Causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 35 del Acuerdo No. MRL-2014-0222

6.3.1 De forma general, el recurrente alega que el artículo 35 del Acuerdo debía ser aplicado por el Tribunal, debido a que, en su criterio, el Tribunal de Méritos y Oposición no le corresponde únicamente declarar el ganador o ganadora del concurso, ya que, al otorgarle la potestad de descalificar a los concursantes al no presentar los documentos requeridos, ello le permitiría reconocer el mérito adicional solicitado por el hoy recurrente.

6.3.2 La norma presuntamente no aplicada establece:

> *Art. 35.- Del Reporte "Puntaje final".- En el reporte "Puntaje final" se registrará el "Puntaje*

Tentativo Final" conformado de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la presente norma, más el puntaje adicional que por concepto de acciones afirmativas y/o mérito adicional se haya otorgado a las y los postulantes, previstas en los artículos 32 y 33 de la misma norma.

Una vez que el administrador del concurso registre el "Puntaje final", la plataforma tecnológica automáticamente enviará un correo electrónico a los cinco (5) mejores puntuados solicitando la presentación de los documentos de sustento de la información consignada en su "Hoja de vida", incluidos los que justifiquen la acción afirmativa y/o mérito adicional, en un término mínimo de dos (2) días dentro de esta etapa. No será necesaria la presentación de copias notariadas. Puede receptarse la documentación escaneada a la dirección del correo electrónico institucional registrado en la plataforma tecnológica.

Toda la documentación será entregada a la UATH institucional para su revisión a fin de que realice la comparación con la información consignada en la "Hoja de vida". En el caso de que la o el postulante omita presentar uno o más documentos de sustento de su "Hoja de vida", quedará descalificado si ese o esos documentos afectan la puntuación de la o el postulante e incide en el orden de puntuación de los participantes del concurso; o la falta de ese o esos documentos hacen al postulante incumplir con el perfil del puesto; en cuyo evento se llamará al siguiente mejor puntuado.

En el caso de encontrarse en concurso varias partidas para una misma denominación de puesto en la misma unidad administrativa, se considerarán como primeras o primeros finalistas para ocupar cada vacante a las y los postulantes que obtuvieron las mejores calificaciones.

6.3.3 De la revisión del artículo 35 del Acuerdo, se observa que regula 4 supuestos: el primero, respecto a la conformación de puntaje final en el que se incluye las acciones afirmativas y/o mérito adicional; el segundo, sobre la obligación de los 5 mejores puntuados de presentar los documentos de respaldo de su hoja de vida así como la acción afirmativa y/o mérito adicional; el tercero, la descalificación del concursante por no presentar documentos relevantes; y, el cuarto, la regulación sobre la existencia de varias partidas en el concurso.

6.3.4 En ese sentido, tenemos que el recurrente se refiere al tercer supuesto sobre la descalificación para afirmar que el Tribunal de Méritos y Oposición podía reconocer el puntaje por el mérito adicional. Sin embargo, es necesario, referirse a las facultades otorgadas por el Acuerdo a dicho Tribunal, para determinar si el reconocimiento de mérito adicional se encontraba entre sus facultades.

6.3.5 De la revisión del Acuerdo, se identifica que de acuerdo con los artículos 10, 36 y 38, el Tribunal de Méritos y Oposición tiene cuatro facultades, entre las cuales, se encuentran: declarar ganador del concurso, elaborar el acta final, descalificar a los postulantes y declarar desierto. Es decir, no tiene entre sus facultades reconocer puntos por mérito adicional. Por tanto, el Tribunal no debía aplicar el artículo 35 del Acuerdo. En consecuencia, se rechaza el cargo.

6.3.6 Finalmente, en virtud de que se ha aceptado el recurso por la causal quinta del artículo 268 del COGEP (párr. 6.1.13, 6.2.9 y 6.2.18 ut supra) y en aplicación del artículo artículo 273, numeral 3 ibidem, se emite en su lugar la sentencia de mérito, bajo las consideraciones que a continuación se detallan:

7. Sentencia de mérito

7.1 Por regla general, la competencia de los jueces casacionales se limita a revisar la corrección jurídica en el ámbito de la legalidad sin que puedan valorar las pruebas por corresponder a la facultad privativa de las instancias previas [Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019].

7.2 Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado lo siguiente con relación a la facultad establecida en el artículo 273, numeral 3 del COGEP:

> (…) cuando la Corte Nacional emite una sentencia de mérito corresponde a la misma Sala Especializada de Casación dictar una sentencia sustitutiva enmendando el error de la judicatura inferior, y de ser necesario, valorar correctamente la prueba que obra de autos. [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 525-14-EP/20, 8 de enero de 2020, párr. 42; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 550-14-EP/20, 27 de febrero de 2020, párr. 27]

a. Demanda y contestación a la demanda y excepciones.

7.3 Respecto de la parte descriptiva de la demanda y la contestación a esta, así como de la resolución de excepciones, en el considerando segundo de la sentencia impugnada, esta Sala hará uso de la figura conocida como motivación por remisión o per relationem, como una forma de razonamiento judicial, misma que ha sido expresamente atendida y reconocida por la Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia No. 1898-12-EP de 4 de diciembre del 2019. Caso No. 1898-12-EP, párr.

29]. En tal marco, este Tribunal replica las consideraciones del TDCA por encontrarlas adecuadas y pertinentes.

b. Consideraciones de la Sala

7.4 Para el examen de la prueba relevante para resolver, también se hará uso de la motivación per relationem, considerando lo desarrollado en el considerando QUINTO, de la sentencia subida en grado.

7.5 Con fundamento en los artículos 300 y 313 del COGEP, esta Sala realizará control de legalidad de las actuaciones administrativas vinculadas con la declaratoria de ganador emitida por el Tribunal de Méritos y Oposición, de 31 de enero de 2019. En tal escenario, se advierte lo siguiente:

7.6 El accionante participó en un concurso de oposición y méritos para el cargo de "Analista de Servicios General I" del GADP del Cañar, en el cual resultó como ganadora "PESANTES VINTIMILLA MARÍA XIMENA" y el demandante como inmediato elegible. Para el puntaje final, conforme al artículo 35 del Acuerdo Ministerial No. 222, de 26 de noviembre de 2014 [R.O. Suplemento No. 383], debían sumarse el puntaje de las fases del proceso de oposición, más el "puntaje adicional por acciones afirmativas y/o mérito adicional". No obstante, según relata el demandante, no se habría sumado el mérito por instrucción formal, por haber obtenido un título de cuarto nivel afín al puesto requerido. Por lo que, en esa fase del concurso, impugnó ante el administrador del concurso [fjs. 23], el cual le respondió que su "reclamo no aplica, debido a que la maestría no es afín al perfil requerido…por lo que no se considera un mérito adicional" y además, que "las apelaciones se realizan a través de la plataforma tecnológica de la red socio empleo" [fjs. 39].

7.7 Ahora bien, de la revisión de las normas que rigieron el concurso, este Tribunal observa que, respecto del mérito por instrucción formal, previsto en el literal a) del artículo 33 del Acuerdo Ministerial No. 222, no existe claridad en cuanto a la forma y el momento de su impugnación. Ello, debido a que, según el artículo 35 del Acuerdo Ministerial No. 222, debería computarse para el puntaje final, lo cual ocurre, posterior a la fase de méritos y oposición. Esta situación nos lleva a considerar dos posibilidades de impugnación: 1. En alguna de las fases previas (méritos y oposición), de tal manera que, al momento de realizar la sumatoria, ya se encuentre rectificado, en caso de haber algún error; o, 2. Cuando se compute para determinar el puntaje final, esto es, luego de las fases de méritos y oposición.

7.8 El contenido del artículo 33 ibidem nos podría llevar a pensar que debe realizarse en la fase de méritos, por cuanto prevé que el mérito de instrucción formal debe reconocerse al momento de la postulación. No obstante, según la disposición general décimo segunda, únicamente los méritos adicionales de los literales b) y c) (experiencia en la Red Pública Integral de Salud y experiencia en la institución), así como los del régimen especial de galápagos, se computan en la fase de mérito, de tal manera que los postulantes cuenten con la puntuación adicional antes de las pruebas técnicas y psicométricas. Con lo cual, se excluye, explícitamente, al literal a) ibidem, el cual determina, justamente, el mérito por instrucción formal.

7.9 Pero incluso, más allá de la oscuridad de estas disposiciones jurídicas, si consideramos que el mérito por instrucción formal debía computarse en la fase de méritos, el Acuerdo Ministerial No. 222 no determina claramente si sobre los méritos adicionales procedía algún tipo de impugnación, pues si bien según el artículo 11 ibidem, el Tribunal de Apelaciones conoce y resuelve sobre las apelaciones en fase de méritos, posteriormente, el artículo 19 del mismo acto normativo (regulación sobre la fase de méritos) dispone que la apelación procede respecto de los resultados de los postulantes que no superaron la etapa de mérito y, como es lógico, los méritos adicionales son puntajes extras, que no son necesarios para proseguir en el concurso.

7.10 Todas estas circunstancias provocaron que el accionante no pueda saber, fuera de dudas, en qué momento y ante quien interponer su necesaria impugnación, pues resulta evidente que debía obtener una respuesta a si su título era o no afín al puesto, a tal punto que, no habiendo normas comprensibles, lo hizo ante el administrador del concurso quien, luego de rechazar su petición, manifestó que otro debía resolver la impugnación, haciendo alusión al procedimiento contenido en el Acuerdo Ministerial No. 222; en el cual, precisamente, no había claridad suficiente en las disposiciones sobre la impugnación del mérito adicional por instrucción formal.

7.11 En consecuencia, la oscuridad del Acuerdo Ministerial No. 222, en relación con la impugnación del mérito por instrucción formal, provocó tal confusión en el administrado, que lo llevó, en su estado de incomprensibilidad de la norma técnica, a impugnar directamente ante el administrador del concurso, fundamentándose en el artículo 76.7, m) de la CRE. Ello, a criterio de esta Sala, no permitió que se realice un adecuado

conocimiento de su impugnación, lo cual genera un vicio en la actividad administrativa, más allá de que el administrador sí respondió que su título no era afín al puesto requerido. No obstante, al no encontrarse este vicio entre los que causan nulidad absoluta [COA, art. 105], corresponde declarar la ilegalidad del acta de declaratoria de ganador emitida el 31 de enero de 2019, por el Tribunal de Méritos y Oposición del concurso de méritos y oposición, respecto de la parte resolutiva, en el numeral 1, segundo párrafo, que establece: "…a su vez se declara como inmediato exigible del mismo puesto a: QUINTEROS ROMERO FAUSTO ALBERTO con cédula No. 0301500435; quien obtuvo la calificación de 93.66/100".

7.12 Sobre lo dicho es importante referirse al derecho a la buena administración, el cual en palabras de Jaime Rodríguez-Arana es un derecho ciudadano, un derecho fundamental, debido a que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático. En una democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular de los ciudadanos. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general [Jaime Rodríguez-Arana, "El derecho fundamental a la buena administración. En la constitución española y en la unión europea" Revista Gallega de Administración Pública, n.o 40 (2010): 251].

7.13 El derecho a la buena administración fue recogido en la Carta Europea de los Derecho Fundamentales de diciembre de 2000 en el artículo 41, el cual, en su parte fundamental, señala lo siguiente:

> *…2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente…*

7.14 Este derecho está revestido de mucha importancia porque reconoce la naturaleza de los procedimientos contencioso administrativos en forma general: procesos de carácter contradictorio en el cual -especialmente en procedimientos sancionadores o de restricción de derechos- hay una parte que impone una multa, sanción o consecuencia, y otra que sufre las consecuencias de dicha decisión, y que tiene todo el derecho de defenderse interponiendo los recursos necesarios y recibiendo una respuesta a dichos recursos.

7.15 Del mismo modo, debemos tomar en consideración el principio del informalismo o formalismo moderado a favor del administrado, principio rector del procedimiento administrativo que tiene en cuenta que cuando el Estado ejercer sus labores, no se comunica con personas de vastos conocimientos jurídicos y técnicos, sino con ciudadanos de conocimientos promedios, cuyos derechos no pueden verse afectados por exagerados tecnicismos que contribuyan a una incomprensión por parte de los administrados. Cabe mencionar que este principio también se encuentra positivizado en el artículo 3 número 6 de la Ley Orgánica para la tramitación y eficiencia de los trámites administrativos.

7.16 En atención a ello, el derecho a la buena administración implica, entre otras cosas, los administrados sean escuchados previo a la toma de decisiones, y en conjunto con el principio del informalismo, no pueden existir formalidades que impidan de manera irrazonable que el ciudadano sea oído previo a la toma de una decisión; máxime si esos obstáculos provienen de un diseño de procedimiento poco claro y confuso como en el presente caso.

7.17 A fin de evitar efectos nocivos de una regulación procedimental oscura, la Administración pública tiene el deber de salvaguardar a los ciudadanos de todos los obstáculos irrazonables a ejercer su derecho a ser escuchados, más aún en asuntos que pueden incidir en sus derechos e intereses legítimos. Por ello, correspondía a la Administración presentar al administrado un panorama claro de cómo se iba a desenvolver el concurso en el que estaba participando, y los momentos precisos en que podía impugnar las decisiones intermedias del concurso.

7.18 En esa misma línea de interpretación, es importante invocar el artículo 205 del COA que, en lo esencial, dispone que: "El acto administrativo expresará la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión de la persona interesada, los recursos que procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que deban presentarse y el plazo para interponerlos" (énfasis añadido). Sea que nos encontremos en un acto definitivo o una actuación de trámite en el procedimiento administrativo, la Administración tenía la obligación de informar al ciudadano la forma en que debía proceder la impugnación por no haber otorgado el mérito de instrucción formal, pues ello ocasionó que éste

yerre, según el propio administrador del concurso, en el órgano y cómo debía impugnar.

7.19 Por otra parte, es importante considerar que el artículo 186 del Reglamento a la LOSEP prevé que, obligadamente, las instituciones deberán conformar tribunales de apelaciones dentro de los concursos de méritos y oposición. En tal marco, esta Sala estima que, esta obligación debe ser, necesariamente, interpretada en una garantía de los administrados, en el sentido de que, por lo menos, deben preverse impugnaciones en cada una de las fases del concurso (méritos y oposición) y, especialmente, para las etapas en las cuales se emitan decisiones sobre puntajes, en la medida en que, estos pueden estar sujetos a errores por parte de la Administración. De esta forma, se garantiza la idoneidad, capacidad y conocimiento del ciudadano que ingresará a la carrera del servicio público.

7.20 En cuanto a que presuntamente el título registrado por el accionante sí sería afín al puesto para el cual se encontraba concursando, cabe manifestar que existen dos informes técnicos que contienen conclusiones totalmente diferentes. El primero, que fue realizado por el Ministerio del Trabajo, utilizó una Clasificación Internacional Normalizada de la Educación [CINE, 1997], de la cual se concluye que el título de "Magister en Administración de Negocios" está registrado dentro del área "Ciencias Sociales, Educación Comercial y Derecho" y como subárea "Educación Comercial y Administración" [fjs. 111-119]. Por su parte, el GADP de Cañar, consideró la Resolución No. 289-2014, emitida por el Consejo de Educación Superior, en la cual no se incluye a la "Maestría en Administración de Negocios", como campo específico y campo detallado, dentro del campo amplio de Administración [fjs. 122-127].

7.21 Bajo tal escenario, al no existir criterios que permitan concluir con probabilidad rayana en la seguridad que, en efecto, la maestría en administración de negocios es un título afín al campo amplio de "Administración", considerando que en la norma específica emitida por el órgano encargado de la Educación Superior en el Ecuador (CES), en el campo detallado de "Administración", no consta un programa de "Maestría en Administración de Negocios", aunque sí uno de "Administración de Empresas", esta Sala no puede estimar, sin un informe técnico del órgano en mención, que estamos ante una maestría equivalente y, en consecuencia, decidir si es afín al cargo pretendido por el accionante.

7.22 De esa forma, al existir informes contradictorios que clasifican la maestría de administración de negocios en diferentes campos y que el puesto al cual postuló el accionante es de Analista de Servicios Generales 1, este Tribunal no puede concluir que la maestría es afín al puesto, por tanto, no puede decidir sobre este particular.

7.23 En mérito de lo expuesto, toda vez que se declaró la ilegalidad de la actuación administrativa y sus efectos son únicamente hacia el futuro -ex nunc-, se rechazan las pretensiones de retrotraimiento del concurso de oposición y méritos, que se declare como ganador de éste, que se otorgue nombramiento definitivo y que se paguen las remuneraciones dejadas de percibir, más los beneficios legales. Además, se debe considerar que, en la acción subjetiva la pretensión gira en torno a la tutela de un derecho subjetivo que el accionante alega como negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto que se impugna. Así, "en este tipo de proceso, es exigencia ineludible que el actor invoque en su favor un derecho subjetivo, pues precisamente se trata de una vía que tiende a su protección" [Juan Carlos Benalcázar, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano (Quito: Andrade y Asociados, 2007) 186].

7.24 Por tanto, tomando en cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa tiene la obligación de reparar el derecho subjetivo lesionado y considerando los estándares de reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como es el principio de equidad, lo cual "responde a la aplicación de prudencia y razonabilidad [Jacqueline Pinacho Espinosa, El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019) 77] [Corte IDH, "Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 161], en equidad, se ordena el pago de doce salarios básicos unificados del trabajador en general. Finalmente, estimando que no fue declarada la nulidad, no corresponde que a este monto se le descuenten los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado sus servicios en otra institución del Estado.

8. Decisión

8.1. En mérito de lo expuesto, este tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta

parcialmente el recurso de casación interpuesto por Fausto Alberto Quinteros Romero, y por lo tanto, decide casar la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021, a las 16h02, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.

8.2 En virtud del artículo 273.3 del COGEP, se acepta parcialmente la demanda presentada y, en consecuencia, se declara la ilegalidad del acta de declaratoria de ganador emitida el 31 de enero de 2019, por el Tribunal de Méritos y Oposición del concurso de méritos y oposición, conforme consta en el párrafo 7.11 ut supra y se ordena que el GAD Provincial del Cañar pague al actor doce salarios básicos unificados del trabajador en general. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL** DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En el presente caso se acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por Fausto Alberto Quinteros Romero, y, por lo tanto, decide casar la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021, a las 16h02, por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, debido a que, se configuró el vicio de aplicación indebida del artículo 11 y de las disposiciones generales quinta y décima segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0222. En ese sentido, se dicta la sentencia de mérito, mediante la cual se acepta parcialmente la demanda y, en consecuencia, se declara la ilegalidad del acta de declaratoria de ganador emitida el 31 de enero de 2019, por el Tribunal de Méritos y Oposición del concurso de méritos y oposición y se ordena que el GAD Provincial del Cañar pague al actor doce salarios básicos unificados del trabajador en general.

VOTO SALVADO

Juicio No. 01803-2019-00253

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 8 de abril del 2024, las 16h34. **01803-2019-000253**

VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL PATRICIO SECAIRA DURANGO, DENTRO DEL RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO EN EL PROCESO JUDICIAL No. **01803-2019-000253.**

VISTOS: Me aparto de la resolución de mayoría, por las razones siguientes:

PRIMERO: El recurso de casación ha sido interpuesto por la parte actora del juicio de instancia; y, admitido por la Conjueza Nacional por la causal quinta del artículo 268 del COGEP; por los vicios de falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación de las disposiciones normativas que referimos a continuación:

1.1 POR INDEBIDA APLICACIÓN del artículo 11 y disposiciones generales: quinta y duodécima. del Acuerdo Ministerial MRL-2014-0222, que contiene la Norma Técnica del Sistema de Selección de Personal.

A)) El Artículo 11 refiere la competencia del Tribunal de Apelaciones del concurso de merecimientos y oposición para conocer las apelaciones de los resultados de la fase de méritos y de las pruebas técnicas (oposición); por consiguiente la aplicación de la norma es correcta, ya que, de conformidad al artículo 19 del mismo acuerdo las oposiciones a los resultados de cada fase deben ser recurridas al término de cada una de esas fases, sea que hayan superado o no la de méritos; incluidos los denominados méritos adicionales.

En consecuencia, si el recurrente formuló su reclamación en sede administrativa fuera del tiempo establecido para ese efecto, relativo a la fase de merecimientos para que se le reconozca puntaje adicional que modificaría su puntaje de merecimientos, lo hizo cuando su derecho había precluido y, eso es lo que el Tribunal de instancia

ha dejado establecido; por lo que, el recurso por este vicio es improcedente.

B)) Respecto a la **indebida aplicación** de las disposiciones generales QUINTA y DUODÉCIMA del mismo Acuerdo Ministerial 2014-0222.

La disposición quinta, regula el régimen de beneficios que contiene el artículo 37 del Rgto a la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, que refiere el derecho de que en los concursos de merecimientos y oposición para ocupar cargo vacante en las Islas, en un primer momento solo se califica a postulantes que sean residentes en las islas que hayan registrado el carné de residencia en la Hoja de vida en la postulación, siempre que en la Bolsa de Empleo del Consejo de Gobierno que cumplen el perfil y requisitos para ocupar el cargo.

Que pueden haber postulantes residentes o no y, de ser el caso, pueden postular las personas que cumplan los perfiles para el cargo y como acción afirmativa se otorgan 6 puntos a los residentes y hayan registrado el carné en la hoja de vida, al postularse.

La disposición duodécima, señala que ese mérito adicional se ha de computar en la fase de mérito de manera que cuenten con el puntaje antes de las pruebas técnicas y psicométricas.

Por consecuencia, si el recurrente, en sede administrativa, luego de recibir la calificación obtenida en la fase de méritos, conoció que no se le asignó el puntaje que, como acción afirmativa, le debía ser reconocido en esa fase, tenía a su disposición el uso de un mecanismo reclamatorio que, por apelación, debió ser accionado para que el Tribunal de Apelaciones, conozca el caso.

Así establece esa normativa, regulada también en el artículo 11 y 19 del mismo Acuerdo Ministerial; recurso que no ha sido formulado por el accionante, luego de la calificación de los méritos, haciendo que precluya su derecho al reconocimiento de ese derecho. No procede por tanto el cargo respecto a las dos normas analizadas.

1.2 POR FALTA DE APLICACIÓN. Alega el casacionista que la sentencia está viciada por la falta de aplicación de los artículos 19, 31 y 35 del Acuerdo Ministerial que se viene citando; normas que pertinentemente se refieren a:

Al ejercicio del derecho a recurrir en apelación, en fase de méritos, dentro del día hábil posterior a la fecha en que se ha notificado el resultado de la verificación de esos méritos; para que, dentro del día siguiente, se comunique al Tribunal ese reporte, para que proceda a su trámite (Art. 19).

El artículo 31 refiere la estructura del puntaje tentativo final de la fase de oposición, refiriendo el que corresponde a las pruebas técnicas, psicométricas y entrevista; puntaje al que debe sumarse el que corresponde como acciones afirmativas y/o de mérito adicional.

Finalmente (Art. 35), en cuanto al puntaje final, se dispone que se registrará el tentativo final más los adicionales referidos, que se hayan otorgado al postulante que refieren los artículos 32 y 33 del Acuerdo Ministerial; resultados que se notifican a los 5 mejores puntuados para que presenten los documentos de sustento de la información que refiere la hoja de vida dentro de 2 días, para su revisión; en caso de que se omita presentar algún documento se descalificará al postulante en el evento de que ello afecte su puntuación o se verifique que no cumple con el perfil requerido. De haber varias partidas se las distribuirá a los mejores puntuados.

Respecto del vicio en análisis, debe de manera inicial señalarse que, la causal quinta del artículo 268 del COGEP, refiere la potencial existencia de vicios in judicando juris, relativos a la violación de normas de orden sustantivo; de modo que, los vicios que refieren violaciones de normas procesales o de valoración de la prueba, detectados en las decisiones judiciales materia del recurso de casación no corresponden a la causal admitida.

En la especie, es evidente que los artículos 19, 31 y 35 del Acuerdo Ministerial 2014-0222, son evidentemente normas de orden procesal que no pertenecen al ámbito regulado por la causal quinta invocada; de manera que no cabe el análisis de estas disposiciones que no pertenecen a la naturaleza de la causal referida; razón por la cual, el recurso por este extremo es improcedente.

A lo anterior ha de abonarse que el modo de infracción de falta de aplicación, viene hermanado, en el recurso, de la denuncia de indebida de aplicación de las normas referidas anteriormente; por consiguiente, al haberse determinado la improcedencia del primer vicio, el segundo (falta de aplicación), ha perdido la proposición jurídica completa.

1.3 POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN: Sobre este modo de infracción, el casacionista sostiene que el Tribunal ha interpretado inadecuadamente, el literal a) del artículo 33 del Acuerdo Ministerial 2014-0222, que refiere al mérito adicional y, al procedimiento que debe observarse para su asignación; determinado la norma que, luego de calcular el puntaje de acción afirmativa, con sustento en la información que obra de la hoja de vida, establecerá el reconocimiento

del mérito adicional, otorgando el puntaje que se acredite por instrucción formal y/o experiencia adicional requerida. Establece la norma en su letra a), que en caso de instrucción formal, se reconocerá al postulante tres puntos adicionales, cuando habiendo registrado en su hoja de vida, el título inscrito en el SENECYT, de nivel superior al requerido, siempre que sea afín al área del perfil del puesto requerido.

El casacionista sostiene, basándose en la indebida aplicación de la quinta y duodécima disposición general del Acuerdo Ministerial MRL-2014-0222, que no se refieren al caso específico., lo cual también ocurre con las letras b) y c) del artículo 33 citado; en tanto que el contenido de la letra a), de ese artículo, es pertinente al caso al otorgar puntaje adicional a la instrucción formal afín al cargo; norma que la estima erróneamente interpretada.

La sentencia recurrida, en el subnumeral 6.3.3 transcribe el contenido del literal a) del artículo 33, estimando que: "…de sentirse el actor perjudicado por la omisión en la asignación del puntaje de ese mérito adicional que dice le asiste, indefectiblemente debía proceder, correlacionando la disposición en análisis, contenida en el artículo 11 del propio acuerdo en comentario, en donde, al regular lo referente a los Tribunales de Apelaciones, se establece que es precisamente este…" el órgano encargado de conocer y resolver las apelaciones por parte de las y los postulantes **en la etapa de mérito** y sobre los resultados de las pruebas de conocimientos técnicos…."; concluyendo que el accionante no recurrió administrativamente dejando que precluya su derecho para ese objeto, determinando que la Administración aplique lo que dispone el artículo 36 de ese mismo Acuerdo. Sin embargo, de que la norma (Art. 33,a)), ha sido aplicada por los juzgadores de instancia, en el contexto del análisis general del fallo, formulan una interpretación adecuada de la disposición, al remitirse también a la aplicación de otras normas jurídicas; de modo que, en la especie el casacionista no ha logrado establecer que el vicio que sostiene, afecta la legalidad de la sentencia reprochada, tenga tal magnitud o trascendencia que haya sido determinante en la decisión tomada por el juzgador de instancia; en consecuencia, se desestima el recurso por la causal y vicio analizado.

SEGUNDO: Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de casación propuesto por el ciudadano Fausto Alberto Quinteros Romero, consiguientemente NO CASA la sentencia recurrida. NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

f) DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL** DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**

VI

Juicio Nro. *01803-2021-00224*
Fecha: *martes 23 de abril de 2024, las 12h47*

TEMA: El reclamo se sustenta en el derecho de reversión, amparándose en el caso quinto del Art. 268 del COGEP, la Sala desestima el recurso por falta de sindéresis en la errónea interpretación e incoherencia en los argumentos.

SÍNTESIS

La Sala efectuó un análisis respecto de la demanda de reversión del bien inmueble declarado de utilidad pública por la SENESCYT, por el presunto incumplimiento de los fines para lo cual fue expropiado el bien, con la tesis que no se ha ejecutado la construcción de la edificación. El Tribunal ad quem, al resolver el caso, no encontró incumplimiento por parte la entidad demandada relativo al destino del bien expropiado, ya que la accionante no ha demostrado que dicho bien inmueble haya sido distraído del fin para el cual fue expropiado, al contrario las pruebas aportadas se refieren a las gestiones efectuadas por la entidad demanda para alcanzar el objetivo para el cual fue expropiado, dentro del plazo que prevé la Ley; es decir, se evidencia que se ha mantenido el destino del bien afectado. La Sala estimó que el derecho de reversión debe entenderse en el marco que ha trazado el legislador para que pueda hacerse efectivo, y conforme al cual debe actuar el juzgador cuando se reclame por parte de quien fue el titular del bien expropiado. Este marco delimita sus presupuestos para la reversión en el destino del bien expropiado y el tiempo en que debe cumplirse ese destino; por tanto, es indiscutible que la realización de actividades encaminadas a cumplir la finalidad previamente fijada en la afectación del bien inmueble, serán entendidas como parte del destino del bien inmueble expropiado, de modo que no se justifica la reversión cuando no se ha cambiado el destino del bien expropiado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01803-2021-00224

Juez Ponente: Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 23 de abril del 2024, las 12h47.

VISTOS: Avoco: Por sorteo de ley de 13 de diciembre de 2023, avocamos conocimiento de la presente causa signada con el No. **01803-2021-00224**, asignada a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, integrada por los Jueces: **a)** Dra. Hipatia Ortiz Vargas, designada como Jueza Nacional Temporal de la Corte Nacional de Justicia[1] (ponente) en reemplazo del ex Juez Nacional abogado Fabián Racines, por haber concluido su período en febrero de 2024; **b)** Dr. Milton Velásquez Díaz, designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia[2]; y, **c)** Dr. Iván Larco Ortuño, designado Juez Nacional encargado de la Corte Nacional de Justicia[3]; y, siendo el estado de resolver el recurso de casación propuesto, y para ello se considera:

[1] Oficio No. 147-SG.CNJ-2024 de 08 de febrero de 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual se encarga el despacho del doctor Fabián Racines Garrido, ex Juez Nacional

[2] Consejo de la Judicatura, Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021

[3] Consejo de la Judicatura, Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional encargado.

I. Antecedentes procesales

1. El Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca, en adelante TDCA, expidió sentencia el 25 de abril de 2023, las 10h07, dentro de la causa signada con el No. **01803-2021-00224**, promovida por la compañía CORPORACION AUSTRAL DE EXHIBICIONES, COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA-CADECEM en Liquidación, en contra de la SECRETARIA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN (SENESCYT), y del Procurador General del Estado.

2. La accionante señaló en su demanda que, fue propietaria del inmueble denominado "YANUNCAY" ubicado en la parroquia Sucre del cantón Cuenca, el cual fue declarado de utilidad pública por la SECRETARIA DE EDUCACION SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGIA E INNOVACION, SENESCYT, en fecha 21 de octubre de 2014, mediante Resolución No. 2014-001 con el objetivo de construir un Instituto Tecnológico Superior de tipología "B"; por lo que de mutuo acuerdo acordaron celebrar la escritura de transferencia de dominio del bien inmueble, por expropiación a favor de la SENESCYT, por un valor de seis millones quinientos veinte y ocho mil seiscientos veinte y tres dólares con noventa y nueve centavos $6.528.623,99 USD, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

3. Precisó la demandante que a partir del 28 de abril de 2016, fecha de inscripción de la escritura de transferencia de dominio en el Registro de la Propiedad, han transcurrido más de dos años, sin que la entidad demandada destine el bien a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública y de interés social, por lo que le asiste el derecho a pedir su reversión; acorde con el cual solicitó la restitución de dominio respectiva, y se determine de ser el caso el valor de los intereses de ley hasta la fecha de la presentación de la demanda, para cumplir con el pago del precio recibido como indemnización por la expropiación.

4. El TDCA en sentencia emitida el 25 de abril de 2023, las 10h07, resolvió en los siguientes términos: *"…declara sin lugar la demanda por improcedente. Sin costas.- Notifíquese."*.

5. La compañía CADECEM en liquidación, parte actora del juicio, ha interpuesto recurso de casación, en contra de la prenombrada sentencia, por los casos Segundo y Quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, "COGEP"

6. El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia,luego del trámite de aclaración y ampliación del recurso de casación interpuesto, y recibida la respuesta de la recurrente, mediante auto de 12 de octubre del 2023, las 13h48, admitió a trámite el recurso de casación.

7. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP, el 28 de febrero del 2024, a las 15h00 se llevó a efecto la audiencia de sustentación del recurso de casación, la cual fue suspendida para la deliberación y alcanzar la decisión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 93 del COGEP, reinstalándose el 15 de marzo de 2024 a las 09h00, en la cual por unanimidad se resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la compañía CADECEM, al tenor de las consideraciones que se exponen a continuación:

II. Competencia

8. La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primernumeral del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo sucesivo CRE; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 266 del COGEP.

III. Validez procesal

9. En la tramitación del recurso de casación se han respetado las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, cumpliendo las formalidades y solemnidades que son inherentes a este recurso, además ninguna de las partes procesales ha manifestado observación alguna a la fase de sustanciación del recurso de casación; consecuentemente, se declara la validez procesal.

IV. Fundamentación del recurso de casación

10. El casacionista (CADECEM) presentó oralmente el sustento de los casos Segundo y Quinto, en que fundamentó su memorial casacional, y en lo medular argumentó con cargo al caso segundo del artículo 268 del COGEP, reprochó a la sentencia del Tribunal inferior, que no cumple con el requisito de motivación, transgrediendo el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, "CRE"; afirmando que:

> *(…)* En la especie, la motivación de la sentencia recurrida es deficiente en cuanto dicha **MOTIVACIÓN ES INSUFICIENTE,** es decir, no analiza el contexto de la completitud de la norma en relación a los hechos del caso; y es además **APARENT**E, al sufrir del **vicio**

motivacional de incoherencia, pues en la fundamentación fáctica que realiza el Tribunal existe una contradicción entre los enunciados que las componen – sus premisas y conclusiones(incoherencia lógica).

11. Sobre la deficiencia motivacional por insuficiencia, explica la recurrente que la sentencia queimpugna no subsume los hechos del caso al artículo 58.7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, "LOSNCP", norma que indica prevé la reversión si en el plazo de dos años desde la inscripción de la transferencia de domino en el registro de la propiedad no destina el bien inmueble expropiado a los fines de la declaratoria pública, y al respecto se centra en señalar que:

- El TDCA no analiza el contexto de "la completitud de la norma en relación a los hechos del caso", que todas las gestiones realizadas por la SENECYT y por el PRETT, son entendidas por el tribunal para cumplir con el destino del bien expropiado, pero en realidad son posteriores al vencimiento del plazo de 2 años que contempla la ley, para que opere el derecho de reversión. Por lo que, no deberían ser consideradas por el tribunal, para ser parte de una motivación suficiente, pues desconocen la relación que debe existir entre lo que manda la norma y los hechos del caso.

12. En cuanto a la acusación de **incoherencia motivacional**, la recurrente se remite a los considerandos 8.5. y 8.6 del fallo impugnado, en los cuales indica que el TDCA:

- Acepta que el PRETT es una entidad que se constituyó y adquirió la competencia para el desarrollo del proyecto, que motivó la expropiación, que según la recurrente fue con posterioridad al 28 de abril del 2018, esto es, después de los dos años de la legalización de la escritura de transferencia de dominio.
- Pretende justificar el rechazo de la demanda, admitiendo que el PRETT ha realizado gestiones tendientes a destinar el inmueble materia de la litis a los fines de la declaratoria de utilidad pública, sin considerar que fueron cumplidas entre 2019 a 2021.
- Razonamiento que la recurrente considera incoherente porque las premisas y la conclusión son incompatibles, en virtud de que el PRETT, como órgano administrativo fue creado luego de vencido el plazo de dos años que manda la ley, para cumplir del destino del bien expropiado; y, que las gestiones que realizó aquel órgano superaron en exceso de dicho plazo.

13. En cuanto al caso Quinto del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 58.7 de la LOSNCP alega que este yerro se produciría porque en su criterio:

- Para que la reversión, prevista en la mencionada norma, no opere la SENESCYT debió haber destinado el inmueble, es decir, ocupado, usado, realizado algún tipo de obra en el inmueble expropiado tendiente a la CONSTRUCCIÓN de un Instituto Tecnológico de tipología B dentro del plazo de los dos años comprendidos entre el 28 de abril del 2016 hasta el 28 de abril del 2018; si no lo hizo, es decir, si no usó/ocupo el inmueble para la construcción de un Instituto Tecnológico de tipología B, DENTRO DE ESE PLAZO, entonces ha operado la reversión a favor de su titular de dominio.
- El Tribunal yerra al interpretar que cualquier acto posterior al 28 de abril del 2018 puede ser considerado como válido para justificar que, sí se ha destinado el inmueble en el plazo perentorio otorgado por la ley.
- Además, imputa falta de tutela judicial por no sujetarse a la realidad de los hechos y lo establecido en la norma jurídica, refiriéndose al supuesto crédito con el BEI que a consideración del Tribunal constituyen gestiones y actividades desarrolladas para cumplir con el fin expropiatorio, y que venció en marzo de 2023, y que la construcción de instituto no se ha aprobado ni iniciado, menos aún concluido, lo que revela claramente que la decisión judicial dictada se aleja de la imparcialidad.

14. Contestación del accionado (SENESCYT) del juicio de instancia: La SENESCYT y PRETT al contestar el recurso puntualizó que:

- La exposición de la recurrente no es compatible con el contenido del caso segundo, señaló que lo que presenta es una interpretación de la norma aplicada, además, que la casacionista cuando refiere que el tribunal de instancia habría omitido resolver sobre el tiempo que ha transcurrido sin que la entidad demandada destine el bien al fin para el cual fue expropiado, se estaría refiriendo a otro caso, el tercero del artículo 268 del COGEP.
- Respecto del caso quinto, los demandados sostuvieron que toda gestión encaminada

al objetivo del inmueble, materia la declaratoria de utilidad pública, implica que se está destinando al fin por el cual fue expropiado dicho inmueble, por lo que la interpretación del recurrente es extensiva ya que la norma cuando señala "destinar" no debe entenderse como construir, que hay que observar que se han realizado gestiones destinadas al fin propuesto, y no solo observar el elemento constructivo, y además que las gestiones no fueron diversas a lo que fue destinado el bien afectado.

V. PROBLEMAS JURIDICOS

15. En la presente causa son dos los problemas jurídicos a resolver en estricta vinculación a los dos yerros de casación admitidos, así determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en los vicios de:
15.1. Deficiencia motivacional por insuficiencia por falta de subsunción de los hechos al derecho; y por apariencia en el subtipo de incoherencia lógica por contradicción entre las premisas y la conclusión, todo ello con cargo al caso segundo del artículo 268 del COGEP; y,
15.2. Errónea interpretación del artículo 58.7 de la LOSNCP, por no considerar el plazo previsto para acceder al derecho de reversión del bien expropiado, y por atribuir las gestiones realizadas por la demandada como realizadas dentro del plazo legal, con cargo al caso Quinto del articulo 268 del COGEP.

VI. Análisis del tribunal de casación

16. Empezaremos el análisis para resolución del problema jurídico correspondiente al segundo caso **del artículo 268 del COGEP**, cuyo texto reza:

> "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".

17. La recurrente acusa a la sentencia de deficiencias motivacionales, ergo el asunto a estudiar en lacausa, es la motivación que como garantía del debido proceso está consagrada en el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República "CRE"[4] que proclama para su existencia la necesidad de exponer los hechos, el derecho y la explicación de la pertinencia de la norma jurídica al elemento fáctico.
18. En este orden de ideas, respecto a la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado que: "…en ningún caso, supone un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos –incluso de aquellos no relevantes para la decisión ni una agotadora explanación de argumentos y razones, resultando perfectamente posible una fundamentación concreta"[5].
19. Autorizada doctrina enseña que la motivación de una sentencia consiste en:

> "… en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. (…) Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación. El tribunal que deba conocer el eventual recurso reconocerá de la motivación los principales elementos para ejercer su control… La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y excluir lo arbitrario.[6]

20. En el camino de perfeccionar la comprensión y aplicación del requisito de motivación, la Corte Constitucional ha establecido las pautas para determinar la existencia de este requisito en las decisiones del poder público, como garantía de los ciudadanos, y a partir del reconocimiento de que la motivación entraña una estructura de argumentación mínimamente completa[7], indicando que comprende una fundamentación fáctica suficiente (sea o no correcta conforme a los hechos) y normativa suficiente (sea o no correcta conforme al derecho), y para detectar una irregularidad o anormalidad sobre la presencia de estos elementos desarrolla tres tipos de deficiencias, referidos a: inexistencia, insuficiencia y apariencia.

---

[4] Ecuador, Constitución de la República: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:… 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:… l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos….".
[5] Ecuador. Corte Constitucional, sentencia N°. 1128-13-EP/19, caso N°. 1128-13-EP, 10-sep.-2019, p. 25
[6] Fernando de la Rúa. Teoría General del Proceso. Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 146
[7] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 57

21. La recurrente acusa a la sentencia impugnada, precisamente, de los tipos de insuficiencia y deapariencia en el subtipo de incoherencia, por lo que estamos obligados a referirnos a estas deficiencias motivacionales, acorde a la línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional, 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**"[8].

22. Como se indicó el estándar de suficiencia implica la estructura mínimamente completa que conlleva la obligación de: *"i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho."* [9]

23. Ahora bien, la recurrente acusa que, el fallo no se subsume a los hechos del caso, porque no habría considerado que la entidad demandada tenía hasta el 28 de abril de 2018 para destinar el inmueble a los fines previstos en la declaratoria de utilidad pública, que no analizó de forma completa la norma, en relación a los hechos; en razón de que las gestiones de la parte demandada son entendidas por el tribunal para cumplir con el destino del bien expropiado, a pesar de que fueron posteriores al plazo legal.

24. El reproche de la recurrente evidencia su inconformidad sobre el análisis efectuado por el TDCA, que incluye la desaprobación de la recurrente de la estimación de los hechos que, ha considerado probados el juzgador; y que a criterio de la casacionista conduce a una aplicación incompleta de la norma que se empleó para resolver el caso.

25. En este punto cabe relievar que, la obligación del recurrente de exhibir la carga argumentativa, de manera que concrete la insuficiencia mínima fáctica o normativa, no subyace en el desacuerdo del razonamiento del juez; al contrario, cuestionar el razonamiento, significa que la recurrente reconoce que existe una fundamentación mínima, porque alude a la norma en que se funda el juzgador y a la aplicación que ha dado a los hechos, lo que constituye la expresión misma de la motivación; independientemente de que sea o no correcta conforme al Derecho o conforme a los hechos; en este sentido, la Corte Constitucional ha enfatizado que:

> "En lo que concierne a la incorrección de la motivación conforme a los hechos, esta Corte ha señalado que a ella no le corresponde examinar si las apreciaciones fácticas de los jueces ordinarios son correctas o incorrectas, sino únicamente verificar que ellas se encuentren suficientemente motivadas." [10].

26. De igual manera, la Corte Constitucional ha indicado que:

> "Respecto de la incorreción de la motivación conforme al Derecho, esta Corte ha sostenido que "el análisis de motivación de las decisiones judiciales que debe realizar este organismo no guarda relación alguna con la selección, interpretación y aplicación de las leyes al caso concreto."[11].

27. Bajo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional es claro que la motivación no se vulnera si siendo suficiente es incorrecta, y de darse este supuesto el propio sistema jurídico prevé los casos para su impugnación, lo que trasladado a la especie, permite apreciar que la recurrente equivocó su fundamentación al sustentar en el caso segundo, imputando una incorrección en la apreciación de los hechos y del derecho, y sobre este último elemento llega a reclamar el entendimiento de la disposición jurídica contenida en el artículo 58.7 de la LOSNCP, que involucra otro tipo de caso casacional; desnaturalizando el alcance de la deficiencia motivacional por insuficiencia.

28. Tan apartada está la recurrente del vicio de insuficiencia motivacional, que esta Sala verifica que en la sentencia de instancia consta el relato fáctico, en los considerandos PRIMERO: CONTENIDO DE LA DEMANDA y SEGUNDO: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, a partir de los cuales en la consideración QUINTA resuelve las excepciones previas, y en la SEXTA, el objeto de la controversia dirigido a:

> "Determinar la procedencia o no de declarar la reversión de la propiedad del inmueble denominado "YANUNCAY" ubicado con frente a la Avenida México de la parroquia Sucre del

---

[8] Ecuador. Corte Constitucional. Ibidem Sentencia No. 1158-17-EP/21, párr. 69.
[9] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1184-12-EP/19, de 11 de diciembre de 2019, párr. 19.
[10] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 999-12-EP/19 de 26 de noviembre de 2019, párr.. 37.
[11] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.274.13.EP/19, de 18 de octubre de 2019, párr. 47.

cantón Cuenca, provincia del Azuay, Sector de planeamiento S21, en favor de CADECEM; y, la devolución del valor pagado por el bien de $6.528,623,99 USD, más intereses.".

29. Continuando con la revisión de la sentencia impugnada, esta Sala aprecia que el TDCA en el considerando OCATAVO: ANALISIS y MOTIVACION, despliega una cronología de los hechos relativos a la gestión realizada por la parte demandada respecto del inmueble expropiado, para destinarlo al proyecto denominado: "Reconversión de la Educación Superior Pública Técnica y Tecnológica del Ecuador", conforme la declaratoria de utilidad pública de 21 de octubre de 2014, (fojas 13 a 16) cuyos dos artículos disponen:

"**Artículo 1.-** Declarar la utilidad pública del inmueble detallado a continuación, con fines de expropiación urgente y por razones de interés social y nacional, incluyendo todos sus usos, costumbres, derechos y servidumbres para ejecutar e implementar el plan de desarrollo social identificado como el "proyecto de Reconversión de la Educación Superior Pública Técnica y Tecnológica del Ecuador".

Artículo 2.- Construir el Instituto Tecnológico Superior de tipología "B", con capacidad para 3840 estudiantes en el predio mencionado a continuación:…".

30. Considera la inscripción de la escritura de transferencia del bien inmueble afectada, antes referido, realizada el 28 de abril del 2016, conforme el certificado otorgado por el Registro de la Propiedad del Cantón Cuenca (fojas 29 y 30).

31. Detalla la prueba considerada como relevante, en la cual se incluye en los considerandos 8.11,8.13 y 8.14 de la sentencia a:

- Estudios de Topografía y Mecánica de Suelos: consta Acta de Aceptación de la primera fase denominada <<ANTEPROYECTO>> del contrato N°2015060, elaborado el 15 de agosto de 2016,
- Contrato de Financiamiento No. 84092, para el Programa de Institutos Técnicos y Tecnológicos (Ecuador) suscrito el 28 de diciembre de 2016, que incluye al Instituto en la ciudad de Cuenca, y que se mantiene en la modificación de este contrato de 15 de octubre de 2021, y,
- Convenio Subsidiario de fecha 24 de noviembre de 2017, celebrado entre el Ministerio de Economía y Fianzas y la SENESCYT, en el que el Estado transfiere a la entidad ejecutora los recursos, derechos obligaciones especiados en el Contrato de Financiamiento No. 84092, para que sean utilizados exclusivamente en el proyecto: "Reconversión de la educación técnica tecnológica superior pública del Ecuador", por el cual se declaró la afectación del bien inmueble cuya reversión se pretende. fojas 653 vlta.

32. Establece que la norma aplicable a los referidos hechos, es el artículo 58.7 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, que dice:

"**Art. 58.7. Reversión.-** (Agregado por el Art. 5 de la Ley s/n, R.O. 966-2S, 20-III-2017).- En cualquier caso en que la institución pública no destine el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública y de interés social, dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que quede inscrita en el Registro de la Propiedad la transferencia de dominio, el propietario podrá pedir su reversión ante el mismo órgano que emitió la declaratoria de utilidad pública y de interés social o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres años. No cabrá la reversión si el nuevo destino del bien expropiado responde a una finalidad de utilidad pública y de interés social, así declarado previamente por la institución pública. (…)"

33. Concluye que:

"Ha quedado evidenciado en el proceso varias actividades y tareas realizadas por la SENESCYT y el PRETT orientadas a la consecución del objetivo para el que fue declarado de utilidad pública el bien materia de esta controversia, y que no se circunscribe exclusivamente a la ejecución de la infraestructura constructiva del edificio, sino a la articulación de otras gestiones, procesos y proyectos encaminados al fin propuesto, que es integral y de alcance nacional, conforme lo establece el Art. 1 de la Declaratoria de Utilidad Pública ya transcrito. Es de reiterar además de que el predio no ha sido destinado a un propósito distinto o diferente del establecido inicialmente.".

34. En este orden de ideas, esta Sala aprecia que la reflexión del Tribunal de instancia se remite a los elementos fácticos del caso, a los que aplica el artículo 58.7 de la LOSNCP, por considerar la pertinente a los hechos, razonando que las actividades cumplidas han sido dirigidas para la consecución del destino del bien afectado, mediante expropiación, cuando indica que han sido:

"…orientadas a la consecución del objetivo para el que fue declarado de utilidad pública el bien materia de esta controversia, y que no se circunscribe exclusivamente a la ejecución de la infraestructura constructiva del edificio, sino a la articulación de otras gestiones, procesos y proyectos encaminados al fin propuesto, que es integral y de alcance nacional, conforme lo establece el Art. 1 de la Declaratoria de Utilidad Pública ya transcrito…".

35. Es decir, que el TDCA no encuentra incumplimiento por parte la entidad demandada respecto del destino del bien expropiado, ya que la accionante no ha demostrado que dicho bien inmueble haya sido distraído del fin para el cual fue expropiado, al contrario las pruebas aportadas no solo se refieren a las actividades posteriores a 28 abril de 2018, en que se cumple los dos años de la inscripción de la transferencia de dominio en el registro de la propiedad, sino también a gestiones dentro de este plazo, es decir evidencia que se ha mantenido el destino del bien afectado, no solo en el término previsto en el artículo 58.7 de la LOSNCP, y también respecto de actividades posteriores a este plazo, lo que significa que continúa la gestión pública para alcanzar el proyecto que originó la afectación del bien inmueble, reclamado mediante reversión.

36. De modo que el TDCA ha cumplido con presentar una argumentación mínima completa para justificar su decisión, debido a que incluye la fundamentación fáctica suficiente y la fundamentación jurídica suficiente, con la reflexión que demuestra la pertinencia de esta normativa a los hechos relatados, independientemente de lo acertado o equivocado de la decisión, de ahí que el cargo no puede prosperar.

37. En cuanto a la acusación de la existencia de **incoherencia** motivacional, por considerar que hay contradicción entre las premisas del fallo y su conclusión, porque en aquel se acepta que el PRETT se constituyó el 28 de abril de 2018, para que se encargara del desarrollo del proyecto, (objeto de la expropiación), y que según la recurrente esta creación fue después de los dos años de la legalización de la escritura de transferencia de dominio, y que a pesar de ello, el TDCA acepta que las gestiones que realizó el órgano administrativo estuvieron dirigidas a destinar el inmueble, materia de la litis a los fines de la declaratoria de utilidad pública, sin considerar que dichas actividades fueron cumplidas entre 2019 a 2021.

38. Para contextualizar el yerro aludido, siguiendo la jurisprudencia española podemos sostener que la incoherencia lógica demanda que no solo los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable entre sí, sino también con la parte dispositiva o fallo, para no generar incompatibilidad interna, pues de no cuajar tal coherencia se generaría confusión.[12]

39. En nuestro ámbito, la sentencia No. 1158-17-EP /21de la Corte Constitucional [13], presenta el alcance de una incoherencia a partir de los siguientes presupuestos:

"…**74**. 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".

40. En el caso in examine, si bien el recurrente identificó el yerro de incoherencia lógica para sustentar esta deficiencia motivacional, refiere nuevamente al argumento de la aceptación de las gestiones realizadas por el nuevo órgano administrativo después de los dos años de la fecha inscripción de la escritura pública de transferencia en el registro de la propiedad, esto es, a posteriori al plazo previsto en el artículo 58.7 de la LOSCP, lo que generaría un razonamiento incoherente.

41. Esta tesis que, sostiene la casacionista responde a la misma teoría que, utilizó para reprochar insuficiencia motivacional, de modo que en este cargo de incoherencia subyace la acusación de que el Tribunal para justificar el rechazo de la demanda, admitió que el PRETT ha realizado gestiones tendientes a destinar el inmueble materia de la litis a los fines de la declaratoria de utilidad pública, sin considerar que fueron cumplidas entre 2019 a 2021, esto es, muy posterior a abril de 2018, tiempo límite para respetar el destino del inmueble expropiado.

[12] España. Tribunal Constitucional, sentencia No. 3505/1997 FJ 2.
[13] **(SIC)**

42. Así, el vicio presentado carece de sustento propio que lo individualice del ya analizado; situación determinante para encontrar una trascendencia exclusiva que amerite una solución distinta a la ya efectuada sobre la verificación de una argumentación mínimamente completa.
43. De otra parte, la simple alusión a la deficiencia motivacional por incoherencia, permite a la Sala establecer que el fallo de instancia cuenta con una estructura lógica entre la premisa fáctica y la conclusión, independientemente de la falta de justificación de la recurrente sobre la oposición entre los hechos que consideró probados el tribunal con su decisión, toda vez que para esta Sala existe una línea argumentativa coherente respecto de la verificación de las actividades desarrolladas desde la inscripción de la escritura del bien expropiado en el registro de la propiedad, dentro del término del artículo 58.7 de la LOSNCP y en forma posterior.
44. Así, observamos que el TDCA en el fallo, puntualiza que:

> "…8.5 Es preciso señalar que la Entidad Operativa DesconcentradaProyecto de Reconversión de la Educación Técnica y Tecnología (EODPRETT) fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 364, de fecha 9 de abril de 2018, publicado en el Registro Oficial N° 227 de 23 de abril de 2018; siendo sus atribuciones y potestades asignadas mediante Acuerdo Ministerial No. SENESCYT, 2018031, de fecha 4 de mayo de 2018, publicado en el Registro Oficial N° 540 de 14 de septiembre de 2018; otorgándosele competencias a EOD-PRETT para "la ejecución del "Proyecto de Reconversión de la Educación Técnica y Tecnológica Superior Pública del Ecuador", en los ámbitos técnico, administrativo, financiero, de gestión y control.". 8.6 Hoy en día, y a partir de su creación, este nuevo organismo es el que lleva adelante los proyectos de reconversión de la educación técnica y tecnológica superior en el ámbito público del Ecuador.".

45. Es decir, el TDCA aborda los argumentos que consideró relevantes de las partes procesales, sobre los cuales se ha pronunciado que, ciertamente, el EOD-PRETT fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 364 de fecha 9 de abril de 2018, a quien se le ha otorgado competencias para la ejecución del *"Proyecto de Reconversión de la Educación Técnica y Tecnológica Superior Pública del Ecuador", en los ámbitos técnico, administrativo, financiero, de gestión y control"*, y más adelante en el siguiente numeral de manera precisa señala que este nuevo organismo es quien llevará adelante los proyectos de reconvención, continuando con las gestiones realizadas por su antecesor SENESCYT.
46. En esta línea de pensamiento, la mención de la creación del PRETT, el 9 de abril de 2018, mediante Decreto Ejecutivo No. 364, como una entidad operativa dependiente del SENESCYT, que realiza el TDCA da contexto a las actividades cumplidas para el desarrollo del proyecto para el cual fue expropiado el bien inmueble, materia de la acción de reversión, y evidencia una actividad concreta para mantener el destino de dicho bien, cumplida dentro del plazo de los dos años, contados a partir de la inscripción de la escritura pública de transferencia del dominio de aquel bien, que data del 28 de abril de 2016 (Fs. 29), y las de los años siguientes, encontrando que el TDCA mantiene una coherencia lógica entre la premisa fáctica y la conclusión, no existiendo la aludida incoherencia lógica en el fallo interpelado, por todo lo dicho, se rechaza el recurso de casación por este cargo.
47. El otro caso casacional que fue admitido por el Conjuez, es el **Quinto** del Art. 268 del COGEP, el cual prescribe: *"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."*.
48. La doctrina informa que mediante esta causal se imputa a la sentencia de la que serecurre, la violación directa de norma jurídica sustantiva, en razón de que 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"* [14].
49. La causal dice relación a que en la sentencia o auto atacado, se habría infraccionado normas

[14] Santiago Andrade. La Casación Civil en el Ecuador, UASB, Quito, 2005, p. 182

jurídicas de orden sustantivo, provocando un vicio de afectación directa a esa clase de disposiciones jurídicas, que por su calidad de materiales establecen derechos y obligaciones o las limitan; por manera que están lejos de esta causal las infracciones o vicios que se pueden estar presentes y que dicen relación a normas jurídicas de orden procesal o instrumental, que son las que conducen a la aplicación adecuada de las primeras.

50. En este sentido, cuando se invoca esta causal ha de estimarse necesariamente que loshechos no son motivo generador de la conflictividad por presumirse que han sido aceptados por las partes y que se encuentran probados; estando solo en el debate la aplicación de la norma sustantiva a esos hechos; es por eso que se han fijado como modos de infracción, la falta de aplicación, la indebida aplicación o la errónea interpretación de esas normas sustantivas potencialmente infringidas.

51. De los yerros in iudicando in iure referidos, la recurrente se pronuncia por errónea interpretación del artículo 58.7 de la LOSNCP. Ahora, este vicio, como lo sustenta reconocida doctrina consiste en *"…que el texto legal que tiene que aplicarse se prestaba a controversia y que la decisión atacada adoptó una interpretación que la Corte de Casación estima no conforme a su sentido real. No hay pues, aquí, violación del texto de la ley, sino de su espíritu"* [15].

52. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia[16], ha señalado que el yerro interpretativo de norma sustantiva, debe ser examinado bajo la concurrencia de los siguientes supuestos: 1) Que las normas que acusa de mal interpretadas hayan sido aplicadas; 2) El señalamiento en la sentencia, del alcance que dice el recurrente se habría dado por el órgano judicial y el método que lo sustentaría; 3) El sentido que a criterio del recurrente debería ser asignado, con una explicación metodológica; 4) La trascendencia del yerro en la decisión judicial.

53. Ahora bien, el recurrente ratificando en la audiencia oral lo expuesto en su memorial de casación, indica que habría una errónea interpretación del artículo 58.7 de la LOSNCP por parte del Tribunal, porque desconoce completamente el plazo perentorio de dos años para el destino del bien expropiado, y que intenta justificar que el bien inmueble se ha destinado, ocupado o empleado, solamente, con documentos de gestiones realizadas fuera de término y de algunos relacionados con temas académicos que nada tienen que ver con un inmueble.

54. Enfatiza que la SENESCYT no ha materializado de modo alguno el objetivo de la expropiación, porque no fue ocupado, usado ni realizado algún tipo de obra en el inmueble expropiado tendiente a la "construcción" de un Instituto Tecnológico de tipología B dentro del plazo de los dos años comprendidos entre el 28 de abril del 2016 hasta el 28 de abril del 2018; y como lo hizo debe entenderse que ha operado la reversión a favor de su titular de dominio.

55. En el cargo bajo examen es preciso, advertir que la recurrente cuestiona los hechos atribuidos como parte de la gestión realizada, para el destino del bien expropiado, y la falta de construcción del Instituto Tecnológico de tipología B, cuando el caso quinto del artículo 268 del COGEP alegado, no admite ninguna consideración o análisis sobre los hechos, ya que presume la conformidad de los hechos dados por cierto por el juzgador; y, por ello, lo que corresponde debatir en este tipo de caso es la aplicación del derecho.

56. Entonces, se desprende de los argumentos de la casacionista que no establece cuál es el sentido de la norma que estaría equivocado, ni cuál sería la hermenéutica correcta, ni los métodos de interpretación de la ley, que corresponderían a cada hermenéutica; en este orden de ideas, lo que se aprecia es la intención de atribuir un supuesto yerro por la consideración de hechos distintos a la construcción del proyecto, que en su criterio únicamente las actividades de edificación justificarían la aplicación correcta de la norma.

57. Habiendo sido explícita esta Sala, sobre la defectuosa alegación de la recurrente en este caso, a efectos de confirmar si existe una errónea interpretación del artículo 58.7 de la LOSNCP, vemos que la acción contencioso administrativa que originó el presente juicio, está relacionada con el derecho de propiedad en su dimensión social y ambiental, derecho consagrado en el artículo 66 numeral 26 de la CRE, que cede frente a las necesidades o razones de utilidad pública o interés social y nacional, para el desarrollo social, a través de la expropiación, esto

[15] Humberto Murcia Ballén, "Recurso de Casación Civil". Sexta edición. Bogotá-Colombia. 2005, p.123
[16] Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso de Casación No. 11804-2016-00028. Sentencia de 28 de julio de 2021 párr. 4.13.

es, una venta forzada mediante el pago de una indemnización, como lo prevé el artículo 323[17] de la misma Carta Fundamental.

58. Siguiendo esta línea de pensamiento, lo que interesa es el fin de la expropiación[18] no la mera privación de la cosa o derecho en que esta consiste, en otras palabras lo que importa es el objetivo de la expropiación o el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia; por lo que se entiende a la expropiación como un instrumento y no un fin en sí misma, que está siempre en función de una trasformación del bien.

59. La expropiación se realiza a través del procedimiento que se encuentra regulado en detalle en el artículo 58 de la LOSNCP, y que tiende en esencia a garantizar los derechos del sujeto expropiado, entre los que se introduce por primera vez el derecho a la reversión o retrocesión, incorporado en el artículo agregado 58.7 de la indicada ley, mediante la reforma legal que data del 20 de marzo de 2017.

60. Ahora bien, el derecho de reversión debe entenderse en el marco que ha trazado el legislador para que pueda hacerse efectivo, y conforme al cual debe actuar el juzgador cuando se reclame por parte de quien fue el titular del bien expropiado. Este marco delimita dos presupuestos para la reversión: el destino del bien expropiado y el tiempo en que debe cumplirse ese destino, cuando prescribe que:

> "…la institución pública no destine el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública y de interés social, dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que quede inscrita en el Registro de la Propiedad la transferencia de dominio, el propietario podrá pedir su reversión ante el mismo órgano que emitió la declaratoria de utilidad pública y de interés social o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres años. No cabrá la reversión si el nuevo destino del bien expropiado responde a una finalidad de utilidad pública y de interés social, así declarado previamente por la institución pública. (…)"

61. Debido a que el diseño legal es preciso y emplea términos de uso común, no es necesario recurrir a reglas o métodos distintos de interpretación del tenor literal y de las palabras en su sentido natural y obvio, acorde con las primeras reglas de interpretación establecidas en el artículo 18 del Código Civil[19].

62. Siguiendo las reglas citadas, es axiomático que el destino del bien expropiado ya fue establecido al momento de la declaratoria de utilidad pública o de interés social, de modo que lo que pretende el legislador es la continuidad de esa determinación o señalamiento, esto es, que no se modifique o se altere arbitrariamente. De modo que, la realización de las actividades encaminadas a cumplir a la finalidad previamente fijado, serán entendidas como parte del destino del bien expropiado.

63. De otra parte, el legislador no ha dado a la palabra destino un significado legal especializado, ya que no lo incluye en el texto de la norma ni hace referencia a un contenido especial que deba verificarse en otra norma, tampoco le da un carácter técnico propio de una ciencia o arte particular; siendo así el vocablo destino que en la redacción de la norma responde a la conjugación del verbo destinar, se entenderá en su acepción general que nos trae el Diccionario de la Academia de la Lengua Española que define destinar como: "Señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto: Designar el puesto, la ocupación o el lugar en que

---

[17] Constitución de la República. "Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación."

[18] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Cabanellas, "es el apoderamiento de la propiedad ajena que el estado u otra corporación o entidad pública lleva a cabo por medio de utilidad general y abonado justa y previa indemnización. Desde el punto de vista del propietario viene a ser la pérdida o privación inexcusable de todos o parte de sus bienes, por requerirlo el bien público y a cambio de una compensación en dinero". Tomo II, pág. 151.

[19] Ecuador, Código Civil: "Art. 18 Cuando los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán a tendiendo a las reglas siguientes:
1a. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;
2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; …"

una persona ha de servir.", por lo que no existe base semántica para orientar la comprensión de destinar como construir o construcción.

64. En cuanto al otro presupuesto, el tiempo de dos años que ha previsto el legislador para que se cumpla con el destino, conforme la decisión de la entidad pública expropiante, a contabilizarse a partir de la inscripción de la escritura de transferencia de dominio en el registro de la propiedad, tampoco entraña duda, que requiera una tarea interpretativa del sentido de la norma, puesto que el plazo y el evento a partir del cual se debe computar dicho plazo, están claramente definidos.

65. Esta Sala observa que, en la sentencia impugnada se ha recogido el sentido natural y obvio de las palabras de la norma, respetando el alcance previsto por el legislador, ha aplicado al caso, así se evidencia que explica el vocablo destinar y en el considerando 8.17 del fallo, y que se ha comprobado que las actividades y tareas realizadas por la SENESCYT dentro de los dos años a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad (28 de abril de 2016), y por parte del PRETT (a partir de su creación 23 de abril del 2018), han estado y continúan enmarcadas para la consecución del objetivo para el cual fue declarado de utilidad pública el bien expropiado; lo que se desprende de lo que consta en el considerando 8.18 de la sentencia que se fiscaliza:

> "8.18 Ha quedado evidenciado en el proceso varias actividades y tareas realizadas por la SENESCYT y el PRETT orientadas a la consecución del objetivo para el que fue declarado de utilidad pública el bien materia de esta controversia, y que no se circunscribe exclusivamente a la ejecución de la infraestructura constructiva del edificio, sino a la articulación de otras gestiones, procesos y proyectos encaminados al fin propuesto, que es integral y de alcance nacional, conforme lo establece el Art. 1 de la Declaratoria de Utilidad Pública ya transcrito. Es de reiterar además de que el predio no ha sido destinado a un propósito distinto o diferente del establecido inicialmente.".

66. De modo que el destino del bien inmueble no puede entenderse como circunscrito únicamente a la materialización de la obra de infraestructura del proyecto, cuando se incluye una obra en la declaratoria de utilidad pública, como acontece en la especie; en consecuencia, el Tribunal *Aquo*, en su sentencia entendió correctamente los presupuestos que configuran el artículo 58.7 de la LOSNCP, y que conforme el texto de la norma, ha constatado que en el plazo de dos años, y en forma posterior, la parte demandada ha orientado su accionar hacia la realización de conductas positivas tendientes a dar cumplimiento al fin preestablecido al momento de adelantar la expropiación, y de acuerdo a la magnitud del proyecto, por lo que consideró que al no existir incumplimiento no surge el derecho a la reversión.

67. Resulta significativo mencionar que en la jurisprudencia colombiana, también se entiende que el destino del bien inmueble no se agota con la construcción, independientemente de las particularidades de la legislación del país vecino, en especial respecto del plazo; vg. la sentencia **Nº 05001 23 33 000 2021 01950 00 del Tribunal Administrativo de Antioquia, 22-02-2022, en la que se establece que:**

> "El término de los tres años establecido en el numeral 5 del artículo 70 de la Ley 388 de 1997, no exige que la obra de interés general o público, que justifica la medida de expropiación, se culmine en ese término, sino que lo importante es que el inmueble se utilice durante ese lapso con fines de utilidad pública o interés social, entendiendo la Sala por "utilización" no solamente la ejecución de la obra, sino la realización de actos jurídicos que se encaminen a la culminación del proyecto, que para el caso concreto es la construcción de la Terminal de Transportes del municipio de Rionegro. Por lo anterior, la Sala no declarará el incumplimiento de la obligación en mención por parte del MUNICIPIO DE RIONEGRO y, en consecuencia, se negará la solicitud de incumplimiento y verificación de bien expropiado."

68. De otro lado, dentro de este cargo en comento, la casacionista acusa, también, de falta de tutela judicial, porque la construcción de instituto no se ha aprobado ni iniciado, lo que revela la ausencia de sindéresis con el contexto del yerro de errónea interpretación, lo que denota incoherencia en los argumentos.

69. Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada no verifica el error de hermenéutica alegado por el casacionista por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

VII. RESOLUCIÓN:

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA,**

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de casación interpuesto por el señor Wilson José Moscoso Moscoso en su calidad de Representante Legal de la CORPORACIÓN AUSTRAL DE EXHIBICIONES COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA- CADECEM en Liquidación; en consecuencia, **NO casa** la sentencia de 25 de abril del 2023, las 10h07, dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) DRA. HIPATIA SUSANA ORTIZ VARGAS **JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL.**

Resumen de fácil comprensión

En el presente caso, el actor presenta demanda solicitando la reversión del inmueble que fue declarado de utilidad pública a favor de la SENESCYT. El Tribunal de instancia, resuelve declarar sin lugar la demanda por improcedente. La Sala rechaza el recurso de casación, por no haberse configurado los yerros al amparo de los casos segundo y quinto del Art. 268 del COGEP.

VII

Juicio Nro. *17811-2013-1562*
Fecha: *miércoles 24 de abril de 2024, las 15h02*

TEMA: Vicio de insuficiencia motivacional. La autotutela, concepto, límites. La heterotutela concepto, límites.

SÍNTESIS

Del análisis realizado la Sala estimó, que la motivación es insuficiente; concretamente, identificó que los jueces del Tribunal Distrital de Quito, en el considerando 5.2 del fallo de mayoría, relativo a la afirmación del accionante sobre la ilegalidad y nulidad del acto administrativo impugnado, concluyen, que el mismo ha sido emitido por la autoridad competente "previo el cumplimiento de las formalidades legales que exige la normativa constitucional y legal señalada y transcrita por la Superintendencia de Bancos en su contestación a la demanda"; observándose que, efectivamente la sentencia recurrida no expresa las normas jurídicas específicas en las cuales fundamenta su análisis. Lo cual conduce a establecer que la sentencia recurrida incurrió en el vicio de falta de motivación, prevenido en el artículo 76.7.l) de la CRE, A tono con ello el artículo 66, numeral 23 de la CRE, establece a la motivación como un derecho de libertad de las personas; de modo que, este instituto jurídico tiene la calidad de derecho y garantía, que debe ser observado celosamente por los órganos del poder público. Por lo dicho la Sala casa el fallo y procedió a dictar sentencia de mérito. La Sala señaló que se observa la existencia del vicio de insuficiencia motivacional de las resoluciones administrativas impugnadas, relativo a la premisa jurídica, generando, los efectos jurídicos prevenidos en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República. La Sala aceptó el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2013-1562

Juez Ponente: Dr. Patricio Adolfo Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, miércoles 24 de abril de 2024, las 15h02

VISTOS: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformada mediante el respectivo sorteo, por los jueces nacionales:

a) Dr. Patricio Secaira Durango, quien ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional;

b) Iván Rodrigo Larco Ortuño, ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el 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;

c) Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021.

d) Agréguese al proceso el escrito y anexos presentados por la SUPERINTENDENCIA DE

BANCOS, el 29 de agosto de 2023, las 16h15. Agréguese también el escrito y anexos presentados por el BANCO INTERNACIONAL S.A., el 9 de febrero de 2024.

e) Jueces que, avocando conocimiento de la presente causa, signada con el No. **17811-2013-1562**; y, siendo su estado el de resolver, 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 parte actora (Banco Internacional S.A.), formula demanda solicitando que en sentencia se declare la ilegalidad y nulidad del acto administrativo impugnado, que consta de la Resolución No. JB-2010-1556, de 21 de enero de 2010, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición planteado y se confirma la Resolución No. JB-2008-1228, de 19 de diciembre de 2008, que es confirmatoria del contenido del Oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, que dispone al accionante reintegrar los valores indebidamente pagados y debitados de la cuenta corriente del señor Jun Ho Bae Lee y por tanto que se le reintegren dichos valores, pues si el acto se declara nulo es jurídicamente inexistente; así también, requiere que se le indemnice por los gastos en los que ha debido incurrir para la protección de sus derechos, de manera especial, los honorarios profesionales de sus abogados defensores.

1.2 De la parte dispositiva de la sentencia recurrida: La sentencia de mayoría proferida el 29 de octubre de 2021, las 10h31, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito concluyó que: *"el acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, emitida por la Ing. Gloria Sabando García, Presidenta de la Junta Bancaria, se encuentra que cumple con los requisitos de legalidad, legitimidad y validez; ha sido expedido por autoridad competente en cumplimiento de la normatividad legal pertinente, guardando el debido proceso y la seguridad jurídica consagrados en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador"*, razón por la cual rechazó la demanda, por estimarla improcedente.

1.3 Aclaración o ampliación: En auto de 29 de noviembre de 2021, el Tribunal Distrital ha emitido pronunciamiento negando los recursos horizontales de aclaración y ampliación, solicitados por la parte accionante mediante escrito de 5 de noviembre de 2021, las 13h15.

1.4 Recurso interpuesto: El recurso de casación, ha sido interpuesto por la parte accionante por las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.5 Auto de admisión: En auto de 20 de septiembre de 2022, las 15h24, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso de casación, únicamente por la **causal quinta prevista en el artículo 3 de la Ley de Casación,** por el yerro de falta de motivación.

1.6 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 22 de noviembre de 2022.

2.- COMPETENCIA

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); 1 de la Ley de Casación; y, el sorteo antes referido.

3. VALIDEZ PROCESAL:

En la tramitación del recurso de casación se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

4. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

El recurso de casación interpuesto, se sustenta en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por el yerro de falta de motivación en la sentencia recurrida, sustentándolo así:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76, numeral 7, literal l) reconoce a la motivación como requisito para la validez de las sentencia o autos dictados por las autoridades judiciales.

Que, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, prescribe como facultad jurisdiccional de los jueces, el motivar debidamente sus resoluciones, consecuentemente la Corte Constitucional ha determinado los requisitos para que la motivación de un fallo se entienda como suficiente.

Que, del análisis realizado en la sentencia de mayoría recurrida, estima que la motivación es insuficiente; concretamente, refiere que ha identificado que el estándar de suficiencia se incumple en cuanto a la fundamentación normativa.

Que, el Tribunal Distrital, considera suficiente fundamentar su resolución señalando que se ha

cumplido con *"la normatividad legal pertinente"*, sin hacer referencia al cuerpo normativo en general, ni a los normas pertinentes en particular, por lo que no realiza un ejercicio de subsunción, dada la carencia de normas específicas; toda vez que, era deber del Tribunal Distrital indicar la normativa que le atribuye a la Superintendencia de Bancos la competencia para dictar una resolución como la emitida.

Que, la litis se centra en la falta de competencia de la Superintendencia de Bancos para disponer el reintegro de los valores pagados y debitados de la cuenta corriente del señor Jun Ho Bae Lee; y, si bien, la Superintendencia de Bancos tiene facultades de control, ninguna de ellas le permitía ordenar un reintegro de valores, por lo que se constituye en un órgano dirimente de una controversia entre privados, que se encontraba sometida a resolución en la jurisdicción penal.

Que, el Tribunal Distrital, copia el acto administrativo en los considerandos del fallo, para justificar que está motivado, sin que exista una subsunción de los hechos al derecho en el apartado 5.1 del considerando Quinto del fallo.

Que, el apartado 5.2 del considerando Quinto del fallo, no señala cuál es la normativa constitucional y legal a la que se refiere, limitándose a manifestar que las disposiciones constan de la contestación a la demanda.

5. ANÁLISIS DEL RECURSO

5.1 El Art. 3 de la Ley de Casación en su numeral quinto, contempla como causal de casación:

> *"5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles".*

5.2 La motivación es una obligación que tiene todo órgano público, y los órganos judiciales dentro de ellos, encaminado a que sus decisiones contengan las explicaciones necesarias que permitan a las partes, principalmente, comprender el alcance de la resolución adoptada por el juzgador.

La motivación es un requisito esencial para el valor mismo de la decisión pública, pues permite proscribir la arbitrariedad judicial, obligando a quien juzga a sustentar las razones por las cuales se decanta de tal o cual manera, para dirimir la controversia puesta a su conocimiento y decisión. Adicionalmente, la adecuada motivación, permite a quien va dirigida la decisión, conocer el por qué sus derechos o intereses han sido negados, desconocidos o no reconocidos; lo cual le habilita el ejercicio de otros derechos, como es el de impugnar las resoluciones, contradiciendo los argumentos en los que se sustenta el fallo.

No solo es necesaria cuando se afectan derechos, sino incluso cuando se los reconoce, se los restablece o se los acepta, ya que si bien la persona a quien se dirige la decisión no lo impugnaría, la resolución puede afectar derechos de terceros que por la misma razón estarían habilitados a contradecir o impugnar la decisión pública.

El maestro Rafael Oyarte M., respecto de la motivación, enseña:

> *"…se verifican dos circunstancias básicas: enunciar las normas o principios en que se funda la decisión; y, explicar la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios a los hechos del caso (Derecho Constitucional, Quito, Ediciones Legales, 2019, p.935).*

La Corte Constitucional en sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 octubre 2021, sobre los aspectos que debe contener la motivación ha determinado que:

> *"La motivación se estructura así: 1) por enunciar los hechos que han surgido del proceso; 2) por enunciar las normas o principios jurídicos en que se sustenta la decisión; y, 3) por explicar la pertinencia de la aplicación de éstas a aquéllos" (prr.59).*

Señala asimismo el fallo constitucional, superando el estándar de motivación anterior, relativo a la razonabilidad, lógica y comprensibilidad, sustentado en el artículo 76.7.l) de la CRE, que la motivación debe contener una fundamentación jurídica suficiente; esto es, el razonamiento adecuado que justifique la pertinencia de las normas o principios jurídicos al caso concreto; igualmente, debe contener una fundamentación fáctica suficiente, o sea, el establecimiento claro de los hechos que motivan el proceso judicial que se han evidenciado como verdad material del mismo, como resultado de la valoración de las pruebas legalmente actuadas.

Recomienda el fallo que, el juzgador debe evitar las construcciones gramaticales ampulosas a fin de que su redacción tenga la comprensibilidad suficiente, dejando de lado el discurso innecesario, presuntuoso o grandilocuente; ya que las partes procesales y sus defensas técnicas, tienen fundamental interés en conocer del modo más concreto y completo posible la solución de los hechos y circunstancias que son de su preocupación en el proceso.

La misma sentencia de manera clara señala la existencia de deficiencias que pueden encontrarse en la motivación de las resoluciones públicas que son: inexistencia, insuficiencia y apariencia.

Estos vicios de insuficiencia motivacional, la Corte Constitucional, los reconoce, en el caso de la

apariencia como: incoherencia, inatinencia, incongruencia, que puede ser: incongruencia frente a las partes; o, incongruencia frente al derecho; e incomprensibilidad.

5.3 Análisis y motivación sobre la causal:

5.3.1 Los jueces del Tribunal Distrital concluyen en el considerando **5.2** del fallo de mayoría, relativo a la afirmación del accionante sobre la ilegalidad y nulidad del acto administrativo impugnado, que el mismo ha sido emitido por la autoridad competente *"previo el cumplimiento de las formalidades legales que exige la normativa constitucional y legal señalada y transcrita por la Superintendencia de Bancos en su contestación a la demanda"*; observándose que, efectivamente la sentencia recurrida no refiere las normas jurídicas específicas en las cuales fundamenta su análisis, realizando una ligera mención de que las formalidades legales exigidas por la normativa constitucional y legal sobre la ilegalidad y nulidad de las decisiones públicas, obran de la contestación de la demanda; con sustento en lo cual desestima el cargo formulado por el accionante.

Lo relatado permite apreciar a la Sala que la sentencia reprochada no hace señalamiento alguno de norma constitucional o legal específica que sea aplicable a los hechos resultantes de la prueba aportada por las partes en el proceso judicial, lo cual determina obviamente que el fallo atacado, omita explicar en qué consiste la subsunción de la premisa jurídica a la premisa fáctica; estructurando, sin duda, la vulneración del derecho y garantía de motivación prevista en el artículo 76, numeral 7 letra l) de la Constitución de la República; norma que establece la inexistencia de la motivación en el caso de que las resoluciones del poder público no enuncien las normas o principios jurídicos en que se funda y no expliquen la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; lo cual trae como consecuencia la nulidad inconvalidable de la resolución de que se trate.

5.3.2 El mismo vicio referido en el considerando precedente, puede encontrarse en los argumentos que obran del considerando **5.3** de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal Distrital estima que la Resolución No. JB-2010-1556, emitida por la Presidente de la Junta Bancaria es legal, legítima y válida por haber sido expedida por la autoridad competente en cumplimiento de *"la normatividad legal pertinente"*, conforme al debido proceso y seguridad jurídica consagrados en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; sobre cuya base aceptan la excepción de validez del acto administrativo impugnado en instancia, opuesta por la entidad demandada.

Es de mencionar que el Tribunal de instancia en el considerando mencionado refiere que su análisis corresponde a los defectos del acto administrativo impugnado denunciados por la parte actora del juicio, relacionados con su falta de motivación.

Si bien la sentencia se refiere al artículo 76.7.l) de la CRE y a la Sentencia No. 227-12-SEP-CC, (Caso No. 0227-12-EP) expedida por la Corte Constitucional; sin embargo, es claro también que el fallo no emite un pronunciamiento claro sobre las alegaciones de la parte actora que se relacionan a los defectos motivacionales de la resolución administrativa recurrida.

Esta Sala Especializada reitera que la mera enunciación de una norma jurídica o de la jurisprudencia constitucional relativa a la motivación (*en la que definió los parámetros de la motivación de razonabilidad, lógica y comprensibilidad*), no es suficiente elemento que sustituye la obligación de explicar con razonamiento lógico-jurídico el establecimiento de los hechos procesales, las normas o principios jurídicos destinados a dar solución a la controversia y la explicación de la pertinencia de éstos frente a aquellos.

5.3.3 Es de señalar que la Corte Constitucional en su sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 octubre 2021, superó el denominado estándar de motivación, para determinar que toda decisión judicial debe contener suficiente motivación fáctica y suficiente motivación jurídica; pudiendo existir varias clases de deficiencia en la motivación como: inexistencia, insuficiencia o apariencia.

Habiendo identificado entre otros vicios afectadores de la suficiencia motivacional el de incongruencia: a) Frente a las partes, cuando la decisión judicial cuestionada ha omitido pronunciarse sobre alguna de las alegaciones de las partes procesales; o, en el caso de que la resolución desvíe o tergiverse el marco mismo del objeto litigioso y, b), La incongruencia frente al derecho que se presenta cuando el juzgador, omite el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas o deja de dar contestación a aquellas cuestiones que el ordenamiento jurídico determina como su deber ineludible para el caso de que se trate.

Es de absoluta claridad, para esta Sala Especializada, como se ha relatado en párrafos anteriores, que el fallo recurrido se ha limitado a señalar que el acto administrativo impugnado se encuentra motivado por haber sido emitido por autoridad competente y haberse cumplido con

"la normatividad legal pertinente" sin determinar mínimamente a qué normas jurídicas se refiere, ni establecer cuál es la disposición legal que confiere competencia a la entidad emisora de la decisión administrativa impugnada en instancia; lo cual conduce a establecer que la sentencia recurrida incurrió en el vicio de falta de motivación, prevenido en el artículo 76.7.l) de la CRE, que contiene a la motivación como una garantía sustancial del derecho al debido proceso, estableciendo que la consecuencia de la falta de motivación implica, de pleno derecho, la nulidad de la resolución que omite ese deber público.

A tono con ello el artículo 66, numeral 23 de la CRE, establece a la motivación como un derecho de libertad de las personas; de modo que, este instituto jurídico tiene la calidad de derecho y garantía, que debe ser observado celosamente por los órganos del poder público, para que las partes procesales, conozcan las razones que conducen a los juzgadores a tomar una decisión, en uno u otro sentido, cuando se afectan sus derechos, a fin de que puedan ejercerse los derechos que el ordenamiento jurídico establece para la ejecución de los derechos que la decisión pública prevé, o para que puedan impugnarse las resoluciones afectadoras de los derechos de las personas.

Siendo, la motivación, derecho y garantía; es claro que la suficiencia de la misma es una obligación claramente establecida en la Constitución de la República, que debe ser observada por los funcionarios públicos.

En el caso, es claro que la sentencia reprochada, al incumplir esa obligación jurídica al tiempo de expedir el fallo de mayoría recurrido, incurrió en el vicio de insuficiencia motivacional, relativo sustancialmente a la obligación de enunciar las normas o principios jurídicos en que se ha fundado la decisión judicial reprochada, sin que tampoco se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes fácticos del caso; lo cual permite determinar el vicio de incongruencia frente al derecho, en razón de que el artículo 76.7.l) de la CRE, establece el deber de los órganos del poder público y de sus autoridades, de motivar sus resoluciones; obligación que ha sido incumplida en la sentencia que ha sido atacada en el recurso de casación, el cual es procedente; correspondiendo por tanto que la Sala, en aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación, profiera la sentencia de mérito que corresponda.

6. SENTENCIA DE MÉRITO:

6.1 La Sala es competente para emitir sentencia de mérito en la presente causa conforme lo ordenado por el artículo 16 de la Ley de Casación, una vez que se ha determinado la procedencia del recurso de casación interpuesto.

6.2 En la tramitación de la causa se han observado las solemnidades propias del caso; sin que se haya determinado la existencia de nulidades que puedan ser declaradas; razón por la que se declara validez del proceso judicial.

6.3 Antecedentes: La Sala Especializada, en cuanto a los antecedentes y pedidos de las partes dentro del proceso judicial que contiene el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, propuesto por Banco Internacional S.A en contra de la Superintendencia de Bancos, Miembros de la Junta Bancaria y de la Procuraduría General del Estado, *per relationem*, se remite a los fundamentos de la demanda, su contestación y demás actuaciones procesales que han sido referidas en la sentencia de instancia.

6.3.1 DE LA DEMANDA: La parte actora (Banco Internacional S.A.), por medio de su representante legal propone demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción o subjetiva, en contra de la Superintendencia de Bancos y Seguros, Miembros de la Junta Bancaria, y del Procurador General del Estado, pidiendo se cuente con el tercero beneficiario de la resolución administrativa que impugna, el ciudadano Jun Ho Bae Lee.

Afirma el actor que el 8 y 17 de agosto de 2007, se presentaron al cobro, en ventanilla del Banco, los cheques números 385 y 386, girados por el valor de US$1.985,00 cada uno. De igual manera el 5 y 11 de septiembre de 2007, se han cobrado por ventanilla los cheques números 393 y 394 girados por la suma de US$ 1.980,00 y US$ 1.989,00, respectivamente; todos ellos contra la cuenta corriente No. 045000049-0 que Jun Ho Bae Lee mantiene en el Banco Internacional; cheques pagaderos a la orden de José Calderón. Que, con posterioridad al pago, el precitado cliente informa al Banco que tales cheques le habían sido sustraídos y cobrados indebidamente. Que el Banco informó reiteradamente al cliente, que los cheques han sido pagados de conformidad con lo previsto en el Reglamento General de la Ley de Cheques.

Que el referido cliente, ha presentado reclamo en la Superintendencia de Bancos, la misma que, ha solicitado al Banco Internacional las explicaciones del caso. Que el hecho también ha sido denunciado por el cliente al Ministerio Público, además de haber formulado, posteriormente, acusación particular. Que las afirmaciones del cliente demuestran un deficiente cuidado del reclamante sobre

el talonario de los formularios de cheques suministrados por el Banco, ubicándose el caso en las circunstancias de culpa concernientes al girador, previstas en el Art. 22 del Reglamento General a la Ley de Cheques, como negligencia del titular de la cuenta, de sus familiares, factores o dependientes; y, como consecuencia de lo anterior, la falta de aviso inmediato de la pérdida de los cheques que aduce.

Que la denuncia penal formulada por Jun Ho Bae Lee, se refiere a la comisión de varios delitos, cuyas responsabilidades deben ser establecidas por la Justicia, de modo que la Subdirección de Atención al Cliente de la Superintendencia de Bancos y Seguros, debe abstenerse de proseguir con el trámite del reclamo, según lo establece el Art. 6 de la Sección I del Capítulo IV del Título XX de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria.

Que existe un error en la motivación del acto administrativo, y una disposición extraña a su competencia, contenido en dicho Oficio, su representada ha presentado un Recurso de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 5 de la Sección II, Capítulo II, del Título XVI de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria; el cual ha merecido la emisión de la Resolución No. JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2009, por la que la Junta Bancaria ha decidido rechazar la pretensión contenida en el recurso de revisión interpuesto por el Banco Internacional S.A., confirmando el Oficio No. SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008.

Que, el compareciente ha presentado recurso de reposición, basado en el Art. 1 de la Sección 1, Capítulo II, del Título XVI de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria; que ha merecido la respuesta de la Junta Bancaria constante en Resolución No. JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, rechazando el recurso de reposición, confirmando la Resolución No. JB-2008-1228 de 19 de diciembre de 2008, que a su vez confirma el contenido del Oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008.

Pide se declare la ilegalidad y nulidad del acto impugnado que consta en la Resolución No. JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, mediante la cual se ha rechazado el recurso de reposición y ordena que el Banco reintegre los valores indebidamente pagados y debitados de la cuenta corriente del señor Jun Ho Bae Lee; que, consecuentemente, se disponga el reintegro a su representado de dichos valores, debido a que si el acto es nulo e ilegal, es jurídicamente inexistente; que se indemnice a su representado por todos los daños causados, tomando en cuenta los intereses de los valores que debieron ser ilegalmente restituidos al señor Jun Ho Bae Lee por el mandato ilegal de la Junta Bancaria; que se le indemnice por los gastos en que ha debido incurrir para la protección de los derechos e intereses de su representado, de manera especial los honorarios profesionales de sus abogados defensores.

6.3.2 DE LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA: Calificada la demanda y citados los accionados la contestan así:

a.- El Procurador General del Estado, señalando domicilio para notificaciones que le correspondan.

b.- La Superintendencia de Bancos y Seguros por medio de su procuradora judicial, afirmando que la entidad ha emitido la resolución impugnada, que tiene fundamentos jurídicos claros, está debidamente motivada y ha sido expedida en uso de las atribuciones legales.

Que la actora afirma, haber propuesto recurso subjetivo, cuando en realidad lo que requiere es que se declare la nulidad de la resolución que impugna, sin precisar causa alguna, reclamando el reconocimiento de derechos subjetivos. Que existe una indebida acumulación de pretensiones, por solicitar indemnizaciones propias del ámbito civil.

Que si bien, los titulares de las cuentas bancarias están obligados a custodiar sus chequeras, su omisión y la falta de reporte oportuno de la pérdida o sustracción, sus formularios o los cheques mismos, no relevan al sistema bancario de la obligación de mantener la integridad de los depósitos de sus clientes y velar por su seguridad. Que la validación de la firma de los cheques por parte de los funcionarios bancarios, aduciendo la inexistencia de diferencias con la registrada en el banco, responde a una apreciación absolutamente subjetiva de aquellos, puesto que, para el organismo de control, en el caso existen notorias diferencias, apreciación que es coincidente con el informe grafotécnico adjunto al reclamo. Que a pesar de las evidentes diferencias, el banco ha incurrido en el error de pagar los cheques, inobservando los artículos 20 y 23 del Reglamento General de la Ley de Cheques, en cuanto al examen de los cheques y precaución que debió adoptar el banco previo al pago de los mismos. Otra evidente falta operativa del banco por su falta de control es la información que proporcionara varias ocasiones la señorita María Fernanda Merizalde, funcionaria

del banco, al señor Cristian Calderón, hermano del cobrador de los cheques José Calderón, acerca del movimiento, saldo promedio, protestos y fondos de la cuenta corriente del señor Jun Ho Bae Lee, de acuerdo a su declaración de fs. 20 de la Indagación previa No. 07.09.13059 (fs. 33 del expediente administrativo), lo cual está prohibido de acuerdo con el primer inciso del artículo 88 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, disposición que determina que los administradores, funcionarios y empleados de las instituciones financieras no podrán proporcionar información sobre operaciones, depósitos y captaciones, sino a su titular o a quien lo represente legalmente, en virtud del sigilo y reserva bancaria, establecida en el Capítulo III de la referida Ley. En este sentido, el banco a través de dicha funcionaria, ha inobservado esta disposición legal.

Que María José Tapia, en su declaración de fojas 19 de la Indagación (fs.37 del expediente administrativo), ha dicho que trabaja en el Banco y como Jefe Operativa ha autorizado el pago al beneficiario de un cheque por $1.980,00 previa confirmación telefónica de su titular pero que 15 o 20 minutos antes del pago, se registra el ingreso de María Fernanda Merizalde a la cuenta del señor Jun Ho Bae. Que en su declaración (fs.75 de la Indagación y 32 del expediente administrativo), José Sucre Calderón dice que cobró cheques por $1.970, 1.980, 1.989 y dos por $1.985, autorizados por la Jefe de Agencia La Prensa: María José Tapia, y por 4 ocasiones le han dicho en caja que la firma de los cheques era inconforme, pero se ha autorizado el pago.

Que estos hechos evidencian una falta de control a los procesos y procedimientos internos del banco y la inobservancia de la ley, reglamentos y más normativa aplicable a las operaciones bancarias, fundamentalmente, los artículos del Reglamento General de la Ley de Cheques, cuyo artículo 20 lleva implícita la negativa del pago de cheques si existe disconformidad notoria entre la firma constante en ellos con la registrada en el banco, como ha ocurrido en este caso, en que a simple vista se observa diferencias notorias, que hace que la culpa en el pago de los cheques se impute al girado, según el artículo 60 de la Ley de Cheques y 22 del Reglamento.

Con relación a que la resolución impugnada es carente de motivación, no obedece a la realidad procesal, pues es fácil advertir que la resolución JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010 se encuentra suficientemente sustentada en los hechos y en derecho.

En cuanto a que se ha violado la seguridad jurídica, tampoco obedece a la realidad procesal, ya que para garantizar la misma es que frente a las fallas operativas del Banco Internacional S.A., la Junta Bancaria y la Superintendencia de Bancos y Seguros, en uso de sus facultades constitucionales y legales, ha dispuesto la devolución de valores, como una forma de resarcir el perjuicio económico irrogado al cliente.

Que no se han violado los derechos de propiedad y de libertad del banco, por el contrario, reconociendo el derecho de propiedad del reclamante sobre sus depósitos, y las obligaciones del banco como mero depositario, ha dispuesto dicho reintegro.

Sobre la falta de competencia de la Junta Bancaria para dictar la resolución, indebidamente impugnada, ya que de acuerdo con lo que establece el artículo 175, literal b) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el órgano colegiado de la Superintendencia de Bancos y Seguros, tiene plena atribución para dictar las resoluciones de carácter general para la aplicación de la ley, sin rebasar sus competencias, pues los principios de la jurisdicción e independencia judicial y de seguridad jurídica, garantizados en la Constitución, no se han visto vulnerados por la Junta Bancaria.

Que la competencia de la Fiscalía y de la Justicia, no enerva la competencia de la Superintendencia de actuar en la sede administrativa, cumpliendo el rol de supervisión, vigilancia y control de la las instituciones financieras consagradas en los artículos 1 y 180 letra b) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para que las entidades controladas cumplan con la normativa que rige su funcionamiento y el ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo que fuere aplicable a su actividad financiera, dentro de cuyo ámbito está el reconocimiento del derecho de propiedad de sus clientes sobre los fondos depositados en el banco, derecho reconocido en los artículos 23 numeral 23 y 30 de la Constitución Política de la República del Ecuador vigente al momento de ocurrencia de los hechos, y en el artículo 599 del Código Civil, y responder en calidad de depositarios, por los depósitos de sus clientes, aún por culpa leve, cuando se cumplan los presupuestos jurídicos para este efecto, y evitarles de este modo se vean afectados económicamente, por actuaciones irregulares de terceras personas.

Opone como **excepciones:**

1. Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;

2. Improcedencia de la demanda por el fondo y la forma;
3. Caducidad del derecho del actor para proponer la demanda y prescripción de la acción; Improcedencia de la demanda por contradictoria y por haber en el mismo libelo deducido acciones contradictorias e incompatibles;
4. Improcedencia de la demanda por contradictoria y contener acciones contradictorias e incompatibles.
5. Indebida e inepta acumulación de pretensiones del actor, cuando en la misma demanda pretende que se declare nula la Resolución de la Junta Bancaria No. JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010; y, que se reconozcan derechos subjetivos.
6. Que el actor confunde la vía para demandar su pretensión de daños y perjuicios, ya que ella corresponde a la vía civil.
7. Falta de derecho del actor para deducir la demanda y peor aún en los términos y la forma en que lo ha hecho;
8. Indebida, errónea e infundada pretensión procesal;
9. Plena motivación del acto administrativo indebidamente impugnado;
10. Nulidad del juicio por violación de la ley y del trámite, así como por omisión de solemnidades comunes a todos los juicios e instancias, irregularidades con las que no se allana de modo alguno;
11. Plena legalidad de la Resolución de Junta Bancaria No. JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, en la que la Superintendencia de Bancos y Seguros, ejerce plenamente la facultad de control que le otorga la ley, sin invadir el campo de la justicia ordinaria. Trabada así la Litis, a fojas 58 de los autos, con providencia de 22 de noviembre del 2011, se abre la causa a prueba por el término de diez días, durante el cual las partes aportaron las que obran del cuaderno procesal.
c.- Del Tercero Beneficiario: De fojas 40 y 41 del expediente de instancia consta que el ciudadano Jun Ho Bae Lee, ha sido legalmente citado en el domicilio señalado para el efecto, mediante las respectivas boletas; sin que obre del expediente, que dicha persona haya contestado la demanda; por lo que se tendrá el caso como negativa de los fundamentos de la demanda.
6.4 PARTE CONSIDERATIVA O MOTIVA:
6.4.1 Competencia: Este Tribunal es competente para conocer y resolver la causa, conforme disponen los artículos 75, 173 y 178 de la Constitución de la República; 1, 2, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; 11 y 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, competencia que se encuentra asegurada por el sorteo realizado.
6.4.2 Validez procesal: No se observa en la tramitación de la causa omisión de solemnidad o procedimiento alguno que pueda influir en su decisión, por lo que se declara la validez procesal.
6.4.3 DE LAS EXCEPCIONES
La Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria formularon las siguientes excepciones; sobre las cuales se aprecia:
6.4.3.1 Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; Respecto de esta alegación es preciso señalar que la negativa de los fundamentos de la demanda no constituye en realidad una excepción en su sentido estricto, sino un medio por el cual la parte demandada traslada la carga de la prueba a la parte actora del juicio, quien, como consecuencia de la presunción de legalidad que recubre a los actos administrativos, ya está obligada a probar, en el proceso judicial, la existencia de los vicios afectadores de la legalidad de la decisión pública que reprocha en la vía judicial.
6.4.3.2 Sobre la excepción de plena legalidad de la Resolución de Junta Bancaria No. JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, en la que la Superintendencia de Bancos y Seguros, ha ejercido su facultad de control que le otorga la ley, sin invadir el campo de la justicia ordinaria. Al respecto es de establecer que, la jurisdicción contencioso administrativa es un medio expedito para que las personas que estimen la existencia de vulneración a sus derechos, provenientes de actos o resoluciones administrativas, puedan impugnar su validez jurídica, correspondiendo al accionante, como hemos señalado, la probanza de los vicios afectadores de la legalidad de la resolución administrativa atacada; por tal razón, cuando la Administración demandada, en esta clase de procesos judiciales, alega la legalidad de la decisión recurrida, no hace más que asumir la obligación de probar la existencia de esa legalidad, es obligación de quien recurre; por consiguiente se desestima la excepción.
6.4.3.3 La excepción de caducidad del derecho del actor para proponer la demanda y de prescripción de la acción, sólo han sido mencionadas en la demanda sin que hayan sido materia de fundamentación o justificación alguna dentro del proceso; sin embargo, se advierte que el acto administrativo impugnado ha sido notificado el 1 de febrero de 2010, en tanto que la demanda ha sido presentada el 14 de mayo de ese mismo año; es decir, dentro del tiempo prefijado en el artículo

65, reformado, de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa; en tal virtud, se desestima la excepción.

6.4.3.4 Respecto de la oposición en el sentido de que el actor ha confundido la vía para demandar el pago de daños y perjuicios, la cual corresponde a la vía civil, debe dejarse establecido que potencialmente, los efectos de las decisiones administrativas impugnadas mediante la acción subjetiva o de plena jurisdicción, pueden haber ocasionado afectaciones de orden material en los administrados, las cuales pueden ser reclamadas por la vía jurisdiccional contencioso administrativa, y serán procedentes copulativamente en caso de que se que las resoluciones administrativas impugnadas merezcan sentencia que las deje sin efecto; siempre que se haya probado procesalmente, la existencia del daño y su cuantificación monetaria; razón por la que se desestima la excepción.

6.4.3.5 La excepción de falta de derecho del actor para deducir la demanda, es improcedente, en razón de que ese derecho está consagrado en el artículo 173 de la Constitución de la República como en los artículos 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a más de que en la contestación a la demanda por cuanto la institución que propone esa oposición no fundamenta las razones en las que se sustenta la misma.

6.4.3.6 Sobre la excepción de improcedencia de la demanda por el fondo y la forma, por ser evidentemente improcedente, en razón de que quien la propone no fundamenta en qué consisten los vicios a los que se refiere, se desestima la excepción.

6.4.3.7 Sobre las excepciones de: i) Improcedencia de la demanda por contradictoria y por haber en el mismo libelo deducido acciones contradictorias e incompatibles; ii) Indebida, errónea e infundada pretensión procesal; y, iii) Plena motivación del acto administrativo indebidamente impugnado; por constituir aspectos propios del análisis de fondo de la demanda, su existencia sólo podrá determinarse en la decisión que la Sala adopte en sentencia de fondo.

6.4.3.8 En cuanto a la excepción de nulidad del juicio por violación de la ley y del trámite, así como por omisión de solemnidades comunes a todos los juicios e instancias, irregularidades con las que no se allana de modo alguno; la Sala estima que, la nulidad de un proceso judicial es pertinente solo cuando de modo expreso se haya alegado alguna de las causales prevenidas en el ordenamiento jurídico; y, se haya justificado procesalmente su existencia, la cual además debe ser de tal manera trascendente, que influya superlativamente en la decisión de la causa. Desde luego, es claro también que de existir solemnidades sustanciales que no han sido cumplidas o cumplidas imperfectamente, el juzgador tiene atribución jurídica para declarar la nulidad del proceso. En el presente caso, debe dejarse establecido que esta Sala no aprecia argumentada en la excepción formulada, siendo que adicionalmente, se ha declarado la validez procesal por no encontrarse en la tramitación del proceso, razón alguna para declarar su nulidad; motivos por los cuales se rechaza la excepción.

6.4.3.9 Respecto de la excepción de Indebida e inepta acumulación de pretensiones formuladas por el actor en su demanda, en razón de que considera que en la misma demanda se pretende la nulidad de la resolución administrativa JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010 y que se reconozcan derechos subjetivos; la Sala Especializada aprecia que, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, conforme lo define el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pertinente al caso, es aquel que *"…ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata"*; por manera que, siendo el presente caso, una acción en la que se ha propuesto esta clase de recurso, el cual efectivamente, por las pretensiones del accionante, ataca un acto administrativo que el actor considera lesionador de sus derechos subjetivos; es claro que el alcance de este recurso tiene como propósitos, según lo define la norma referida, el reconocimiento, el restablecimiento o la restitución de los derechos que, hayan sido, potencialmente negados, desconocidos o no reconocidos por el acto administrativo del que se recurre. Por manera que, la excepción constituye un contrasentido jurídico inaceptable, por lo que se la rechaza. Por esa razón es evidente que la excepción carece de juridicidad y de propósito por lo que se la rechaza.

6.4.4 Pruebas aportadas al proceso: Del proceso obran los siguientes documentos: Resolución JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, por la cual se niega el recurso de revisión propuesto por el Banco Internacional S.A., impugnatorio de la Resolución de la Junta Bancaria JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2008, que a su vez había negado el recurso de reposición planteado por la misma entidad bancaria y ratificatorio del acto administrativo contenido en el Oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, suscrito por el Subdirector

de Atención al Cliente, estableciendo que el Banco Internacional omitió el cumplimiento de sus obligaciones de control interno e inobservado *"las normas legales, reglamentarias, procesos y procedimientos en las operaciones realizadas, se dispone el reintegro de los valores indebidamente pagados al señor Jun Ho Bae Lee, debiendo acreditar dichos valores en la cuenta corriente de su titular…".*

La decisión referida, que obra del oficio de 15 de julio de 2008 remitido al Gerente General del Banco Internacional, suscrita por el Subdirector de Atención al Cliente de la Entidad demandada, hace relación sustancialmente a: la denuncia presentada; así como al informe de la Unidad de Servicio al Cliente e informe de auditoría que refieren las obligaciones de control y los procedimientos observados para el pago de los cheques en mención.

Afirma el documento, al que se viene haciendo mención, que la responsabilidad de los hechos denunciados en Fiscalía corresponden ser determinados por la justicia ordinaria, ámbito en el que no opera la Administración de control a la cual no le corresponde determinar existencia de infracciones y responsabilidades de quienes intervinieron en el acto punible, sino la supervisión, vigilancia y velar que los entes controlados cumplan la normativa que rige su funcionamiento, conforme los artículos 1 y 180 b) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para que se respete el derecho de propiedad previsto en los artículos 23.23 y 30 de la CRE y 599 del Código Civil.

Reconoce la obligación de los cuentacorrentistas de custodiar su chequera o la omisión en la que incurren al no denunciar oportunamente su pérdida o sustracción; lo cual no le releva al sistema bancario su obligación de mantener la integridad de los depósitos.; siendo responsabilidad de los funcionarios del banco de la validación de la firma de los cheques, aduciendo la inexistencia de diferencias, responde a una apreciación subjetiva; ya que para la Unidad existen notorias diferencias que coincide con el informe grafológico adjunto al reclamo.

Que el Banco incurrió en el error de pagar los cheques incumpliendo lo que determinan los artículos 20 y 23 de del Reglamento General a la Ley de Cheques; error que en opinión de quien suscribe el oficio, ha sido reconocida por el Banco al haber pedido la renuncia de la funcionaria que ejerció la función de Analista de Riesgos, con quien el cobrador del cheque ha procreado una hija; refiriendo también las versiones rendidas por los ciudadanos: Sucre Calderón Landívar, Fernanda Merizalde Zaldumbide, Jenny Lalangui Pereira, Wendy Bedón Carrera, Vanessa Ortíz Medina, María Tapia Aguirre y un análisis Grafológico de la firma del denunciante que no corresponde a él. Decisión ésta, que fuera confirmada al rechazarse el recurso de reposición y, posteriormente, el recurso de revisión.

La Resolución JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, emitida por la Ing. Gloria Sabando García, Presidente de la Junta Bancaria, en la que se toma decisión administrativa respecto del recurso de revisión ya referido, resuelve:

> *"RECHAZAR el recurso de reposición interpuesto por el doctor José Romero Soriano, Vicepresidente y representante legal del Banco Internacional S.A.; y, en consecuencia, CONFIRMAR la Resolución JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2008, que a su vez confirmó el contenido del oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, mediante el cual la Subdirección de Atención al Cliente de la Superintendencia de Bancos y Seguros dispuso que la entidad recurrente reintegre los valores indebidamente pagados y debitados de la cuenta corriente del señor Jun Hoo Bae Lee".*

Decisión que se la toma con sustento en lo siguiente:

> Que mediante comunicación sin número, de 20 de febrero de 2008, el señor Jun Hoo Bae Lee (…) presentó un reclamo en contra del Banco Internacional S.A. a fin de que se restituya a su cuenta corriente (…)el monto correspondiente al pago de los cheques (…) ya que los mismos fueron sustraídos y pese a ello pagados indebidamente por la entidad bancaria al haberse falsificado su firma.
>
> Que luego del trámite pertinente SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, dirigido al (…) Gerente General del Banco Internacional S.A., la Subdirección de Atención al Cliente de la Superintendencia de Bancos y Seguros dispuso que la entidad financiera reintegre al reclamante (…), los valores reclamados que fueron indebidamente pagados, concediéndole para el efecto un plazo de 5 días, contados a partir de la recepción del indicado oficio.
>
> Que, mediante comunicación VJ-0374 de 23 de julio de 2008, el Banco Internacional, con sustento en las normas que la resolución impugnada cita, ha propuesto recurso de revisión para ante la Junta Bancaria, en contra del oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, emanado de la Subdirección de Atención al Cliente de la Superintendencia de Bancos.

"Que con comunicación fechada el 2 de febrero de 2009, recibida en la Superintendencia de Bancos y Seguros el día 3 de los mismos mes y año, el doctor José Romero Soriano, Vicepresidente y Representante Legal del Banco Internacional S.A. interpuso recurso de reposición al acto administrativo contenido en la resolución JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2008, señalando que al haberse iniciado una instrucción fiscal en contra de los presuntos autores, cómplices y encubridores del delito perpetrado en perjuicio del señor Jun Ho Bae Lee, corresponde a la justicia ordinaria determinar las responsabilidades penales y aplicar las sanciones establecidas en las leyes de la materia.

Que dentro del análisis efectuado al recurso de reposición interpuesto por el representante legal del Banco Internacional S.A. respecto de la resolución dictada por este organismo colegiado al resolver el recurso de revisión, se ha señalado que es preciso diferenciar la sanción de índole penal que puede establecer la justicia ordinaria luego de investigar el cometimiento de una infracción y determinar la responsabilidad penal de los implicados, respecto de los correctivos que en el ámbito administrativo le corresponde exigir a la Superintendencia de Bancos y Seguros en caso de detectar fallas en los procedimientos operativos y controles internos que afectan a los depositantes de una institución controlada.

Que establecida esa diferencia de ámbitos de acción, se debe advertir que la resolución que dicte la justicia penal dentro del proceso instaurado en el ámbito judicial, no enerva la competencia administrativa de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, para exigir a la institución financiera controlada, la aplicación de los correctivos que fueren del caso.

Que la petición formulada por el recurrente para que la Superintendencia de Bancos y Seguros, en primer término, y posteriormente la Junta Bancaria, se inhiban de pronunciarse en este asunto puesto que el mismo se estaría ventilando en la justicia ordinaria, asoma jurídicamente improcedente en razón de que, como se expresó en los considerandos anteriores, las decisiones tomadas y que están por tomarse corresponden a dos ámbitos distintos e independientes.

Que el procedimiento seguido por el Banco Internacional S.A. al haber pagado cheques girados con una firma que no guardaba conformidad con la que había registrado su titular, ha puesto en evidencia el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20, numeral 20.3 y artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Cheques.

Que la resolución de este organismo colegiado que rechazó el recurso de revisión interpuesto por el Banco Internacional S.A. se fundamentó en las letras b) y o) del artículo 180 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, toda vez que es obligación de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria velar por el servicio y atención que las instituciones del sistema financiero deben prestar a sus clientes y dentro del cumplimiento de dicha observación exigir la adopción de medidas correctivas; y,

Que dentro del trámite del recurso de reposición interpuesto por el Banco Internacional S.A. al contenido de la resolución de la Junta Bancaria JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2008, el recurrente no ha aportado nuevos elementos de juicio que lleven a revocar la resolución recurrida…".

6.4.5 MOTIVACIÓN:

6.4.5.1 El accionante, en su demanda afirma que el acto administrativo impugnado incumple lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República; toda vez que se encuentra viciado por falta de motivación, toda vez que el reclamante es quien señala que los cheques le han sido sustraídos y cobrados, lo que demuestra un deficiente cuidado de dichos cheques por parte del titular de la cuenta bancaria, hecho que es de su entera responsabilidad conforme ordena el artículo 33 del Reglamento General a la Ley de Cheques, tanto que incluso había presentado una denuncia formal ante la Fiscalía del Estado, que fue base para el inicio de la investigación; de modo que la Administración debió abstenerse del trámite de ese reclamo según ordena el artículo 6 de la Sección I, capítulo IV del Título XX de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de bancos y Seguros y de la Junta Bancaria. Que se ordenó el reintegro de los valores que fueron pagados por el Banco a la presentación de los cheques, lo cual es extraño a las competencias de la entidad demandada. Que asimismo la Resolución JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, adolece de defectos en la motivación. Que el artículo 23.3 y artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Cheques determina que no se debe realizar el pago de un cheque cuando exista disconformidad notoria entre la firma del mismo y la registrada por el cliente y que en el caso esa inconformidad no fue notoria tanto que incluso se ha necesitado de un grafólogo para que determine esa inconformidad, que, asimismo se

pretende en la resolución administrativa utilizar potestades propias de la Función Judicial al disponer la devolución de los valores pagados.

6.4.5.2 El artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador ordena 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..."*.

La Corte Constitucional, estableció para efectos de determinar la corrección motivacional de las decisiones públicas, el test relativo a la razonabilidad, lógica y comprensibilidad de aquellas *(sentencia No. 227-12-SEP-CC, caso 0227-12-EP)*, determinando que la razonabilidad está presente cuando se funda en los principios constitucionales y en el ordenamiento jurídico pertinente al caso; es lógica cuando se evidencia la coherencia entre las premisas y la conclusión y entre la conclusión y la decisión; y, es comprensible cuando su lenguaje es claro que permite comprender su alcance para el auditorio social, más allá de las partes en conflicto.

6.4.5.3 La Corte Constitucional, posteriormente, en sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, abandonó el test de motivación señalado que conforme el artículo 76.7.l) de la CRE, se requiere que la decisión pública, tenga una motivación suficiente tanto en lo fáctico como en lo jurídico; así afirma que:

> *"(…)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" (par. 34)*

La inexistencia, es un vicio motivacional que se produce por la ausencia total de fundamentación fáctica y fundamentación jurídica

La insuficiencia, en cambio, se verifica cuando la decisión en estudio cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, siendo que alguna de ellas es insuficiente por incumplir este estándar.

La apariencia, es un defecto en la motivación que se presenta cuando a primera vista, la decisión pública cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero, de una revisión más profunda, alguno de esos fundamentos en realidad inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional.

Dentro de la apariencia motivacional pueden asimismo encontrarse defecciones por incoherencia, inatinencia, incongruencia; e, incomprensibilidad, que se definen así:

Incoherencia, cuando en la fundamentación fáctica o en la jurídica se verifica contradicciones entre los enunciados que la conforman, esto es entre las premisas y las conclusiones, a la que se la denomina incoherencia lógica ("se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega"); o, entre la conclusión y la decisión, llamada incoherencia decisional ("cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida").

Inatinencia, es un vicio presente "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".

Incongruencia, se produce "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".(p 41)

Incomprensibilidad, es un vicio que se produce cuando en la resolución de que se trate la

argumentación fáctica o la jurídica es incomprensible para un abogado, las partes procesales o los ciudadanos.

Motivar es un proceso mental de razonamiento lógico que se expresa sobre el conflicto puesto a decisión del juez, en el que las premisas fácticas deben tener la correspondencia con las disposiciones jurídicas pertinentes a esos hechos; en la que se exprese con claridad la pertinencia de ese proceso de subsunción con la premisa fáctica, que justifique la decisión que se adopta. Por manera que, si estos elementos no se encuentran presentes la motivación será insuficiente.

6.4.5.4 La resolución recurrida, que niega el recurso de revisión presentado en contra de aquella que negó el recurso de reposición y confirmó la resolución inicial que acepta el reclamo presentado y dispone al Banco Internacional el reintegro de los valores al cuentacorrentista; hace un relato respecto del reclamo presentado ante la entidad demandada por el ciudadano Jun Hoo Bae Lee, en contra del Banco actor del juicio de instancia, orientado a que se disponga la restitución de dineros desembolsados de su cuenta corriente al pagarse cheques que le han sido robados y falsificada su firma; señalando que se dio curso a la denuncia y que, con oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, se dispuso al Banco Internacional, que reintegre esos valores al cuentacorrentista. Manifiesta que dicha entidad bancaria propuso recurso de reposición el cual ha sido *negado* en Resolución de la Junta Bancaria JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2008.

Que, el Banco Internacional ha propuesto "recurso de reposición al acto administrativo contenido en la resolución JB-20081228 de 29 de diciembre de 2008…", sosteniendo la improcedencia del procedimiento administrativo ya que el denunciante había formulado denuncia penal por los mismos hechos y que corresponde a la justicia ordinaria aplicar las sanciones establecidas en la Ley.

Que en la decisión del recurso de reposición interpuesto se ha señalado que la sanción en materia penal es distinta a la que corresponde a la materia administrativa; ya que en la primeras pretende determinar la infracción penal y determinar la responsabilidad de ese orden; y que, en el ámbito administrativo, cuando se establecen fallas en los procedimientos operativos y controles internos que afectan a los depositantes; sin que una sentencia en materia penal enerve la competencia administrativa de la Superintendencia de Bancos, para exigir a los controlados la aplicación de correctivos cuando fuere el caso; por lo que estima que la petición es improcedente.

Que el procedimiento de pago efectuado por el recurrente *"no guardaba conformidad con la que había registrado su titular, ha puesto en evidencia el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20, numeral 20.3, y artículo 22 del Reglamento General a la Ley de Cheques"*.

Que la "resolución de este organismo colegiado que rechazó el recurso de revisión interpuesto por el Banco Internacional S.A., se fundamentó en las letras b) y o) del artículo 180 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, toda vez que es obligación de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria velar por el servicio y atención que las instituciones del sistema financiero deben prestar a sus clientes y dentro del cumplimiento de dicha observación exigir la adopción de medidas correctivas". Señalando asimismo que el recurrente no ha aportado nuevos elementos de juicio que lleven a revocar la resolución recurrida.

6.4.5.5 Las resoluciones impugnadas, se sustentan en las siguientes disposiciones jurídicas: La resolución de 15 de julio de 2008 en los artículos 1 y 180 b) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para que se respete el derecho de propiedad previsto en los artículos 23.23 y 30 de la CRE y 599 del Código Civil, ya que es deber de la administración demandada la supervisión, vigilancia y velar que los entes controlados cumplan la normativa que rige su funcionamiento, conforme. En tanto que la resolución que niega el recurso de revisión presentado por la parte actora en sede administrativa señala que el Banco Internacional ha incurrido en el error de pagar los cheques incumpliendo lo que determinan los artículos 20 y 23 de del Reglamento General a la Ley de Cheques y que el procedimiento bancario relativo al caso no guardó conformidad con la firma registrada por el titular de la cuenta, incumpliendo los artículos 20, numeral 20.3 y artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Cheques. Señalando también que el rechazo del recurso de revisión interpuesto, se fundamento en el artículo 180 letras b) y o) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; disposiciones que ordenan:

a.- El artículo 1, establece que la mencionada Ley regula la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado; así como la organización y funciones de la Superintendencia

de Bancos, entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero. La norma ha sido citada en las resoluciones administrativas recurridas, sin embargo, el caso en resolución, no cuestiona las atribuciones de la Superintendencia de Bancos definidos en la mencionada disposición jurídica; de modo que, las resoluciones administrativas atacadas, no explican la pertinencia de la aplicación de la disposición respecto de la materia fáctica sobre la que versa el conflicto judicial.

b.- El artículo 180 de la misma Ley, establecen las competencias del Superintendente de Bancos y su literal b), le encarga la obligación de velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las instituciones sujetas a su control; así como vigilar que éstas cumplan las normas que rigen su funcionamiento, mediante la supervisión permanente extra situ y visitas de inspección in situ, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales, sin restricción alguna y que permitan determinar la situación económica y financiera de la entidad, el manejo de sus negocios, evaluar la calidad y control de la gestión de riesgo y verificar la veracidad de la información que generan las entidades sujetas a su control administrativo.

La **letra o)** de la norma citada, otorga competencia al titular de la entidad demandada, de exigir que las entidades controladas presenten y adopten medidas correctivas y de saneamiento cuando así lo requieran.

Las resoluciones administrativas recurridas se limitan a mencionar los literales referidos del artículo 180 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, incurriendo en el mismo defecto motivacional ya que, solo se hace mención a la norma, omitiendo la obligación de explicar la pertinencia de aplicación a los precedentes fácticos que se han obtenido en el proceso judicial.

c.- Los artículos constitucionales 23 y 30 de la Constitución de la República, respectivamente refieren el derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación y de expresión cultural; y, el derecho a un hábitat seguro y saludable; normas que ciertamente no guardan relación alguna con el objeto mismo de las resoluciones administrativas recurridas; a más de que, tampoco se ha explicado la pertinencia de su aplicación a los hechos.

d.- El artículo 599 del Código Civil, refiere al dominio o propiedad, como un derecho real en una cosa corporal, para el goce y disposición de ella, conforme a la ley, respetando el derecho ajeno. Norma que no se relaciona con la materia del reclamo presentado en contra del Banco Internacional y que fuera objeto del control administrativo ya que este se relaciona con la competencia contralora de la Superintendencia de Bancos y con su potestad de vigilancia y corrección que le está atribuido. No existe en el caso, elementos relacionados con la vigilancia, supervisión o control del dominio de algún bien corporal, mueble o inmueble; consecuentemente; además de que la conflictividad relacionada a los conflictos relacionados con el dominio, son asuntos que corresponden a la esfera jurisdiccional civil y no al ámbito del control administrativo.

6.4.5.6 Es de señalar que la resolución administrativa contenida en el Oficio SAC-2008-927 de 15 de julio de 2008, es la que ha determinado que el Banco Internacional ha omitido sus obligaciones de control interno, afirmando de modo general que ha inobservado *"las normas legales, reglamentarias, procesos y procedimientos en las operaciones realizadas, se dispone el reintegro de los valores indebidamente pagados al señor Jun Ho Bae Lee, debiendo acreditar dichos valores en la cuenta corriente de subtitular…"*; sin especificar de modo claro y preciso cuáles son las obligaciones jurídicas que han sido inobservadas y omitidas por la mencionada entidad bancaria.

No obstante, se limita a citar normas constitucionales, de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y del Código Civil, sin determinar ni explicar la pertinencia de su aplicación al caso sujeto al control administrativo, conforme ha quedado expuesto; cuando la sola mención a las normas, afecta sin duda alguna a las exigencias de la suficiencia motivacional prevenida en el artículo 76.7.l) de la CRE.

Se debe establecer asimismo que dicho acto administrativo afirma que el Banco denunciado ha incurrido en el error de pagar los cheques ya identificados, incumpliendo lo que determinan los artículos 20 y 23 de del Reglamento General a la Ley de Cheques; sin explicar la pertinencia de aplicación de esas normas a las omisiones o acciones en que habría incurrido el Banco; ya que se limita solo a citar las normas sin ninguna argumentación mínimamente sostenida.

Es de precisar que la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2008-1228 de 29 de diciembre de 2008, por la cual se ha denegado el recurso interpuesto por el Banco Internacional S.A., y, se confirma, con los mismos defectos, la decisión recurrida; lo propio acontece con la Resolución JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, de la Junta Bancaria.

Debe destacarse que las resoluciones de 29 de diciembre de 2008, como la de 21 de enero de 2009, son ratificatorias en su integridad del acto administrativo de 15 de julio de 2008; de modo que, con su expedición, la decisión administrativa causó estado, abriendo la puerta para la interposición del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo.

No obstante de lo anterior, el acto administrativo confirmatorio, además establece la obligación del Banco denunciado de reintegrar al titular de la cuenta corriente y denunciante de los hechos, el valor de los cheques, que a juicio de la Administración contralora, no debieron ser pagados; decisión que se adopta sin determinar la norma jurídica que establecía la competencia administrativa para el establecimiento de esa forma de responsabilidad civil; en efecto, no existe mención alguna que sustente la habilitación jurídica que permita a la entidad demandada disponer el reintegro de tales valores; situación que del mismo modo provoca defecciones en la motivación de las resoluciones administrativas mencionadas.

El artículo 226 de la CRE determina con claridad que la competencia nace de la Constitución y de la Ley, siendo obligación de los órganos del poder público el ejercicio de aquellas permisiones jurídicas; lo cual obliga, en atención al artículo 66.23 y 76.7.l) de la CRE, a determinar en sus decisiones la norma legal clara en la que se encuentra establecida tal competencia, garantía indispensable de que la decisión ha sido tomada por funcionario habilitado; en el caso, en las resoluciones administrativas analizadas se ha omitido determinar cuál es el sustento jurídico de la competencia administrativa para disponer el reintegro de dineros por parte de la entidad controlada al cuentacorrentista denunciante.

Resulta indispensable establecer que en el caso, como lo han reconocido las partes, el ciudadano que presentó la denuncia en contra del Banco Internacional, por efecto de la sustracción de los cheques y el pago de estos, con anterioridad había puesto el caso, como noticia criminal en la Fiscalía del Estado, para la práctica de las investigaciones en el ámbito penal, caso que derivó en la instauración de un proceso penal ordinario.

Ello implica que, en el ámbito administrativo, era pertinente la acción de control que se sustenta en el principio de autotutela, estimado como la actividad unilateral y directa de la administración pública, encaminada a emitir decisiones con sustento en la ley y los resultados de un procedimiento previo llevado en su propia sede; principio que alcanza tanto a la emisión inicial de un acto administrativo como a los pronunciamientos que dan respuesta a los recursos que se hayan formulado en contra de aquellos; o, a extinguir o revocar oficiosamente las decisiones administrativas contrarias a derecho; observando siempre el procedimiento debido.

Se sostiene que la autotutela es una derivación o una de las formas en que se hace presente el llamado "monopolio de la fuerza", que es una prerrogativa estatal, para pronunciarse sobre aquellos aspectos habilitados por el ordenamiento jurídico; es más bien el resultado de ese grado de ventaja que tiene la Administración activa para procesar y decidir los asuntos de manera unilateral, esto es por ella misma.

En efecto, la Administración de control supervigila el grado de cumplimiento de las obligaciones jurídicas de las personas, naturales o jurídicas, sujetas al ámbito de sus atribuciones legales; actividad que se concreta en procedimientos de oficio o aquellos que se desarrollan por iniciativa de parte; lo cual le permite tomar una decisión a través de acto administrativo válido dirigido al administrado interesado en la materia del procedimiento, respecto del cual se generan derechos u obligaciones; decisión unilateral que la puede ejecutar por ella misma. En el procedimiento, por tanto, existe un sujeto activo que siempre es la Administración y el o los sujetos pasivos a quienes se dirige la actividad administrativa y su decisión. Esa prerrogativa autotutelar no la tienen los particulares, salvo en los taxativos casos previstos en la Ley, como la legítima defensa.

Ahora bien, al contrario de la autotutela, la heterotutela, se presenta cuando ha surgido un conflicto que enfrenta a dos o más personas, el cual no puede ser resuelto por ellas, buscan la intervención de un tercero independiente, que carezca de interés alguno en el conflicto, para que luego del análisis de las posiciones pueda resolver el conflicto, estableciendo los derechos y las obligaciones de los contendientes que son las partes procesales aportadoras de sus posiciones, alegaciones y pruebas, sobre las que ha de versar la decisión de dicho tercero; ese tercero en el proceso judicial es el órgano judicial competente para conocer, procesar, decidir y hacer cumplir su pronunciamiento que ha de estar sujeto a derecho. El Juzgador, es pues, el tutor del orden jurídico, al que le corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Es por ello que en virtud de la autotutela, la administración no recurre a la justicia, para en ejercicio de sus competencias decidir y hacer cumplir sus decisiones; siempre sujeta al orden jurídico y al límite que impone el régimen de competencias.

Esos principios propios de la actividad jurídica del Estado han sido omitidos groseramente en las resoluciones administrativas objeto de la litis, agravando aún más la obligación administrativa, de aplicar en cada caso las normas pertinentes para la decisión que debe ser adoptada, siempre explicando claramente las razones que explican esa pertinencia.

Todo lo dicho, determina sin cuestionamiento alguno que en el caso, se ha justificado la existencia del vicio de insuficiencia motivacional de las resoluciones administrativas impugnadas, relativo a la premisa jurídica, generando, los efectos jurídicos prevenidos en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.

7.DECISIÓN:

7.1 Por todo lo expuesto, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ***ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,*** **ACEPTA EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el Procurador Judicial del Banco Internacional S.A. y **CASA** la sentencia de mayoría, dictada el 29 de octubre de 2021, las 10h31, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; y,

7.2 Resolución de la sentencia de mérito: 7.2.1 Acepta parcialmente la demanda deducida por el Representante Legal del Banco Internacional S.A., por lo que, al amparo de lo que dispone el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, declara la nulidad insubsanable de la Resolución JB-2010-1556 de 21 de enero de 2010, ratificatorias de las Resoluciones: No. JB-2008-1228, de 19 de diciembre de 2008; y, del Oficio SAC-2008-927, de 15 de julio de 2008; que por adolecer del mismo vicio quedan sin ningún efecto jurídico.

7.2.2 Se declara sin lugar a las demás pretensiones de la demanda por improcedentes.- Actúe la Secretaria Relatora de la causa.**- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) DR. PATRICIO ADOLFO SECAIRA DURANGO **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL** DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En sentencia de instancia, se niega la demanda formulada para que se deje sin efecto la resolución de la entidad demandada por la cual se dispone el reintegro de valores desembolsados por ella, al cuentacorrentista. En casación se acepta el recurso planteado por la accionante, se casa el fallo recurrido, por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por vicios motivacionales; y, en sentencia demérito, se acepta la demanda por insuficiencia motivacional en los precedentes jurídicos y se declara su nulidad.

VIII

Juicio Nro. *17811-2015-01182*
Fecha: *viernes 17 de mayo de 2024, las 15h33.*

TEMA: Interpretación de Acuerdo de Jubilación. Retroactividad. Seguridad jurídica el Acuerdo del IESS a favor de los jubilados.

SÍNTESIS

La Sala estimó que el problema jurídico está orientado a decidir si la sentencia dictada ha incurrido en los yerros acusados por el recurrente (IESS). El actor de la causa demandó la correcta aplicación del Acuerdo de Jubilación; por estimar que existe una aplicación retroactiva de la norma y que ello vulnera su derecho adquirido a la jubilación patronal. El ad quem aceptó la demanda y ordenó al IESS pagar las diferencias de las pensiones. Interpuesto el recurso se lo desechó y se confirmó la sentencia recurrida. La Sala consideró que; una interpretación literal, sistemática y que más favorece la efectiva vigencia del derecho a la seguridad jurídica de los jubilados, atinente a que la frase "normativa vigente" del artículo 4 de la Resolución No. CD 476 se entienda como aquella que estaba en vigor a la época en que cada jubilado adquirió su derecho a la jubilación patronal; es correcta, como así lo efectúo el ad quem. Las disposiciones alegadas como yerros del Decreto Ejecutivo No. 172 eran aplicables al supuesto fáctico puesto en conocimiento del Tribunal a quo; y, en consecuencia, el tribunal ad quem no incurrió en una errónea interpretación de las normas denunciadas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2015-01182

Jueza Ponente: Dra. Hipatia Susana Ortiz Vargas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA..- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 17 de mayo del 2024, las 15h33.

VISTOS. Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de:

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 de la Judicatura resolvió designar a nueve jueces para la Corte Nacional de Justicia.

b) Mediante Resolución No. 02-2021, de 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Contencioso Administrativo por los Jueces Nacionales: Milton Enrique Velásquez Díaz, Fabián Patricio Racines Garrido, Patricio Adolfo Secaira Durango e Iván Rodrigo Larco Ortuño.

c) 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 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.

d) Hipatia Ortiz Vargas, fue designada como Jueza Nacional Temporal mediante Oficio No. 147-SG-CNJ-2024, de 08 de enero de 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en reemplazo del despacho del ex Magistrado Fabián Racines Garrido.

e) Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 14 de octubre de 2022, constante a fs. 24, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Hipatia Susana Ortiz Vargas (Juez Ponente, en virtud de lo

establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Iván Rodrigo Larco Ortuño y Milton Enrique Velásquez Díaz; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación, 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 señora Ana Lucía Jiménez Massuh, presentó acción subjetiva o de plena jurisdicción en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social "IESS", Coordinador General de Servicios Corporativos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, Procurador General del Estado, impugnando el Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-288 emitido el 4 de marzo de 2015, por la Coordinadora General de Servicios Corporativos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; pretendiendo se declare la ilegalidad parcial y consecuente nulidad parcial del Acuerdo de Jubilación Patronal No. 215-JPL-288, en cuanto se refiere a que dicho Acuerdo surte efectos y entra en vigencia *"a partir del 01 de agosto de 2013"* , toda vez que el referido Acuerdo se fundamenta en la Resolución No. C.D. 476 de 14 de enero de 2015. Resolución que sólo puede surtir efectos jurídicos a partir del 14 de enero de 2015 y no puede regular períodos anteriores. Se ordene al Director General del IESS que, con respecto al período examinado entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2014, proceda al pago a favor de la actora, de la diferencia resultante entre el valor de la pensión de jubilación patronal correspondiente a dicho período, calculado de acuerdo con la Resolución No. 476 de 14 de enero de 2015, y el valor de la pensión calculada correctamente, de conformidad con la normativa aplicada a ese período, es decir, con base en el artículo 2 de la Resolución No. C.I. 127, reformado por los artículos 2 y 3 de la Resolución No. 218, normas que fueron ratificadas por el artículo 2 de la Resolución No. C.D. 329, así como también al pago de los intereses generados desde la fecha en que debieron ser pagadas las pensiones jubilares completas, hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago de la diferencia demandada; y, se condene al pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de sus abogados.

1.2.- De la parte dispositiva de la sentencia o auto recurrido: Con voto de mayoría en sentencia de 09 de junio de 2021, a las 10h41, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2015-01182, resolvió aceptar parcialmente la demanda interpuesta por actora; y, declarar la nulidad parcial del Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-288 de 04 de marzo de 2015, emitido por la Coordinadora General de Servicios Corporativos del IESS; y, ordenó que la entidad accionada, en el plazo de 30 días desde la ejecutoria del presente fallo, proceda al pago a la actora, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2014, de la diferencia resultante entre el valor de la pensión jubilar patronal correspondiente a dicho período, calculado de Acuerdo a la Resolución CD 476 de 14 de enero de 2015 y el que corresponda en aplicación del artículo 2 de la Resolución No. C.I. 127 de la Comisión Interventora del IESS de 19 de noviembre de 2001, reformado por los artículos 2y 3 de la Resolución No. 218 de Consejo Directivo del IESS emitida el 4 de marzo de 2010, normas que han sido ratificadas por el artículo 2 de la Resolución No. C.D. 329 del Consejo Directivo del IESS de 8 de septiembre de 2010.

1.3.- Referencia a la decisión sobre aclaración o ampliación. La entidad demandada ha formulado recurso horizontal de aclaración a la sentencia impugnada, el cual ha sido negado en auto proferido el 27 de agosto de 2021, a las 14h36.

1.4.- Identificación de la parte procesal que interpone el recurso de casación y los casos invocados.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, interpone recurso de casación en contra de dicha sentencia, sustentado en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación "LC".

1.5.- Auto de admisión.- Con auto de 14 de julio de 2022, las 15h14, la Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió parcialmente a trámite el recurso de casación por la **causal quinta** (falta de motivación); y por la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación, exclusivamente en lo que respecta a la **falta de aplicación** de los artículos 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 4 del Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010; **errónea interpretación** de los artículos 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS; 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del

Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009; y, **aplicación indebida** de los artículos 2 de la Resolución No. C.I. 127; 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218; y 2 de la Resolución No. C.D. 329.

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 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

2.2.- Acta de sorteo: Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha 14 de octubre de 2022, constante a fs. 24, 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 Milton Enrique Velásquez Díaz, 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 de los vicios de **falta de motivación** de la sentencia denunciada bajo la causal quinta del art. 3 de la LC; **falta de aplicación** de los artículos 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 4 del Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010; **errónea interpretación** de los artículos 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS; 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009; y, **aplicación indebida** de los artículos 2 de la Resolución No. C.I. 127; 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218; y 2 de la Resolución No. C.D. 329.

4.2.- Para fundamentar la **falta de aplicación** del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010, arguye:

4.2.1.- Artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado:

" […] El yerro jurídico se comete precisamente en el momento en el cual el Tribunal transcribe y hace suyos los razonamientos equívocos de la actora, sobre los efectos de la aplicación de la resolución 476, para el cálculo de la jubilación patronal sin hacer alusión a que dicho cálculo y resolución obedecieron a una disposición jurídica mandatoria como lo es el Art. 92 de la LOCGE, la cual obliga al IESS a acoger las recomendaciones emitidas por dicho órgano de control […] Por lo tanto, conforme a la recomendación de obligatorio cumplimiento de la Contraloría General del Estado contenido en el informe No. DADSySS-0064-201, el IESS tiene la obligación de aplicar el D. E. 172, que estuvo vigente desde el 1 de enero de 2009.

Es necesario recalcar que el Art. 92 de la LOCGE obliga al IESS a cumplir las recomendaciones de sus informes, siendo estas vinculantes para las autoridades de la Institución; por lo tanto el IESS se vio en la obligación de aplicar los D. E. Nos. 172 y 225, ya que en los dos decretos se recoge el mismo texto; es decir que el IESS aplicó normas vigentes desde antes de que se genere el derecho del accionante. [...]"

4.2.2.- Artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010:

"[…]Conforme a las causales alegadas anteriormente y en consonancia con las mismas, la presente causal del recurso de casación se fundamenta en la falta de aplicación de las normas detalladas en el numeral anterior, así mismo, tiene una estrecha relación con la causal anterior; puesto que, como podrán evidenciar de la lectura de los decretos ejecutivos el texto recogido es idéntico, al regular el pago y los límites de las jubilaciones que tengan cualquier denominación y que sean financiadas por el presupuesto institucional, como es el caso del IESS, que el pago de la jubilación patronal que reclama sea reliquidada a la accionante, es financiada con el 3% de gastos administrativos del IESS; los cuales, son considerados como recursos públicos. […]

Por lo tanto, el Art. 4 del D. E. No. 225, que contiene el mismo texto que el Art. I del D. E. No. 172, es de obligatorio cumplimiento para el IESS al momento de liquidar las pensiones de jubilación patronal, de conformidad con el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. […]"

4.3.- Respecto a la **errónea interpretación** del artículo 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS; artículos 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009, expreso lo siguiente:
4.3.1.- Artículo 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS:

" […]para determinar el sentido correcto del Art. 4 de la Resolución No. 476, es que, al decir "normativa vigente" se debe efectuar un análisis pormenorizado de aquellas normas y principios jurídicos de todo el ordenamiento jurídico que son aplicables, y no únicamente como lo hizo el Tribunal atendiendo a la temporalidad de las resoluciones emitidas por el IESS, ya que la Contraloría General del Estado fue determinante al decir que la normativa vigente y jerárquicamente superior que el IESS debe aplicar es el Decreto Ejecutivo No. 172, conexamente el No. 225; los cuales se encuentran vigentes desde antes que se genere el derecho de la actora, es decir desde el 1 de enero de 2009. La Resolución No. C.D. 476 recoge tanto las recomendaciones de la Contraloría General del Estado, así como el mismo cálculo determinado en los decretos ejecutivos. […]

El hecho de que el Tribunal haya previsto únicamente la temporalidad de las resoluciones del IESS dejando a un lado las recomendaciones del órgano de control, así como los decretos ejecutivos implicó que el Tribunal considere erróneamente que el Art. 4 de la Resolución No. 476, al referirse a la normativa vigente, se refería a las resoluciones del IESS que se emitieron para regular la jubilación patronal, cuando formalmente existieron normas jerárquicamente superiores, que tenían que ser aplicados por el IESS y que no lo hizo hasta que la Contraloría General del Estado lo recomendó de manera vinculante. […]"

4.3.2.- Artículos 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009:

" […] El sentido correcto de las normas que componen el D.E. No. 172, es que dichas regulaciones son aplicables al pago de las jubilaciones que tengan cualquier denominación y que sean financiadas con fondos públicos como el caso del IESS, y por ende, deben ser aplicadas las regulaciones en la forma de cálculo y con los límites establecidos; esto no responde a una interpretación antojadiza del IESS sino a la correcta interpretación del ordenamiento jurídico.

De hecho, el otorgamiento de esta jubilación patronal a ex servidores del IESS que pasaron del Código de Trabajo a la LOSCCA, por efectos de la Resolución No. C.S. 879 y las reformas constitucionales del año 1996, fue objeto de un examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, (No. DADSySS-0664-2014); en el cual, se analizó la aplicación del D.E. No. 172, ya que el IESS manifestó su oposición a la aplicación del mismo alegando que no le es aplicable […]

Sin embargo, fue la misma Contraloría General del Estado quien se encargó de desvirtuar los argumentos del IESS y dilucidar sobre la aplicación del Decreto Ejecutivo en la Institución […]

Es decir que, el IESS de conformidad con el Art. 92 de la LOCGE, se vio obligado al cumplimiento de esta recomendación con carácter vinculante; la cual, se resume en ajustar los montos de la jubilación patronal de conformidad con los límites y cálculos del D. E. No. 172, puesto que dicha jubilación estaba siendo financiada con recursos públicos; razón por la que, se emitió la Resolución No. C.D. 476. […]

Las normas alegadas como erróneamente interpretadas son de obligatorio cumplimiento desde el 1 de enero de 2009, de conformidad con la disposición final del mismo decreto y del Art. 92 de la LOCGE, puesto que, el correspondiente órgano de control así lo dejó dispuesto en el informe de su examen especial, considerando inclusive lo manifestado por la Procuraduría General del Estado respecto a la no aplicación del mismo a este tipo de situaciones fácticas.

Finalmente, se debe recalcar que el D.E. No. 225, que se encuentra en la motivación del acto administrativo impugnado contiene el mismo texto que el D.E. No. 172; estos sirvieron para la regulación de aspectos de la contratación colectiva en aplicación del Mandato Constituyente No. 8. […]"

4.4.- Con relación a la **aplicación indebida** de los artículos 2 de la Resolución No. C.I. 127; 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218; y 2 de la Resolución No. C.D. 329, refiere lo siguiente:

" […] La Contraloría General del Estado en su informe No. DADSySS-0064-2014, emitió una recomendación de obligatorio cumplimiento al IESS, diciendo que para el cálculo de la jubilación patronal de ex servidores del IESS, se debe aplicar el D. E. No. 172, inclusive, dicha entidad efectuó un análisis de las objeciones de la Procuraduría General del Estado para que no se aplique; sin embargo este informe quedó

en firme. Así mismo, analizó los razonamientos efectuados por la Corte Constitucional en la sentencia No. 077-13-SEP-CC, sobre la no afectación al derecho a la jubilación patronal por la reducción del monto a percibir; por lo tanto, al amparo del Art. 92 de la LOCGE, el IESS procedió a emitir la Resolución No. C. D. 476, que regula los límites de la jubilación patronal y la forma de cálculo, los cuales están fundamentados en el D.E. No. 172.

Por su parte, el Art. 4 de esta Resolución dispuso que a quienes no han accedido a este derecho, como el caso del accionante, se regulará su cálculo conforme a la normativa aplicable, y es aquí donde surge el punto de controversia, puesto que el accionante pretende que se aplique las Resoluciones Nos. C.I. 127, C.D. 218 y C.D. 239 del IESS, cuando en realidad la norma jerárquicamente superior que estaba vigente es el D. E. No. 172, desde el 1 de enero de 2009, y el D.E. No. 225, atendiendo a la fecha de renuncia de la accionante, conforme se recogen en los antecedentes de la sentencia, que fue el 05 de julio de 2013; por lo que, al amparo del Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador el Tribunal no debe aplicar las resoluciones acusadas como infringidas, en cuanto se opongan al Decreto Ejecutivo; además, dichas normas están derogadas por la disposición derogatoria de la Resolución No. C.D. 476.

En el mismo orden de ideas, de conformidad con el Art. 4 de la Resolución No. C.D.476, el Art. 92 de la LOCGE, Art. 425 de la Constitución de la República, las normas vigentes a la fecha de la renuncia de la accionante, son los Decretos Ejecutivos Nos. 172 y 225, (que recogen el mismo texto, son normas conexas); las cuales tienen vigencia desde antes de su brenuncia. No hay aplicación retroactiva de ninguna norma. […]"

4.5.- En lo atinente a la **falta de motivación** de la sentencia impugnada, bajo la causal quinta del artículo 3 de la LC, el recurrente reseña:

"[…]el Tribunal de mayoría se limitó a decir que dicho decreto "regula otra situación fáctica" faltando así al principio de razonabilidad, sin mencionar norma alguna por la cual haya llegado a la conclusión de que el decreto no regula la presente situación; al de lógica, al no concatenar ninguna premisa jurídica y fáctica; y, finalmente, a la comprensibilidad ya que el lenguaje utilizado por el Tribunal se limita a una mera declaración inentendible a la luz de los principios de razonabilidad y lógica; lo cual, produce que la decisión sea arbitraria al no aplicar el D. E. No. 172 y afirmar que no cabe en el caso; así como no aplicar el D. E. No. 225, normas concordantes; recalcando que esta última formó parte de la motivación del acto impugnado. […]

Esta arbitrariedad afecta directamente en la decisión de la causa, puesto que produjo que el Tribunal hiciera caso omiso a todas las normas que componen el ordenamiento jurídico y que son aplicables plenamente en el presente caso para liquidar la pensión de jubilación; afecta de igual manera, porque el IESS no conoció en ningún momento que otras situaciones fácticas regula dicha norma. […]"

V
PROBLEMA JURÍDICO

5.1.- Conforme lo expuesto, revisado el recurso de casación interpuesto y el auto de admisión parcial 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 dictada el 09 de junio de 2021, a las 10h41, por el Tribunal de instancia ha incurrido en los yerros acusados por el recurrente; esto es, por la **causal quinta** (falta de motivación); y por la **causal primera** del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo que respecta a la **falta de aplicación** de los artículos 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 4 del Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010; **errónea interpretación** de los artículos 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS; 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009; y, **aplicación indebida** de los artículos 2 de la Resolución No. C.I. 127; 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218; y 2 de la Resolución No. C.D. 329.

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.- También es importante recalcar que el recurso de casación es un medio impugnatorio de las sentencias o autos que, dentro de procesos de conocimiento, expiden, entre otros órganos judiciales, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo; desde luego que los autos se refieren a aquellos que ponen fin a los procesos judiciales y que en la práctica tienen fuerza de sentencias; por tanto, no corresponde, al orden de los recursos ordinarios que regulan actividades procesales de instancia; de ahí que la casación corresponda a la clase de recursos extraordinarios, que se orienta a que un tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia o auto al que se ataca, es por ello que no solo la doctrina y la jurisprudencia, sino esencialmente la misma ley, establece una serie de formalidades que deben ser cumplidas de manera estricta con la técnica jurídica que cada causal y los modos de infracción que estas contienen exigen; técnica que tiene ver con el razonamiento lógicojurídico que permita demostrar la existencia de los yerros que el casacionista, aduce, vician al auto o sentencia que reprocha; el recurso de casación por su propia excepcionalidad establece taxativamente los casos y los yerros que potencialmente pueden afectar a una decisión judicial, sin que, quien usa el recurso pueda promoverlo por causas distintas a las determinadas puntualmente en el ordenamiento jurídico. (Resolución No. 2020-714 de 21 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia).

6.3.- Causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.- Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. (Falta de motivación)

6.3.1.- La "falta de motivación" hecha al amparo de la causal quinta del artículo 3 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: *"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"* .

6.3.2.- 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.

6.3.3.- De su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en recientes pronunciamientos 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…"* . (Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrafo 61).

6.3.4.- 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. (Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrafo 61. y 61.2). 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…"* (Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrafo 64.1).

6.3.5.- Si bien el recurrente realiza una argumentación encaminada al antiguo test de motivación; y por tanto no se avizora específicamente un tipo de deficiencia motivacional, es pertinente que la Sala bajo el nuevo criterio rector establecido por la Corte Constitucional del Ecuador, realice un esfuerzo razonable para identificar las posibles deficiencias motivacionales que puedan existir en la sentencia denunciada. Para el efecto, esta Sala revela que el casacionista arguye el vicio motivacional de insuficiencia motivacional.

6.3.6.- La Sala iniciará su examen de la falta de motivación, a la luz del vicio de insuficiencia motivacional; vicio que la Corte Constitucional ha señalado:

> *"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."* (Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrafo 69).

6.3.7.- Ahora bien, efectuando el estudio correspondiente, es necesario remitirse a la sentencia denunciada, e identificar si en efecto ha ocurrido el vicio denunciado, en su parte pertinente refiere:

> *"…No hace mérito la alegación del IESS respecto a que el cálculo de la jubilación patronal se ha basado en la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre del año 2009, pues además de que dicho Decreto regula otra situación fáctica, tal norma no consta como elemento constitutivo de la voluntad administrativa consagrada en el Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-25 de fecha 4 de marzo de 2015. De hecho, conforme se analizó ut supra, la propia resolución aclara que el cálculo de la pensión jubilar se realizaba de forma diferenciada, en dos momentos distintos: antes de la vigencia de la Resolución CD 476 y, desde la vigencia de ésta…"*

6.3.8.- De los pasajes transcritos en líneas anteriores, es menester indicar que el recurrente en lo medular señala; i) no se determinó la norma pertinente para fundamentar la aplicación del Decreto 172; ii) no existe concatenación entre la premisa jurídica y fáctica; y, iii) porque el lenguaje es inentendible.

6.3.9.- De la revisión de la sentencia recurrida, se advierte el Tribunal de instancia fundamenta la no aplicación del D.E. 172, en el caso concreto; toda vez, que del mismo numeral Quinto de la sentencia examinada, consta la enunciación de la normativa pertinente, como es el Código Civil y la Resolución C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS, fundamentación jurídica con la que arriba a la conclusión de que *"el IESS ha actuado erróneamente al aplicar la fórmula contenida en el artículo 2 de la Resolución 476 de forma retroactiva"*.

6.3.10.- Con relación a que no existe una concatenación entre la premisa fáctica y jurídica, corresponde recurrir al considerando quinto de la sentencia impugnada, de lo cual se desprende que el Tribunal de instancia consideró que el IESS no calculó la jubilación de la actora bajo el Decreto No. 172; por cuanto, el ámbito de aplicación del Decreto No. 172 no coincide con la situación fáctica de la accionante; y, porqué el IESS no invocó dicho decreto para fundamentar el Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-288, sino que se basó en la Resolución No. C.D. 476.

6.3.11.- Para llegar a esas aseveraciones, el Tribunal de instancia evidenció que el IESS mencionó expresamente el artículo 4 de la Resolución No. C.D. 476 al momento de calcular la pensión de la accionante; y, que esa disposición hacía referencia a "las personas que obtuvieron el derecho y aún no perciben pensión jubilar patronal", arribando a la conclusión que en el caso de la accionante, ella no había recibido pensión alguna todavía. Con este ejercicio intelectivo se revela que el Tribunal de instancia efectúa una concatenación entre las premisas fácticas y las premisas jurídicas, exponiendo las razones por las que desecha el argumento planteado por el IESS en su contestación a la demanda.

6.3.12.- De una lectura integral de la sentencia, es posible entender que las razones fácticas y jurídicas por las que el Tribunal de instancia corroboró que el ámbito de aplicación difería del caso de la accionante porque el Decreto No. 172 hace

alusión a *"los ex servidores públicos o jubilados de la entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar"*. Por lo cual, se advierte que el Tribunal de instancia ofreció tanto razones suficientes para rechazar el argumento del IESS, así como un lenguaje totalmente comprensible para entender las razones de su decisión.

6.3.13.- 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)

6.3.14.- 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.

6.4.- Causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en su parte dispositiva.

Falta de aplicación del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010.

6.4.1.- 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. 8498, 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 adquem 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."*

6.4.2.- 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"* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 182).

6.4.4.- 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.

6.4.4.1. Falta de aplicación del artículo 92 de la LOCGE

6.4.4.2. En lo medular el casacionista, arguye que la Contraloría General del Estado, a través del *informe No. DADS y SS-0064-201* recomendó al IESS ajustar el monto de las pensiones jubilares, a los parámetros fijados en el Decreto Ejecutivo 172 de 7 de diciembre de 2009.

6.4.4.3. El IESS afirma que por disposición del Art. 92 de la LOCGE dictó la Resolución No. CD. 476 para cumplir con la recomendación de Contraloría y que, en función de ella, calculó la pensión jubilar de la actora. Por ello, a criterio de la entidad recurrente, el Tribunal *a quo* debía considerar el artículo 92 de Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone que: *"las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con carácter obligatorio (…)"*.

6.4.4.4. Sobre lo alegado por la entidad casacionista, se debe recordar que según el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del

Estado las recomendaciones de la entidad de control son obligatorias para las instituciones auditadas; y no, respecto de los órganos jurisdiccionales.
6.4.4.5. Sin perjuicio de la anteriormente indicado, por lo alegado por la recurrente, es necesario señalar que, la recomendación de Contraloría General del Estado mencionada en por la recurrente, no guarda relación con el supuesto fáctico del caso, porque versa sobre la reliquidación de las pensiones de jubilados en función del Decreto Ejecutivo No. 172, presupuesto que para el caso de estudio no resulta aplicable, conforme ha sido proferido por el propio Tribunal de instancia, y conforme lo indicado *ut supra.*
6.4.4.6. En suma, el artículo 92 de la LOCGE no corresponde ser aplicado en la sentencia denunciada, pues las recomendaciones de la entidad de control son obligatorias para los supuestos fácticos a los que resultan aplicables; y, en este caso, se ha determinado su inaplicabilidad por tener un ámbito distinto al supuesto fáctico contenido en la presente contienda judicial. En tal virtud, no se configura el yerro de falta de aplicación del artículo 92 de la LOCGE y por tanto, no procede el recurso de casación en este extremo.
6.4.4.7. Falta de aplicación del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 225
6.4.4.8. La norma acusada como no aplicada, dispone:

Art.4.- Al final del número 1.2.4 del Art. 1 agréguese lo siguiente:
" Los fondos de cesantía acumulados hasta el 30 de abril de 2009, son de propiedad exclusiva de los trabajadores y serán quienes determinen su destino.
Los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre de 2008 venían percibiendo una pensión jubilar, *ya sea de los Fondos Privados de Jubilación Complementaria o de Cesantía, bajo cualquier denominación que éstos tuviere, o directamente del presupuesto institucional, pasarán a percibir una transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y solidaria, en adelante transferencia solidaria, con cargo a su respectivo presupuesto institucional o Presupuesto General del Estado de ser el caso, en los montos y con las limitaciones establecidas en éste Decreto.*
Las transferencias solidarias se calcularán en base a la pensión que venía percibiendo el beneficiario jubilado a diciembre de 2008 y considerando los siguientes criterios: para el caso de las pensiones que no superaban un salario básico unificado, se reconocerá el 100% de dicha pensión jubilar.
Para aquellas pensiones jubilares superiores a un salario básico unificado e inferiores a una canasta básica familiar, la transferencia solidaria será el valor equivalente a un salario básico unificado más el monto correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar y el salario básico unificado. En los casos que la pensión jubilar supere la canasta básica familiar, la transferencia solidaria se limitará a un salario básico unificado más el 70% de la diferencia entre la canasta básica familiar y el salario básico unificado".

6.4.4.9. De la norma transcrita, se observa que el ámbito de aplicación de la norma en cita, refiere los mismos criterios contenidos en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 172: es decir *"los ex servidores públicos o jubilados de la entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar".*
6.4.4.10. En tal sentido, de la norma denunciada se extrae dos condiciones para que esta norma resultare aplicable: **i)** que el ex servidor público o jubilado hubiese accedido a su derecho de jubilación hasta el 31 de diciembre de 2008; y, **ii)** que, por esta situación, el ex servidor haya venido percibiendo una pensión jubilar hasta antes del 31 de diciembre de 2008. En la especie, ninguno de esos presupuestos se verifican en el caso de estudio, tomando en consideración que la accionante, conforme obra de autos se reconoció su derecho desde el 01 de agosto de 2013, sumado al hecho que no había percibido pensiones jubilares desde que se reconoció su derecho.
6.4.4.11.- En suma, el Tribunal de instancia no cometió el yerro de falta de aplicación al no considerar en su sentencia el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 225, por tal motivo, no procede el cargo por este extremo.
6.5.- Errónea interpretación del artículo 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS; artículos 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009.
6.5.1.- Sobre el vicio de errónea interpretación, Murcia Ballén enseña: *"Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. Por consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la*

falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso de yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado". (Humberto Murcia Ballén, "La Casación Civil en Colombia", p.324).

6.5.2.- 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 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.

6.5.2.1. Errónea interpretación del artículo 4 de la Resolución No. C.D. 476 del Consejo Directivo del IESS.

6.5.2.2.- Según lo expuesto por la recurrente, manifiesta que el Tribunal *a quo* debía efectuar un análisis pormenorizado de la frase *"normativa vigente"*, contenida en el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS, consonante con todo el ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto; y no solo atender a la temporalidad de las resoluciones emitidas por el IESS; sino que correspondía aplicar la normativa vigente y jerárquicamente superior como es el Decreto Ejecutivo No. 172, conexamente con el D.E. 225, conforme fue dictaminado por la Contraloría General del Estado.

6.5.2.3. En el caso *in examine*, el Tribunal de instancia interpretó literalmente el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS emitida el 14 de enero de 2015, y aplicó un método sistemático para darle sentido a la frase *"normativa vigente"*, al amparo del artículo 7 del Código Civil, circunstancias que se evidencia del considerando quinto numeral 5 de la sentencia denunciada:

> *"5) Por tanto, estas eran las disposiciones que debían ser aplicadas por el IESS a efectos de determinar el valor de la pensión jubilar de la hoy accionante para el período comprendido entre septiembre de 2013 a diciembre de 2014. De lo que se colige, que el IESS ha actuado erróneamente al aplicar la fórmula contenida en el artículo 2 de la Resolución 476 de forma retroactiva a situaciones que han surgido con anterioridad a la vigencia de dicha disposición, no sólo por cuanto el artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil así lo prescribe (La ley rige para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo), sino también porque ha actuado en contra de su propia Resolución CD 476, en cuyo artículo 4 dispone que: "Para las personas que obtuvieron el derecho y aún no perciben pensión jubilar patronal el valor de la misma se calculará de conformidad con la normativa vigente. A partir de la vigencia de la presente resolución se aplicarán los parámetros señalados en el artículo 2." No hace mérito la alegación del IESS respecto a que el cálculo de la jubilación patronal se ha basado en la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre del año 2009, pues además de que dicho Decreto regula otra situación fáctica, tal norma no consta como elemento constitutivo de la voluntad administrativa consagrada en el Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-25 de fecha 4 de marzo de 2015. De hecho, conforme se analizó ut supra, la propia resolución aclara que el cálculo de la pensión jubilar se realizaba de forma diferenciada, en dos momentos distintos: antes de la vigencia de la Resolución CD 476 y, desde la vigencia de ésta…"*

6.5.2.4.- Del pasaje trascrito, se advierte que el Tribunal de instancia interpretó cabalmente el artículo 4 de la Resolución No. CD 476 del IESS, por cuanto dicha norma está compuesto de dos párrafos claramente delimitados que responden a dos situaciones jurídicas distintas:

i) Para el primer grupo las personas que obtuvieron el derecho y aun no perciben pensión jubilar patronal, el valor de la misma se calculará de conformidad con la normativa vigente. En este sentido, una interpretación literal y lógica del párrafo, se revela que las personas que obtuvieron el derecho a la pensión jubilar y cuyo valor todavía no ha sido cancelado, el cálculo de su pensión deberá ser con base a la normativa vigente.

La "normativa vigente", no puede ser otra que la que regía al momento en que la persona se hizo acreedora al pago de la jubilación patronal, es decir cuando reunió todos los requisitos para hacer exigible su derecho. En el caso de estudio, la "normativa vigente" (por el principio

de ultractividad) es el art. 2 de la Resolución No. C.l. 127 reformado por los Arts. 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218.

ii) El segundo grupo, regula el pago de la pensión jubilar a partir de la expedición de la Resolución No. CD 476 de 14 de enero de 2015, al disponer que: *"A partir de la vigencia de la presente resolución se aplicarán los parámetros señalados en el artículo 2"*. En concordancia con la parte final del Art. 4 citado es taxativa en señalar que a partir de la vigencia de la presente resolución; esto es, a partir del 14 de enero de 2015, se procederá a aplicar los parámetros previstos en el Art. 2; es decir, el nuevo método de cálculo.

6.5.2.5.- De lo expuesto, se concluye que necesariamente las pensiones jubilares del primer grupo comprendido antes de la vigencia de la Resolución No. CD 476, no pueden ser calculadas con el artículo 2 *ibídem*, porque este último sólo es aplicable para el segundo grupo de pensiones jubilares posteriores a la vigencia de la resolución.

6.5.2.6.- En consecuencia, es razonable que el Tribunal de instancia haya recurrido a otros cuerpos normativos como el artículo 7 del Código Civil que establece los efectos de las normas en el tiempo, de la siguiente manera: *"La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (…)"*. La norma en cita fortalece la idea de que el artículo 2 de la Resolución No. CD 476 no podría ser aplicada para calcular pensiones que para esa época ya debían estar canceladas por parte del IESS. Es decir, no podría tener efectos retroactivos.

6.5.2.7.- Corolario de lo dicho, esta Sala considera que una interpretación literal, sistemática y que más favorece la efectiva vigencia del derecho a la seguridad jurídica de los jubilados, demanda que la frase *"normativa vigente"* del artículo 4 de la Resolución No. CD 476 se entienda como aquella que estaba en vigor a la época en que cada jubilado adquirió su derecho a la jubilación patronal, como así lo efectúo el Tribunal **a quo** en la sentencia fiscalizada.

6.5.2.8.- Conforme lo expuesto, la Sala concluye que el Tribunal de instancia interpretó correctamente el artículo 4 de la Resolución No. CD. 476. Por lo cual, se desestima el cargo invocado por la entidad recurrente.

6.5.2.9.- Errónea interpretación de los artículos 1, 2, Disposición Transitoria y Disposición Final del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el R.O. No. 90 de 17 de diciembre de 2009.

6.5.2.10.- En su escrito casacional, la casacionista considera que Tribunal de instancia interpretó erróneamente los artículos 1 y 2, así como la disposición transitoria y disposición final del Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre de 2019 porque, a su criterio, estas normas regulan la situación fáctica puesta en conocimiento del Tribunal.

6.5.2.11.- Las normas denunciadas no erróneamente interpretadas, reseñan:

> ***" Art. 1.-*** *Los ex servidores público o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre de 2008 venía percibiendo una pensión jubilar ya sea de los Fondos Privados de Jubilación Complementaria o Cesantía, bajo cualquier denominación que éstos tuvieren, o directamente del presupuesto institucional, pasarán a percibir una transferencia solidaria, con cargo a su respectivo presupuesto institucional o Presupuesto General del Estado de ser el caso, en los momentos y con las limitaciones establecidas en éste Decreto.*
>
> **Art. 2-** *Las transferencias solidarias se calcularán en base a la pensión que venía percibiendo el beneficiario jubilado a diciembre del 2008 y considerando los siguientes criterios: para el caso de las pensiones que no superaban un salario básico unificado, se reconocerá el 100% de dicha pensión jubilar. Para aquellas pensiones jubilares superiores a un salario básico unificado e inferiores a una canasta básica familiar, la transferencia solidaria será el valor equivalente a un salario básico unificado más el monto correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar y el salario básico unificado. En los casos que la pensión jubilar supere la canasta básica familiar, la transferencia solidaria se limitará a un salario básico unificado más el 70% de la diferencia entre la canasta básica familiar y el salario básico unificado.*
>
> ***Disposición Transitoria.-*** *Para el cálculo de las transferencias en este artículo, el salario básico unificado y el valor referente a la canasta básica familiar serán lo establecidos a enero del 2009 (USD 218,00 y USD 512, 03, respectivamente).*
>
> ***Disposición Final.-*** *De la ejecución del presente decreto ejecutivo, que entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2009, sin perjuicio de su publicación en el registro Oficial, encárguese a la Ministra de Finanzas"*

6.5.2.12.- De lo trascrito, se desprende que dichas normas gobiernan la supresión de las pensiones jubilares de "los ex servidores públicos o jubilados

de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar". Estas fueron reemplazadas por "transferencias solidarias", cuyo método de cálculo se encuentra regulado en el mismo Decreto Ejecutivo No. 172, que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2019. Para el IESS, la jubilación de la actora paso a ser una transferencia solidaria" por el Decreto Ejecutivo No. 172.

6.5.2.13.- A efectos de examinar la procedencia del yerro de errónea interpretación, este Tribunal se remitirá a los hechos establecidos como ciertos en la sentencia recurrida, pues como se dijo en líneas anteriores los jueces casacionales parten de la verdad material que arroja el proceso, la cual no se cuestiona por tratarse de hechos probados y aceptados por las partes, sobre la base de apreciación del Tribunal de instancia.

6.5.2.14.- En la especie, consta como hechos ciertos que el Tribunal de instancia determinó en sentencia, con base en el Acuerdo de Jubilación Patronal No. 2015-JPL-288 emitido el 4 de marzo de 2015, son: i) la actora obtuvo el derecho a recibir las pensiones de jubilación desde 01 de agosto de 2013; y ii) la actora no se encontraba percibiendo sus pensiones desde que obtuvo tal derecho, hasta la emisión de la Resolución No. CD. 476.

6.5.2.15.- La esfera de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172 se refiere a: *"los ex servidores públicos o jubilados de la entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar"*. Para ello, corresponde evidenciar dos criterios para que la referida norma resulte aplicable, conforme ya fue explicado en el numeral **6.4.4.9** de la presente sentencia. De la revisión a dichos criterios, ninguno de estos dos criterios fácticos se revelan en el caso de estudio; por cuanto, conforme obra de autos la accionante obtuvo su derecho desde el 01 de agosto de 2013 y no sólo que no había recibido pensiones jubilares antes del 31 de diciembre de 2008, sino que no había percibido pensión alguna desde que obtuvo el derecho.

6.5.2.16.- En virtud de lo explicado, las disposiciones alegadas como yerros del Decreto Ejecutivo No. 172 eran aplicables al supuesto fáctico puesto en conocimiento del Tribunal *a quo*; y, en consecuencia el tribunal no incurrió en una errónea interpretación de las normas denunciadas, lo que provoca la improcedencia de los yerros denunciados.

6.6.- Aplicación indebida de los artículos 2 de la Resolución No. C.I. 127; 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 218; y 2 de la Resolución No. C.D. 329.

6.6.1.- La aplicación indebida de un precepto legal (norma sustantiva), comprende la errónea aplicación por parte del juzgador de una norma que ha sido por él bien entendida, pero cuyo supuesto no es el discutido en el caso que se ocupa, y que por lo tanto no correspondía aplicarla. En palabras del tratadista Víctor Usme establece que la aplicación indebida ocurre cuando: *" la aplicación indebida de la ley se hace manifiesta cuando el juzgador, a pesar de entenderla adecuadamente, de realizar una hermenéutica apropiada, la utiliza a un hecho no previsto por ella, le hace producir efectos distintos de los contemplados, extralimita el ámbito de su vigencia temporal o simplemente la cercena."* (Perea Víctor Julio Usme Perea, Recurso de Casación Laboral, Primera Edición, Bogotá– Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2009).

6.6.2.- 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 debióser aplicada correctamente en lugar de aquella.

6.6.2.1.- Para sustentar este yerro, la casacionista aduce que la Contraloría General del Estado, mediante el informe No. DADSySS-0064-201, al amparo del artículo 92 de la LOCGE, obligo al IESS que para efectuar el cálculo de jubilación patronal se debe aplicar el D.E. 172, y que por esta disposición emitido la Resolución C.D. 476; y, debido a este presupuesto factico no era aplicable las Resoluciones C.I. 127, C.D. 218 Y C.D.239 del IESS.

6.6.2.2.- Como ya explico en líneas precedentes, este vicio refiere a que la aplicación de la norma denunciada no se subsume a los fundamentos fácticos contenidos en la sentencia fiscalizada. En la especie, ha quedado establecido por parte del Tribunal de instancia que el D.E. 172 regula otros presupuestos fácticos al caso en concreto, y que por lo tanto la resolución impugnada aclara que el cálculo de la pensión jubilar se realizaba de forma diferenciada, en dos momentos distintos; esto es, antes de la vigencia de la Resolución CD 476 y, desde la vigencia de ésta. Circunstancias que develan la debida aplicación de las Resoluciones C.I. 127, C.D. 218 Y C.D.239 del IESS en el caso concreto.

6.6.2.3.- Por otro lado, las alegaciones vertidas por la casacionista, denotan que su construcción

está encaminada a la falta de aplicación del artículo 92 de la LOCGE; y, toda vez que se evidenció la improcedencia del yerro de falta de aplicación del art. 92 de la LOCGE, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por la casacionista respecto del vicio de indebida aplicación de las normas denunciadas.

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 Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Por lo tanto, decide no casar la sentencia dictada el 09 de junio de 2021, a las 10h41, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f)DRA. HIPATIA SUSANA ORTÍZ VARGAS **JUEZA NACIONAL (PONENTE)** DR. MILTON ENRIQUE VELÁSQUEZ DÍAZ **JUEZ NACIONAL** DR. IVÁN RODRIGO LARCO ORTUÑO **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En instancia, la actora impugna el Acuerdo de Jubilación por estimar que existe una aplicación retroactiva de la norma y que ello vulnera su derecho adquirido a la jubilación patronal. EL Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito acepta la demanda y orden a al IESS el pago de las diferencias por concepto de jubilación.

Interpuesto el recurso de casación por la causal primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de motivación, falta de aplicación y errónea interpretación de normas sustantivas; se rechaza el recurso de casación por no configurarse los vicios denunciados y se confirma la sentencia de instancia.

Gaceta Judicial

Número 9 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *17502-2011-0126*
Fecha: *miércoles 14 de febrero del 2024, las 14h37*

TEMA: Valoración probatoria. Interpretación de normas. Vicios relacionados con la deducibilidad de pérdidas de la empresa absorbida. Correcta aplicación del artículo 44 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, es decir, reflejar el patrimonio consolidado en el ejercicio del año en que se inscribe la fusión por absorción.

SÍNTESIS

La presente causa versa sobre la impugnación de la resolución No. 117012011RREC036281 emitida por el Servicio de Rentas Internas (SRI), relacionada con el impuesto a la renta correspondiente al ejercicio fiscal 2007. En esta, la compañía Mondelez Ecuador Cía. Ltda. (antes Kraft Foods Ecuador C. Ltda.) interpuso demanda contencioso-tributaria, la cual fue aceptada parcialmente por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario. Contra dicha decisión, tanto la parte actora como la autoridad demandada interpusieron recursos de casación.

Mondelez fundamentó su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, alegando la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y la consecuente omisión en la aplicación de normas sustantivas, específicamente el artículo 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI). Argumentó que los valores glosados por el SRI correspondían a gastos directamente vinculados a su actividad económica, como fletes internos, certificaciones y bodegaje, los cuales deberían considerarse deducibles. Sostuvo además que presentó documentación probatoria suficiente durante el proceso, la cual no habría sido valorada de manera íntegra por el Tribunal.

Por su parte, el SRI fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación de los artículos 11 de la LRTI, 60 inciso segundo, 34 y 21 numeral 8 literal c) de su Reglamento. El eje de su argumentación giró en torno a la imposibilidad legal de que una compañía absorbente, como KRAFT, amortice pérdidas generadas por la sociedad absorbida (GELEC), debido a que el beneficio tributario de deducibilidad es exclusivo de la sociedad que las origina. El SRI destacó además que GELEC, al extinguirse por fusión en 2006, debía haber presentado su declaración anticipada incluyendo la totalidad de dichas pérdidas.

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, al analizar los fundamentos de ambos recursos, concluyó que el Tribunal de instancia sí valoró adecuadamente las pruebas aportadas y que no existió error en la interpretación normativa. En consecuencia, resolvió rechazar los recursos de casación presentados por ambas partes y ratificó la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17502-2011-0126

Juez Ponente: Dr. José Dionicio Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 14 de febrero del 2024, las 14h37.

VISTOS: Por una parte, la doctora María Fernanda Checa Granda y el abogado Marco Santiago Andrade Haro, en calidad de abogados patrocinadores debidamente autorizados por el representante legal de la compañía Mondelez Ecuador Cía. Ltda. (antes Kraft Foods Ecuador C. Ltda.); y, por otra parte, el doctor Rodrigo Godoy Garzón, debidamente legitimado por parte de las autoridades tributarias demandadas, interponen sendos recursos de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 21 de junio de 2019, las 11h58, dentro del juicio de impugnación No. 17502-2011-0126.

1. Antecedentes procesales

1.1. Objeto de la controversia.- Según se desprende de la sentencia impugnada el objeto de la controversia consiste en que *"…la Litis se ha trabado porque la parte actora no está conforme con la resolución número 117012011RREC036281 del 9 de noviembre de 2011 dictada por el director regional norte del Servicio de Rentas Internas, solicitando que se resuelva a favor de la actora la presente acción contencioso tributaria; y se deje por lo tanto sin efecto la resolución impugnada correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2007".*

1.2. Sentencia impugnada.- En el fallo de instancia dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 21 de junio de 2019, las 11h58, se resolvió aceptar parcialmente la demanda de impugnación deducida por la señora Andrea Freire Hoppe Martins por los derechos que representa en calidad de presidenta y como tal representante legal de la compañía Kraft Food Ecuador C. Ltda. (hoy Mondelez Ecuador C. Ltda.); y en consecuencia se modificó parcialmente la resolución No. 117012011RREC036281 de 9 de noviembre de 2011 dictada por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, exclusivamente con relación a lo resuelto en los numerales 8.3.3.4, 8.4.3.3 y 8.7.3.6.

1.3. Recurso de casación.- Por una parte, los abogados patrocinadores de la compañía Mondelez Ecuador Cía. Ltda. (antes Kraft Foods Ecuador C. Ltda.) interponen su recurso con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil, 9 numeral 3, 10 numerales 1, 7 y 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, 3 y 14 de la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones; y, por otra parte, el abogado de la autoridad tributaria demandada interpone recurso de casación con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 11 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente al 2007, de los artículos 34, 60 y 21 numeral 8 literal c) del Reglamento de Aplicación a la LRTI, vigente al 2007.

1.4. Calificación.- Los recursos fueron calificados en auto de 26 de julio de 2019, las 8h33, de conformidad con los artículos 2, 5, 7, 8, 10 y 11 de la Ley de Casación para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para cnocer y resolver este recurso.

1.5. Admisión.- Mediante auto de admisión de 31 de marzo de 2022, las 11h25, la doctora Mónica Heredia Proaño, Conjueza de esta Sala, declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación propuesto por la compañía Mondelez Ecuador Cía. Ltda., exclusivamente por el cargo acusado *'sobre la glosa de importaciones de bienes no producidos por la sociedad e importaciones de materia prima'*, al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha dado lugar a la no aplicación de normas sustantivas. También se admitió a trámite el recurso interpuesto por la Administración Tributaria con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de errónea interpretación de los artículos 11 de la Ley de Régimen Tributario Interno, LRTI, 60 segundo inciso, 34 y 21.8 literal c) del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, RALRTI.

2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa No. 17502-2011-0126 (1), realizado el 20 de junio de 2022, las 16h31, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional, Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E); y, José Suing Nagua, Juez Nacional, ponente en la presente causa. Mediante Resolución No.

003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero de 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalado con la acción de personal No.166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 185 segunda parte numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

3. Validez procesal

3.1. No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no adolece de nulidad, por lo que se declara el proceso válido.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. Recurso de la compañía recurrente.- La compañía Mondelez Ecuador Cía. Ltda. para fundamentar su recurso *"Sobre la glosa de importaciones de bienes no producidos por la sociedad e importaciones de materia prima"*, con fundamento en la causal tercera de la Ley de Casación señala la falta de aplicación del artículo 115 del CPC y la infracción del artículo 10.1 de la LRTI, sostiene que la Administración Tributaria se equivoca al establecer dicha diferencia, puesto que el valor glosado corresponde a la cuenta contable que registra los valores por importaciones efectuadas en dicho ejercicio fiscal, el cual contiene no solamente el valor de los documentos aduaneros (DAU's, facturas comerciales, póliza de seguro y flete internacional), sino también todo aquel gasto adicional necesario y requerido para colocar los productos importados en las bodegas de Kraft, tales como: gastos para obtener el certificado de inspección emitido por una empresa supervisora de importaciones internacional, flete terrestre local y gastos de bodegaje de embarque. Señala que el objeto social de compañía consiste en la elaboración, importación, exportación, distribución y/o comercialización de productos alimenticios, de confitería, gelatina pura y cosmética, así como en general de productos de uso humano y la realización de actividades que de este objeto se deriven.

4.2. Con base en su actividad económica, es necesaria la importación de materia prima y de todas las transacciones relacionadas a la obtención de la misma, dado que sirven para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana y resultado de la misma aumentar la base imponible. Afirma que los gastos adicionales tales como: obtención de certificado, flete terrestre y gastos de bodegaje forman parte de las importaciones. Afirma que el actuar de la compañía se adhiere a lo establecido en la norma tributaria, artículo 10 de la LRTI vigente al 2007. Además manifiesta que tiene la documentación de respaldo de las importaciones de productos realizadas en el año 2007, misma que fue debidamente entregada en el presente proceso judicial. Que con fecha 11 de septiembre del 2012, se ingresó como prueba catorce carpetas a favor de la compañía durante la diligencia de inspección tributaria, mismas que constan en el expediente del presente juicio, en donde se logró comprobar que existe documentación suficiente para justificar el tratamiento como gastos deducibles. Por tanto, el Tribunal no ha valorado la prueba en su conjunto conduciéndolo a la no aplicación de normas de derecho. Que ha inobservado el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y por tanto se ha dejado de aplicar a su vez el artículo 10 numeral 1 de la LRTI.

4.3.- Argumentos de la institución recurrente.- En lo que se refiere a la acusación de errónea interpretación del artículo 11 de la LRTI, vigente al año 2007, la casacionista cita en su recurso el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como el considerando 8.7.3 y 8.7.3.5.4, del fallo recurrido y señala que como objeto de la litis

el juzgador de instancia lo delimitó así: *"Ahora bien, para el caso que nos ocupa, es pertinente analizar si con la operación societaria de fusión por absorción, la compañía GELEC debía registrar la totalidad del saldo no amortizado de las pérdidas previo a la fusión, como sostiene el SRI; o, la compañía KRAFT podía utilizar la pérdida no amortizada de GELEC (trasferida con ocasión de la fusión) y amortizarla con las pérdidas de la compañía."*. Que al haber establecido el Tribunal de instancia la ratio sobre el cual versará su resolución es preciso identificar que son dos cuestiones sobre las cuales se pronunciará: i. Si GELEC debía registrar la totalidad del saldo no amortizado de las pérdidas previo a la fusión; o, ii. Si KRAFT podía utilizar la pérdida no amortizada de GELEC, por la fusión, y amortizarla con las pérdidas de la nueva compañía. Señala que es preciso referirse al antecedente, de la misma forma como hecho probado en la sentencia, de que la compañía KRAFT se ha fusionado con la compañía GELEC mediante escritura pública de 1 de junio del 2006, ante el Notario Trigésimo Octavo del Cantón Guayaquil, y debidamente inscrita en el Registro Mercantil del Cantón Quito el día 11 de octubre del 2006. Señala tres puntos que considera la norma: **a)** Pérdidas.- Las sociedades pueden compensar las pérdidas sufridas en el ejercicio impositivo, con las utilidades gravables que obtuvieren dentro de los cinco períodos impositivos siguientes, sin que se exceda en cada período del 25% de las utilidades obtenidas. A este respecto, es preciso mencionar que cuando la norma se refiere a las sociedades lo hace a "la sociedad" que sufriere pérdidas en un ejercicio impositivo, misma que podrá a forma de beneficio contenido en norma tributaria, amortizar dichas pérdidas hasta por los 5 ejercicios subsiguientes siempre que no exceda del 25% de las utilidades del ejercicio en el que se amortiza la proporción de la pérdida; es decir: "la sociedad" generadora de la pérdida es la que puede hacer uso de ese beneficio deducible. Que la norma nada dice que pueda transferirse o trasladarse dicho beneficio de deducción a otra empresa o a una diferente a la que sufrió la pérdida. Entonces, con una adecuada interpretación de esta parte del articulado, se debe considerar que la norma se refiere en específico a la sociedad como tal que sufrió la pérdida, y que ella puede hacer uso del beneficio tributario de la amortización de dicha pérdida, nada dice que dicha deducción pueda trasladarse a otra sociedad o a una nueva que se constituye por acto societario cualquiera que este fuere; **b)** Al efecto se entenderá como utilidades o pérdidas las diferencias resultantes entre ingresos gravados que no se encuentren exentos menos los costos y gastos deducibles. En esta parte, es importante rescatar que la norma identifica la forma en la que se debe calcular la pérdida, así: Pérdida = ingresos - costos y gastos deducibles (se debe considerar que cuando hay pérdida el saldo de la diferencia se da en negativo). Entonces queda claro que esta diferencia se produce a nivel de estado financiero, es decir, no se incluye como beneficio tributario de ninguna naturaleza. En esta parte de la norma invocada es importante destacar que tampoco existe disposición alguna para que dicha deducción pueda trasladarse o transferirse a otra sociedad o a una nueva que se constituye por acto societario de transformación, o, uno específico de fusión; **c)** En caso de terminación de sus actividades en el país, el saldo de la pérdida acumulada durante los últimos cinco ejercicios será deducible en su totalidad en el ejercicio impositivo en que concluya su liquidación o se produzca la terminación de actividades. En esta parte de la norma trata respecto de la terminación de actividades de la sociedad en el país, es decir, sigue manteniendo el criterio de que "la sociedad generadora de la pérdida" como tal es aquella que le es propio el beneficio de la deducción de la amortización de la pérdida, que al término de sus actividades en el Ecuador debe deducir en su totalidad la pérdida en el ejercicio fiscal en el que concluye su actividad (en este caso en particular, en el año 2006, en el que se registra la fusión). Nótese que esta parte de la norma, nada al respecto manifiesta de que dicha deducción pueda trasladarse a otra sociedad o a una nueva que se constituye por acto societario de transformación o uno específico de fusión, ya que la deducción de la amortización es propia y exclusiva de la sociedad que la genera, para el caso en análisis pues la pérdida debía haberse deducido GELEC, y no la absorbente (KRAFT). Continúa señalando que la norma nada indica que el beneficio de deducibilidad de la pérdida pudiere trasladarse a una nueva compañía que nace a la vida jurídica (absorbente) y peor aún que esta última pueda utilizar ese saldo de pérdida que la absorbida no dedujo totalmente en el ejercicio fiscal en el que concluyó con su actividad (GELEC en el 2006). El análisis

erróneo que realiza el juzgador de instancia a la norma radica en que considera que KRAFT puede utilizar el beneficio de una deducción que le correspondía a GELEC en el año 2006, cuando conforme reza expresamente la norma debía haber agotado totalmente la deducibilidad en el ejercicio fiscal en el que GELEC se fusionó por absorción con KRAFT. Siendo así señores Jueces si el Tribunal A quo hubiese realizado un correcto análisis hermenéutico de la norma, la decisión de la causa hubiera sido justamente ratificar la Resolución No. 117012011RREC036281 de 9 de noviembre de 2011, en lo que corresponde a la glosa "8.7) Glosa Por Pérdidas Transferidas Por Fusión".

4.4.- Respecto de la errónea interpretación del segundo inciso del artículo 60 del Reglamento de Aplicación a la LRTI vigente al año 2007, el SRI cita en su recurso el considerando 8.7.3.5.3) de la sentencia recurrida y señala nuevamente que se determinó el objeto de la litis para luego decir que son dos cuestiones sobre las cuales se pronunciaría el Tribunal de instancia: a) Si GELEC debía registrar la totalidad del saldo no amortizado de las pérdidas previo a la fusión; o, b) Si KRAFT podía utilizar la pérdida no amortizada de GELEC, por la fusión, y amortizarla con las pérdidas de la nueva compañía. Se refiere al hecho probado en la sentencia de que la compañía KRAFT se ha fusionado con la compañía GELEC y al hecho probado de que la presentación anticipada de la declaración de impuesto a la renta "es un mero deber formal", para ello, señala que es preciso determinar cuál es el alcance de una declaración anticipada de impuesto a la renta, y más que nada que constituye un requisito previo para la transformación societaria realizada, así señala: ***a) Una declaración anticipada de impuesto a la renta***, en efecto es un deber formal al igual que toda declaración de impuesto a la renta, ***pero que*** por ocasión de la fusión a la que hace referencia el Tribunal A quo en su sentencia, ***la norma es diáfana en determinar que por fusión se debe*** presentar una declaración anticipada, y claro está, con los efectos propios de ésta, es decir, trasladar los datos obtenidos de la contabilidad de la sociedad y declarar los ingresos y gastos deducibles a que hubieren lugar, entonces, no se le puede restar importancia, a más de que en este caso de fusión, se la debe presentar de forma previa a la inscripción en el Registro Mercantil; **b)** En la declaración anticipada se contienen datos relativos a la deducibilidad de gastos, como en este caso, aquellos que deben considerarse como tales por mandato de la ley, como son las amortizaciones por pérdidas luego de la conciliación tributaria "de la sociedad generadora de la pérdida" (GELEC); **c)** A más de la formalidad que reviste la presentación de dicha declaración, esta norma es clara en advertir que: "Una vez presentada esta declaración, procederá el trámite de inscripción de la correspondiente resolución en el Registro Mercantil" entonces, luego de dicha declaración anticipada, se permite la inscripción correspondiente; **d)** Cuando una compañía va a ser absorbida por otra (fusión por absorción) debe presentar su declaración anticipada de renta considerando obviamente dichos rubros o gastos deducibles, y dentro de éstos, al determinado en el literal c) del numeral 8 del Art. 21 del RLRTI, mediante el cual se podrá amortizar la pérdida dentro de los subsiguientes cinco ejercicios fiscales al que se produjo, considerando para ello que la pérdida puede ser deducible solamente para la compañía que la generó y no para otra, es decir, el beneficio de deducibilidad corresponde solo a la sociedad que generó la pérdida, y no como en este caso ha dispuesto el A quo para la compañía absorbente; **e)** La fusión por absorción es aquella en la que una compañía es absorbida por otra, es decir, la primera se extingue (GELEC) y le supervive la otra (KRAFT), por ello, concluyen las actividades de la primera, y con esto, la presentación de la declaración anticipada de impuesto a la renta reviste de gran importancia, pues en ella se deben contener los rubros deducibles que la ley permite, y en este caso en específico, debía contener toda la pérdida de la compañía absorbida (GELEC en el año 2006) ya que terminaron sus actividades por motivo de la fusión. Señala entonces que la correcta y adecuada interpretación que se le debe dar a la norma es que la presentación de la declaración anticipada de impuesto a la renta en este caso en particular no es solamente un deber formal, sino un requisito previo para la inscripción de la fusión; además de que en ella se contienen los datos como ingresos, costos y gastos, gastos deducibles, base imponible, y debía contener la pérdida de GELEC al terminar sus actividades en el 2006.

4.5.- Respecto de la errónea interpretación del artículo 34 del Reglamento a la LRTI vigente al año 2007, la casacionista cita en su recurso

lo que el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida ha dicho en el considerando 8.7.3.4) y nuevamente señala lo que el juzgador de instancia ha delimitado como objeto de la litis, y afirma que son dos las cuestiones sobre las cuales se pronunciará: a) Si GELEC debía registrar la totalidad del saldo no amortizado de las pérdidas previo a la fusión; o, b) Si KRAFT podía utilizar la pérdida no amortizada de GELEC, por la fusión, y amortizarla con las pérdidas de la nueva compañía. Señala que la norma identifica que mientras no se haya inscrito la fusión **ambas compañías** tienen que cumplir con sus deberes formales y materiales de forma independiente, haciendo un ejercicio interpretativo adecuado diremos que para efectos tributarios cada compañía es un ente independiente y debe cumplir con sus obligaciones tributarias hasta antes de que se inscriba la fusión y se obtenga la correspondiente resolución de fusión, con lo que, cada compañía debe presentar su declaración de impuesto a la renta, para el caso de GELEC debía presentar su declaración anticipada de renta al terminar sus actividades en el año 2006, previo a la fusión. Señala que una vez inscrita en el Registro Mercantil la escritura de fusión por absorción y la respectiva resolución aprobatoria, la sociedad absorbente consolidará los balances generales de las compañías fusionadas cortados a la fecha de dicha inscripción y los correspondientes estados de pérdidas y ganancias por el período comprendido entre el 1 de enero del ejercicio fiscal en que se inscriba la fusión acordada y la fecha de dicha inscripción. En esta parte, la norma expresa que una vez inscrita la fusión, la compañía absorbente consolida los balances generales y los estados de pérdidas y ganancias de ambas entre el 1 de enero y la fecha en la que se inscribe la fusión. En esta parte se debe considerar que la norma dispone que se deben consolidar los balances generales en la compañía absorbente dentro del cual se comprenden los activos (derechos) y los pasivos (obligaciones de la compañía con terceros) y claro, los activos y los pasivos para determinar el patrimonio (obligaciones de la compañía para con sus accionistas) de la compañía. Señala que por regla general, el patrimonio es igual al activo menos el pasivo: (Patrimonio = activo - pasivo) del cual se desprende que el saldo que arroje dicha operación puede ser positivo o negativo, si fuere negativo se comprende como "pérdida", es decir, la pérdida corresponde al saldo negativo del patrimonio de una compañía; no se puede considerar jamás que dicha pérdida pueda ser un activo o un pasivo, ya que aquella proviene de la operación que da como resultado el patrimonio (activo - pasivo). En este caso, la pérdida (saldo negativo del patrimonio) corresponde a la pérdida, misma que no constituye en activo o pasivo, sino al patrimonio. Señala que la pérdida como tal no constituye un derecho o una obligación que pudiese tener una compañía, sino que aquella proviene de la operación financiera descrita anteriormente, y por ello, dicha pérdida no puede nunca ser considerada como deducible de impuesto a la renta de la compañía absorbente. Aquello no consta dentro de esta norma, no consta en norma alguna que una compañía pueda considerar como deducible la pérdida de la compañía a la que absorbe, y por ello, aquí se puede verificar el error interpretativo de esta norma por parte del juzgador de instancia cuando considera que la pérdida de GELEC es deducible para la compañía absorbente (por ser sucesora de sus derechos y obligaciones), ya que dicho deducible "amortización por pérdidas" es propio y exclusivo de la compañía que generó dicha pérdida, no puede ni siquiera pensarse en que fuere lo contrario, a pesar de ello, el TDCT interpretando erróneamente la norma, considera que la pérdida de GELEC es un activo o un pasivo que se consolida en el balance de la nueva compañía (KRAFT), lo cual trasgrede lo determinado en esta norma. Siendo así, se debe considerar que, de forma concomitante con la norma que ha sido erróneamente interpretada y argumentada en esta parte, la compañía que deja la vida jurídica (GELEC) debe presentar su declaración anticipada de renta en el 2006 (puesto que la fusión se inscribe en el Registro Mercantil del Cantón Quito el día 11 de octubre del 2006) incluyendo en ella todos y cada uno de los rubros exigidos en una declaración de renta al cierre de un ejercicio fiscal, es decir, con la determinación de ingresos, costos, gastos deducibles, gastos no deducibles, etc., ya que constituye un requisito previo a la inscripción de la fusión, no es un mero deber formal como equivocadamente lo mantiene el A quo en la sentencia, sino que es un requisito que es exigido por la norma. Concluye señalando que es errónea la interpretación que el A quo le ha dado a esta norma por cuanto se le ha dado un alcance y sentido diferentes. Si el *A quo* hubiese

realizado un correcto análisis hermenéutico de ésta norma, la decisión de la causa hubiera sido justamente ratificando la Resolución No. 117012011RREC036281 de 9 de noviembre de 2011, en lo que corresponde a la glosa **"8.7) Glosa Por Pérdidas Transferidas Por Fusión". 4.6.- Finalmente, en lo que se refiere a la** errónea interpretación del literal c) del numeral 8 del artículo 21 del Reglamento de Aplicación a la LRTI vigente al 2007, el SRI cita en su recurso lo que la sentencia recurrida ha dicho en los considerandos 8.7.3.5.2 y 8.7.3.5.4 y argumenta que como el juzgador de instancia delimitó el objeto de la litis debía pronunciarse sobre: a) Si GELEC debía registrar la totalidad del saldo no amortizado de las pérdidas previo a la fusión; o, b) Si KRAFT podía utilizar la pérdida no amortizada de GELEC, por la fusión, y amortizarla con las pérdidas de la nueva compañía. La norma denunciada como erróneamente interpretada por el A quo en esta parte, contiene lo siguiente: **a)** Gastos generales deducibles son deducibles los gastos previstos por la Ley de Régimen Tributario Interno, en los términos señalados en ella y en este reglamento, tales como: 8. Las pérdidas declaradas, luego de la conciliación tributaria de ejercicios anteriores. Al igual que en los casos anteriores las pérdidas se refieren a "la sociedad que generó la pérdida" no le da entonces, calidad alguna para que el absorbente pueda hacer uso de la deducción por amortización de pérdidas que la absorbida no consideró de forma total en el año 2006, previo a la fusión; **b)** Su amortización se efectuará dentro de los cinco períodos impositivos siguientes a aquél en que se produjo la pérdida, siempre que tal amortización no sobrepase del 25% de la utilidad gravable realizada en el respectivo ejercicio. La amortización de la pérdida de "la sociedad que la generó" pueda hacerla en los siguientes 5 años al que se produjo la pérdida, máximo al 25% de la utilidad generada en el año en el que se utiliza dicha pérdida como deducible, en esta parte, la norma expresa el beneficio de la deducibilidad de la amortización de la pérdida refiere a la sociedad que la generó (GELEC), misma que puede utilizarla hasta en los siguientes 5 ejercicios máximo en el 25% de la utilidad generada en el mismo; **c)** En el caso de terminación de actividades, antes de que concluya el período de 5 años, el saldo no amortizado de las pérdidas, será deducible en su totalidad en el ejercicio en el que se produzca la terminación de actividades. Aquí en cambio, es importante destacar que al tratarse de terminación de actividades, la norma identifica el hecho de que al culminar las actividades de "la sociedad que generó la pérdida" es aquella que debe hacer uso de dicha deducibilidad de forma total del rubro en el ejercicio en el que se terminan las actividades, año 2006 en el que GELEC se fusiona con KRAFT. Señala que en la sentencia el Tribunal A quo realiza un análisis respecto de la disolución y si ella proviene o no de un proceso de fusión, pero hace hincapié en que el análisis en el saldo debió haber referido estrictamente al tema tributario, y no al societario, entonces diremos que en el ámbito tributario con motivo de la fusión por absorción, la sociedad absorbida debía presentar su declaración anticipada de impuesto a la renta en el año 2006 y que debía haber considerado en dicho año la totalidad de la pérdida generada en años anteriores, ya que dicha pérdida es propia y exclusiva de la sociedad que la genera (GELEC) y no existe norma tributaria alguna que permita que la sociedad absorbente (KRAFT) pueda considerar como deducible dicho valor. Señala que también se debe considerar que la Administración Tributaria en el acto impugnado, en base a esta norma desconoció el rubro de pérdida registrado por KRAFT ya que al terminar las actividades de GELEC ella debía haber considerado totalmente dicho rubro como deducible en el ejercicio 2006, porque así lo dispone la norma reglamentaria. Cita el SRI lo que la sentencia de instancia dice en el considerando 8.7.3.4 y refiere que se dice que el saldo de las pérdidas no amortizadas se encuentran dentro de los saldos de las cuentas patrimoniales (activos y pasivos) lo cual es errado, puesto que las pérdidas son el resultado de la resta entre activos y pasivos (a nivel de balance general) pero más sin embargo, no se puede considerar que la pérdida es una cuenta de activo o de pasivo, sino que es el resultado de la operación financiera de patrimonio, por lo que, se demuestra la errada interpretación que el A quo también le da a esta norma. La verdadera interpretación que se le debe dar a la norma es que a la terminación de las actividades de GELEC es ella justamente la que debía haber considerado como deducible de forma total la pérdida generada en años anteriores, ya que el deducible es propio y exclusivo de GELEC, y no existe disposición expresa en esta norma o en alguna otra, que le permita que el deducible

de la amortización de la pérdida, o los años que aún quedan por amortizar, sean considerados por KRAFT en el ejercicio fiscal 2007. Señala que se puede apreciar que al realizar su análisis el Tribunal A quo concluye que: **a)** KRAFT asume la totalidad de activos y pasivos de la compañía disuelta GELEC, a lo cual, no existe observación alguna, ya que aquello está dispuesto en la misma norma; y, **b)** Al consolidarse en KRAFT la totalidad de activos y pasivos de GELEC, se incluyen todos los derechos y obligaciones, y en particular las pérdidas de GELEC. Vuelve a citar lo que el considerando 8.7.3.4 dice en su sentencia para concluir que la cita doctrinaria realizada por el A quo concluye efectivamente que por la fusión se suceden los activos y pasivos de la absorbida a la absorbente, lo cual es correcto, pero se debe considerar que por la errónea interpretación que el Tribunal A quo realiza en su sentencia, dice que dentro de dichos pasivos y activos se encuentran las pérdidas, lo cual es totalmente errado, ya que las pérdidas no son ni activos (derechos) ni pasivos (obligaciones), son el resultado positivo o negativo del patrimonio de una sociedad (activos menos pasivos), pero no se constituye en un derecho o en una obligación, y peor aún que aquel rubro sea trasladado a la absorbente, ya que la norma no considera aquello.

4.7.- Contestación del recurso de casación.- Corrido traslado con los recursos admitidos, mediante escrito presentado el 6 de abril de 2022, 16h18, la abogada Karina Andrade Acosta en calidad de procuradora fiscal debidamente autorizada por el Director de Grandes Contribuyentes en calidad de delegado de la Directora General y del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, da contestación al recurso interpuesto por la contraparte y solicita que dicho recurso sea negado. Así también mediante escrito presentado el 7 de abril de 2022, 12h07, la doctora María Fernanda Checa Granda y el abogado Marco Andrade Haro, en calidad de abogados patrocinadores debidamente autorizados por el representante legal de la compañía Mondelez Ecuador Cía. Ltda., dan contestación al recurso interpuesto por el Servicio de Rentas Internas y solicitan que rechacen el recurso interpuesto y ratifiquen el contenido de la sentencia emitida por el Tribunal Distrital en la parte que deja sin efecto la Glosa 8.7) 'Glosa por pérdidas transferidas por fusión', por cuanto la sentencia recurrida en lo referente a la interpretación de normas aplicadas se ha dictado en estricta observancia del ordenamiento jurídico vigente.

5. Problema jurídico

5.1. El problema jurídico se circunscribe a determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha dado lugar a la no aplicación de normas sustantivas; o, en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación en el vicio de errónea interpretación de los artículos 11 de la LRTI, 60 segundo inciso, 34 y 21.8 literal c) del Reglamento de Aplicación de la LRTI.

6. Análisis de la Sala de casación

6.1. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver los problemas jurídicos planteados derivados del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, admitidas por la Conjueza de la Sala, considera:

6.2. Recurso de la empresa actora: La recurrente acusa la falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo que habría producido afectación en las normas sustantivas que señala.

6.2.1. La **falta de aplicación** *"ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia"* [1].

6.2.2. Las normas que se acusan como infringidas son: **a) Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.-** *"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las*

[1] Tolosa Villabona, Luis Armando. *Teoría y Técnica de Casación. Civil, Penal, Laboral, Penal Militar, Acciones de Grupo,* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2008), 359.

pruebas producidas.". **b) Artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** *"Deducciones.-En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos…".*

6.2.3. La empresa actora cuestiona la sentencia con sustento en el caso tercero del artículo 3 de la ley de Casación, porque considera que no ha valorado la prueba en su conjunto conduciéndolo a la no aplicación de normas de derecho. Que se ha inobservado el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y se ha dejado de aplicar el artículo 10 numeral 1 de la LRTI.

6.2.4. En la sentencia, el Tribunal refiere a los informes periciales que corresponden a la inspección de la contabilidad de KRAFT como prueba de la actora, de los que se desprende que la empresa no presentó la documentación de soporte por conceptos de gastos de importación, de manera que los peritos no han podido evidenciar la justificación material del valor determinado, por lo que al no haber sido desvirtuados los valores determinados confirma la glosa.

6.2.5. De la referencia al contenido del análisis sobre el cuestionamiento formulado por la empresa actora, queda en evidencia que el Tribunal si analiza las pruebas actuadas por las partes, de las que desprende las conclusiones a las que arriba, lo cual evidencia que si existe valoración probatoria, por lo que sin realizar una referencia expresa al artículo acusado de falta de aplicación, se evidencia la valoración probatoria, por lo que no se configura el vicio de falta de aplicación, por lo que el cargo no prospera. La no verificación del vicio en la norma de valoración probatoria, impide verificar el yerro en la norma sustantiva, pues la afectación en la norma sustantiva depende del error en la norma de valoración probatoria.

6.2.6. Al no verificarse la existencia del vicio alegado el cuestionamiento no prospera y se lo rechaza.

6.3.- Recurso de la entidad demandada.- La administración tributaria acusa la errónea interpretación de normas, vicios que están relacionados con la deducibilidad de pérdidas de la empresa absorbida por la empresa actora.

6.3.1. La **errónea interpretación** *"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"* [2].

6.3.1.- Las normas que se acusan como infringidas son: **a) Artículo 11 de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** *"Pérdidas.- Las sociedades, las personas naturales obligadas a llevar contabilidad y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad pueden compensar las pérdidas sufridas en el ejercicio impositivo, con las utilidades gravables que obtuvieren dentro de los cinco períodos impositivos siguientes, sin que se exceda en cada período del 25% de las utilidades obtenidas. Al efecto se entenderá como utilidades o pérdidas las diferencias resultantes entre ingresos gravados que no se encuentren exentos menos los costos y gastos deducibles. En caso de liquidación de la sociedad o terminación de sus actividades en el país, el saldo de la pérdida acumulada durante los últimos cinco ejercicios será deducible en su totalidad en el ejercicio impositivo en que concluya su liquidación o se produzca la terminación de actividades…".* **b) Artículo 34 segundo inciso del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** *"Sin perjuicio de las normas societarias y solamente para efectos tributarios, cuando una sociedad sea absorbida por otra, dicha absorción surtirá efectos a partir del ejercicio anual en que sea inscrita en el Registro Mercantil. En consecuencia, hasta que ocurra esta inscripción,* ***cada una de las sociedades*** *que hayan acordado fusionarse por absorción de una a la otra u otras,* ***deberán continuar cumpliendo con sus respectivas obligaciones tributarias y registrando independientemente sus operaciones. Una vez inscrita en el Registro Mercantil la escritura de fusión por absorción y la respectiva***

[2] Tolosa Villabona, L.A.; *Teoría y Técnica de Casación* ibídem., pp. 361.

resolución aprobatoria, la sociedad absorbente consolidará los balances generales de las compañías fusionadas cortados a la fecha de dicha inscripción y los correspondientes estados de pérdidas y ganancias por el período comprendido entre el 1o, de enero del ejercicio fiscal en que se inscriba la fusión acordada y la fecha de dicha inscripción.”.

c) Artículo 60 segundo inciso del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.- *“Declaración anticipada de impuesto a la renta.- (...) En el caso de la terminación de actividades o de escisión, fusión, absorción o cualquier otra forma de transformación de sociedades antes de la finalización del ejercicio impositivo, las sociedades presentarán su declaración anticipada de impuesto a la renta. Una vez presentada esta declaración, procederá el trámite de inscripción de la correspondiente resolución en el Registro Mercantil, así como para la cancelación de la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes.”*. **d) Artículo 21.8 literal c) del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** *“Gastos generales deducibles.- Bajo las condiciones descritas en el artículo precedente y siempre que no hubieren sido aplicados al costo de producción, son deducibles los gastos previstos por la Lev de Régimen Tributario Interno, en los términos señalados en ella v en este reglamento, tales como:… 8. Pérdidas (…) c) Las pérdidas declaradas, luego de la conciliación tributaria, de ejercicios anteriores. Su amortización se efectuará dentro de los cinco periodos impositivos siguientes a aquél en que se produjo la pérdida, siempre que tal amortización no sobrepase del 25% de la utilidad gravable realizada en el respectivo ejercicio. El saldo no amortizado dentro del indicado lapso, no podrá ser deducido en los ejercicios económicos posteriores y afectará al patrimonio directamente. En el caso de terminación de actividades, antes de que concluya el período de cinco años, el saldo no amortizado de las pérdidas, será deducible en su totalidad en el ejercicio en el que se produzca la terminación de actividades: y, (...)”*.

6.3.2. El recurrente cuestiona la decisión del Tribunal de instancia, porque considera que la empresa absorbida debió declarar las pérdidas en el ejercicio en el que se produzca la terminación de actividades, sin que sea posible, trasladar las mismas a la sociedad absorbente, como se establece en la sentencia.

6.3.3. En la sentencia el Tribunal de instancia acepta el arrastre de las pérdidas de la compañía absorbida realizada por la compañía absorbente, actora en la causa.

6.3.4. El tema en discusión está relacionado con la deducibilidad de pérdidas de una empresa que ha sido absorbida por la empresa actora. A la luz de los argumentos del recurrente y los razonamientos del Tribunal juzgador, es pertinente señalar lo siguiente: **i.** Una empresa que termina sus actividades, en otras razones, por absorción como en el presente caso, debe cumplir sus obligaciones tributarias hasta antes que se produzca la absorción, pues, la absorción se cuenta a partir de la inscripción del acto societario de absorción en el registro mercantil; **ii.** El cumplimiento de las obligaciones tributarias, deben reflejar los resultados reales del ejercicio en el que se realiza la liquidación, de manera que si son pérdidas, deberán también declararse; **iii.** Declaradas las pérdidas de la compañía absorbida, ese es el resultado con el que se produce la absorción por lo que tales resultados, deberán reflejarse en los estados financieros de la compañía absorbente, consolidándose con los de la compañía absorbida; la compañía absorbente deberá cumplir con las condiciones señaladas en el artículo 44 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, es decir, reflejarse el patrimonio consolidado en el ejercicio del año en que se inscribe la fusión por absorción; **iv.** De esta manera, es perfectamente válido que la compañía absorbente utilice las pérdidas de la compañía absorbida que se reflejará en los estados financieros consolidados, evidenciando que no se trata de un nuevo beneficio, sino que por arrastre el saldo no devengado, será utilizado como deducible por la compañía absorbente.

6.3.5. El Tribunal, al aceptar el arrastre de las pérdidas de la compañía absorbida a la compañía absorbente, no ha contrariado el sentido de las disposiciones aplicables, cuestionadas por la entidad recurrente, pues lo que ha hecho es reconocer la aplicación de un beneficio que le corresponde, sin que se evidencie los errores acusados.

6.3.6. Al no configurase los errores acusados, el cuestionamiento no procede y se lo rechaza.

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

7.2. No casar la sentencia cuestionada.
7.3. Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.
7.4. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la Doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 838-UATH-2022-OQ de 28 de julio de 2022.
f) DR. JOSÉ DIONICIO SUING NAGUA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL** DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL.**

Resumen de fácil comprensión

La Sala especializada de lo Contencioso Tributario al analizar los vicios de falta aplicación y errónea interpretación de los artículos referidos, ha considerado que no se configuran los vicios acusados y se rechaza el recurso.

II

Juicio Nro. *01501-2020-00049*
Fecha: *viernes 16 de febrero del 2024, las 15h03*

TEMA: Impugnación del Acta de determinación del Servicio de Rentas Internas.

SÍNTESIS

El Acta contiene varios elementos, que son parte de la acción de impugnación entre ellos, las erogaciones realizadas por el Banco del Austro a Lekker Trading Corp. de las que se concluye, no son gastos imputables a la actividad económica del contribuyente Banco del Austro; ya que, aquellos montos, finalmente corresponden a costos y gastos de operación de las denominadas Austro Financial Services de EE.UU. y España; y no, a servicios que hayan sido brindados por promoción y publicidad. La contratación de seguros. La erogación para el evento cultural denominado Festival de la Lira, que la entidad accionante pagó y una serie de gastos relacionados con su promoción y organización, siendo en consecuencia gastos de un evento que sí se encuentra en armonía con el concepto para que un gasto sea deducible; esto es; que permita obtener, mantener o mejorar, los ingresos gravados de fuente ecuatoriana, mediante la promoción y publicidad del Banco y a esta realidad fáctica es que señala que, está permitida y acorde a lo dispuesto en la ley.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01501-2020-00049

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA..- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 16 de febrero del 2024, las 15h03.

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales doctores Rosana Morales Ordóñez, Fernando Cohn Zurita por ausencia temporal del titular José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela (E) y ponente, dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 01501-2020-00049.

1. Antecedentes procesales

1.1. El señor Jaime Guillermo Talbot Dueñas, representante legal de BANCO DEL AUSTRO S.A., por intermedio de su procuradora judicial, presentó acción de impugnación en contra del Acta de determinación No. 01201924902696411, dictada el 12 de diciembre de 2019 por el Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas por concepto de impuesto a la renta del ejercicio económico 2015.

1.2. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el Tribunal Distrital de Cuenca, en la audiencia preliminar, de común acuerdo con las partes procesales, estableció el objeto de la controversia en: *5.2. (…) "Establecer si las glosas impugnadas fueron levantadas legalmente por la administración, o si el contribuyente justifica las diferencias, conforme lo alegado en la demanda; y adicionalmente, si las glosas relacionadas con las transacciones relacionadas con Lekker Trading Corp y con los gastos por comisiones adolecen de falta de motivación".*

1.3. En la sentencia recurrida se resolvió aceptar parcialmente la demanda presentada por BANCO DEL AUSTRO S.A. en contra del Director Zonal 6 y Director General del Servicio de Rentas Internas y declara: *"De los cargos levantados en el Acta de Determinación No.01201814902696411, por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2015: **1.** Se confirman las glosas impugnadas por: transacciones efectuadas con LEKKER TRADING CORP; Gastos Comisiones; Otros Gastos; y, Gasto Seguro y Reaseguros Primas y Cesiones. **2.** Se da de baja la glosa impugnada por Gastos Promoción y Publicidad (Festival de la Lira). **3.** Se acepta parcialmente la impugnación de la glosa Gasto Amortizaciones del Costo Histórico de Activos Intangibles, de la cual se dan de*

baja exclusivamente las diferencias levantadas por los activos con códigos Nos. M-39-224- y M-39-227, ratificándose el resto de las diferencias, conforme lo analizado en el numeral 7.9 de esta sentencia.
***4.** La administración tributaria, cuando se encuentre firme esta resolución judicial, deberá realizar la reliquidación del Impuesto a la Rentas del ejercicio fiscal 2015 que corresponda, considerando lo que aquí resuelto…".*
1.4. El abogado Carlos Leonel Durán Vanegas, procurador fiscal de la Directora General y Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas (SRI) y el abogado Juan Eugenio Vélez Palacios, procurador general del BANCO DEL AUSTRO S.A. interponen sendos recursos de casación en contra de la sentencia dictada el 6 de septiembre del 2021, las 10h37, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca, provincia del Azuay, recursos que, por haber sido propuestos dentro del plazo legal, son calificados de oportunos por el Tribunal de instancia en providencia de 1 de diciembre de 2021, las 15h46 y remite el proceso a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario.
1.5. Mediante auto interlocutorio de 28 de julio del 2022, las 09h28, dictado por la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño, Conjueza Nacional, dispone que la parte actora, ahora recurrente complete su recurso de casación, contestado que ha sido, con auto interlocutorio de 29 de agosto del 2022 a las 08h54 se admite parcialmente el recurso de casación de la actora y admite el recurso del SRI, por los siguientes casos del art. 268 del COGEP:
Recurso de Casación de la Directora General y Director Zonal 6 del SRI: Por el caso **5to.: vii)** Glosa "Amortizaciones del costo histórico de activo intangible" **la errónea interpretación** de los Arts. 30 y 35 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario (RALRTI en lo posterior) y 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentación Complementarios, (numeral 7.9 de la sentencia) (RCVRDC en lo posterior). **viii)** Glosa "Promoción y publicidad (Festival de la Lira)" la **falta de aplicación** del Precedente Jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 07-2016 publicado en el Suplemento 1 del R.O. 894 de 1 de diciembre de 2016, que ha conducido a la **indebida aplicación** de los Arts. 10 numeral 19 de la LRTI y 28 numeral 11 de su Reglamento de Aplicación.
Recurso de Casación de BANCO DEL AUSTRO S.A.: Por el caso **2do.:** El vicio de **falta de motivación** previsto en los arts. 76 numerales 7 literal l) y 82 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y 95 numeral 7 del COGEP en las siguientes glosas: **i)** Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. entregadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014; **ii)** Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. entregadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal b); **iii)** Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. entregadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal c), **iv)** Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. entregadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal d); **v)** Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. entregadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal e). Por el caso **5to.: vi)** Acápite 7.10 "Gastos Seguros y Reaseguro Primas y Cesiones", por la **falta de aplicación** de los arts. 36 del Código del Trabajo, 50, 51 y 53 del Código de Comercio y artículo 192.1 de la Ley de Compañías.

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, 184 y 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 269 del Código Orgánico General de Procesos.
2.2. En virtud del sorteo de la causa, realizado el 19 de diciembre 2022, a las 12h56, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, Fernando Cohn Zurita por ausencia temporal del titular José Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela (en calidad de Jueza Nacional y Jueces Nacionales encargados). Mediante Resolución Nro. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; además, con Resolución Nro. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nro. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los

doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante oficio Nro. 635-SG-CNJ, la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo Santos, ratificado mediante oficio Nro. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero de 2021, dictado 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. Por delegación del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, doctor José Suing Nagua, actúa en la presente causa el doctor Fernando Cohn, por acta de sorteo del jueves 9 de febrero de 2024, según Oficio Nro. 0155-SG-CNJ-MMV-2024 de la misma fecha.

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 en la audiencia de casación, llevada a cabo el día jueves 8 de febrero de 2024 a las 11h00. Se difirió la audiencia para dar conocer el veredicto para el día jueves 15 de febrero de 2024, las 16h00.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. RECURSO DE CASACIÓN DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.- El procurador judicial de las autoridades tributarias demandadas, fundamenta su recurso de casación en los siguientes términos:

4.1.1 Sobre la errónea interpretación de los arts. 30 y 35 del RALRTI, 13 del RCCVRDC, dice que el Tribunal de instancia al analiza la glosa: "GASTO AMORTIZACIONES DEL COSTO HISTÓRICO DE ACTIVOS INTANGIBLES, ADQUISICIONES DE ACTIVOS AMORTIZADOS que tienen como documento de respaldo facturas del exterior...", decide declarar como gasto deducible el referente a dos activos que, tienen los códigos Nos. M-39-224 y M-39-227 de los proveedores Trustwave Holdings Inc. y Solarwinds, como así se desprende de la parte motivacional de la sentencia, especificando que en el numeral 7.9 de la sentencia (lo transcribe) se afirma que para la decisión han utilizado el método de interpretación gramatical de las normas para comprender el alcance de los artículos erróneamente interpretados y al hacerlo, generan una antinomia entre estas reglas de aplicación jurídica, pues interpretan que el art 30 mencionado al ser una norma específica, referente a gastos por pagos al exterior, debe ser entendida aisladamente y no en conjunto con los Arts. 35 y 13 referenciados, que sostienen son normas generales; lo cual es errado porque los Jueces olvidan que el sistema Tributario es un todo armónico, cuyas normas vigentes lejos de excluirse se complementan. Señala que, al utilizar el método gramatical para interpretar estas normas y decidir que unas sean específicas y otras generales, se olvida de que la exégesis literal se completa también con el análisis del contexto, es decir, de las otras partes de la ley que forman un todo orgánico, porque sus enunciados se coordinan debidamente, siendo entonces lógico que la interpretación de una norma en particular no puede realizarse sin tener presente el conjunto de leyes. Cita el contenido del Art. 13 del Código Tributario en concordancia con el Art. 18 del Código Civil y continúa señalando que el art. 30 el 35 del Reglamento a la LRTI cuanto el 13 del RCVRDC debieron ser interpretados con el Método Sistemático porque se trata de normas que se vinculan íntimamente con los hechos fácticos del caso concreto; principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema, lo que de haber sido entendido por el Tribunal A quo, habría ocasionado que los Magistrados lleguen a la conclusión de que se trata de normas que se complementan, como un todo armónico, más no en errónea interpretación de ellas, concluir en que se tratan de normas. La interpretación efectuada por el Tribunal al referirse a pagos del exterior, de que es un mandato que debe ser entendido como único y excluyente, entendiendo que lo único que se requiere para que el gasto sea deducible, es que exista la sola retención en la fuente del impuesto a la renta, lo cual es errado porque necesariamente coexisten otros requisitos que el sujeto pasivo debe cumplir para que un gasto sea deducible, por ejemplo que se presenten los comprobantes de venta que cumplan los requisitos reglamentarios, los medios de pago, etc., etc., obligaciones estas que no las contiene el mencionado art. 30, pero que por supuesto están comprendidas en otras normas de derecho, que por coherencia deben ser aplicadas en conjunto. Refiere que, de haberse interpretado estas normas con el método sistemático, se habría entendido que no existe especificidad o generalidad entre estas normas, sino más bien que al ser un todo armónico deben ser interpretadas en su conjunto, para solo así llegar a la conclusión lógica de la deducibilidad. La errónea interpretación que acusa, ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, pues ha llevado

a que los Jueces crean que para la solución del conflicto existen normas específicas y generales, y con ello dar el tratamiento de gastos deducibles a las amortizaciones efectuadas por la adquisición de los servicio referidos, por el solo hecho de haberse realizado la retención en la fuente del impuesto a la renta y no la retención del Impuesto al Valor Agregado, cuando lo correcto era que la interpretación adecuada de las normas denunciadas, se considere que para que la deducibilidad sea aceptable, conforme al art 30 del mencionado reglamento debe haberse hecho la retención del impuesto a la renta, pero además, como el art. 35 dispone que no serán deducibles los costos y gastos que no se sustenten en comprobantes de venta autorizados por el respectivo Reglamento se debía acudir a lo que específicamente a lo que éste manda, es decir el Art. 13 que señala, que para el caso de servicios prestados en el exterior por sociedades extranjeras que no posean domicilio ni establecimiento permanente en el país, se debe emitir la liquidación de Costos y gastos; y que, para que estos comprobantes sustenten costos y gagos en el impuesto a la renta, obligatoriamente se debió efectuar la retención de la totalidad del impuesto al valor agregado y el porcentaje respectivo del impuesto a la renta, los cuales además debían esta declarados y pagados. Concluye que, no existe una contradicción entre normas generales o específicas, sino más bien una coherencia y complemento entre unas y otras, como así debió entenderlo el Tribunal A quo quienes de haber interpretado correctamente las normas que acuso, finalmente habría declarado el gasto como no deducible, aunque se hubiere efectuado la retención en la fuente del impuesto a la renta, porque al haber descubierto que la retención, declaración y pago del IVA no se produjo, la consecuencia legal es que estos comprobantes no sustenten costos y gastos en el impuesto a la renta; motivo por el cual, solicito comedidamente a la Sala, que al haberse configurado el error hermenéutico se case la sentencia, y se sirvan ratificar la totalidad de la glosa efectuada por el SRI, puesto que el gasto debe cumplir todos los requisitos consagrados en el ordenamiento jurídico para ser considerado como deducible.

4.1.2. Respecto a la **falta de aplicación del precedente Jurisprudencial Obligatorio, contenido en la Resolución No. 07-2016 (R.O.S1 de 1 de diciembre del 2016) y Art. 27 del RLRTI que, ha conducido a la aplicación indebida del Art. 10.19 de la LRTI y art 28.11 de su Reglamento de aplicación,** expresa que, el Tribunal deja de aplicar el precedente Jurisprudencial Obligatorio (Resolución No. 07-2016), cuando en su sentencia da por sentado que la compañía actora ha incurrido en lo que denominan gastos por promoción y organización por el evento denominado Festival la Lira; transcribe el numeral 7.11 de su sentencia, para señalar que considera que, los gastos efectuados por Banco del Austro en este concepto son deducibles, lo cual se produce porque los Jueces han dejado de aplicar el precedente jurisprudencial obligatorio en referencia y que impone a los señores Jueces el deber de verificar la fuente de la obligación, sin que ello se pueda comprender como validado en la sentencia que recurre, pues dentro de los argumentos contenidos en el numeral 7.11 transcrito, no existe referencia alguna a esa fuente; por cuanto para el Tribunal A quo, es suficiente que el contribuyente hubiere presentado las facturas y liquidaciones de compra de bienes y servicios, que permiten descubrir los conceptos por lo que se realizaron los pagos por parte de Banco del Austro, sumando a ello el Informe final de actividades del Festival la Lira, efectuado por Eco comunicaciones, con el argumento de que allí se expone que miembros del Banco del Austro participaron de la Organización del evento y que se puede *" ...observar una serie de acciones realizadas antes y durante el festival, en las cuales existe inequívocamente la presencia del Banco del Austro ..."*; más sin embargo, en su exposición de motivos no se permiten describir, cuál es el acto o contrato suscrito por el hoy actor, del que se pueda colegir que fue el patrocinador y organizador de ese evento. Considera que, en el caso en discusión era imprescindible el comprender cuál es la verdadera razón de ser del acuerdo efectuado por las partes; necesariamente se debió acudir a la fuente de la obligación, para solo así saber en qué condiciones Banco del Austro entregó el dinero para el desarrollo del Festival la Lira, y solo luego poder afirmar que el contribuyente si ejecutó actividades de patrocinio y organización, pues sin ese insumo lógico, el Tribunal A quo jamás pudo afirmar aquello, pues no pueden saber si el pago se efectuó por concepto de publicidad (como lo afirmo Banco del Austro en su demanda), si fue por patrocinio, por organización, como un auspicio, una donación o cualquier otra obligación contractual adquirida; tampoco pueden saber a quién beneficiaba este contrato, pues quien en realidad participó del evento, tal cual lo aceptado por las partes, fue Fundación Cultural Banco del Austro.

Afirma que no existe una secuencialidad formal material de la transacción, pues hace falta verificar esa fuente de la obligación que demuestre qué tipo

de servicio se prestó, lo cual es trascendental para la decisión de la causa, pues resuelven que los documentos formales, esto es las facturas y liquidaciones de compra, así como el informe de Eco Comunicaciones son suficientes para conceder la deducibilidad y en aplicación indebida del Art. 10 numeral 19 de la LRTI y el numeral 11 del Art. 28 del Reglamento para su aplicación, deciden dar la razón al Actor, dando de baja esta glosa, cuando lo correcto era que en aplicación del Precedente Jurisprudencial, descubran que no se ha podido verificar la fuente de la obligación y por consiguiente estos gastos relacionados con el Festival la Lira no son deducibles.

4.1.3. Con relación a la **falta de aplicación del art. 27 del Reglamento para la aplicación a la LRTI** expone que, si bien en la sentencia se menciona, no se permite subsumirlo en el análisis jurídico que del caso concreto ha hecho, pues solo hace referencia a él como una proposición jurídica de la Autoridad Tributaria demanda, para lo cual transcribe el considerando 7.11 de la sentencia, y dice que de la lectura, se observa que se cita el Art. 27, más, de inmediato lo excluyen del desarrollo de motivos, con lo que colige que, el Tribunal de instancia no ha aplicado su contenido a pesar de que debió haberlo hecho para la resolución de la causa, toda vez que esta norma, impone como obligación que los costos y gastos en que un contribuyente incurra deben vincularse a las actividades económicas que desarrolla y también contribuir a obtener, mantener y mejorar los ingresos gravados del contribuyente. Considera que cuando el Tribunal se aparta del contenido del Art. 27 cuya falta de aplicación acusa, pasa por inadvertido el hecho de que la actividad económica del Banco del Austro es la de *"...INTERMEDIACIÓN MONETARIA REALIZADA POR LA BANCA COMERCIAL..."*, siendo requisito indispensable, que el actor demuestre el cómo el gasto efectuado por concepto del Festival la Lira se vinculó con esa actividad; y, como segunda condición, que lo pueda atar, a la obtención, mantención o mejora del ingreso gravado; lo cual de haberse producido, habrá permitido que los jueces sean concluyentes dentro de su sentencia, en cuanto a una explicación oportuna de como lograron vincular ese gasto con la actividad económica y renta del hoy actor, pues más allá de hacer alusión a los comprobantes de venta o informe presentado, no existe sustento lógico expuesto en sentencia que acredite que por efectos de este gasto la renta del hoy actor se hubiere obtenido, mantenido o mejorado, toda vez que, como consecuencia de la evidencia documental que dicen los jueces existe, no se advierte que una nueva cuenta se haya abierto, un nuevo cliente se hubiere generado o un servicio administrativo se hubiera producido, lo cual sucede porque el Tribunal al dejar de aplicar el Art. 27, decide que no es necesario que se demuestre corno el gasto se vinculó con esa actividad económica y menos con su renta gravada. Concluye refiriendo que la falta de aplicación del Art. 27 citado, ha sido trascendental en la decisión de la causa, toda vez que ha ocasionado que el Tribunal aplique indebidamente el Art. 10 numeral 19 de la LRTI y el numeral 11 del Art. 28 del Reglamento LRTI y decida considerar el gasto por concepto del Festival la Lira, como deducible, cuando lo correcto era que en aplicación de este artículo, descubran que no existe un vínculo de este gasto con la actividad económica del hoy actor y menos con su renta gravada, ratificando así la decisión administrativa, sustenta la aplicación indebida en el haber dejado de aplicar el precedente Jurisprudencial Obligatorio contenido en la resolución 07-2016 de la Corte Nacional y el Ar. 27 del Reglamento de aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno; pues, de haberlas aplicado, habrían reparado en que no se ha podido verificar la fuente de la obligación, pues no existe un contrato en el que se exponga la realidad del negocio jurídico; que tampoco existe evidencia del vínculo con la actividad económica del hoy actor y menos que el gasto haya servido para obtener, mantener o mejorar su renta; descubierto entonces que el numeral 19 del Art. 10 y numeral 11 del Art. 28 citado, no son aplicables al caso concreto, porque al no cubrirse la premisa general del Art 10 esto es que el gasto se vincule con la obtención, mantención o mejora de la venta del hoy actor, menos se podría acudir a la regla del Art. 19, y como consecuencia lógica, al no ser aplicable la norma legal, tampoco puede ser empleada su norma reglamentaria, esto es el numeral 11 del Art. 28, toda vez que, no se puede descubrir si en efecto hubo un patrocinio u organización por parte de Banco del Austro del evento la Lira, pues la fuente de la obligación no ha podido ser descubierta, el gasto no se ha vinculado a la actividad económica del actor y menos a su renta gravada. Las violaciones acusadas han sido trascendentales en la parte dispositiva de la sentencia, toda vez que hubieran conllevado a una decisión totalmente distinta, pues al evidenciar que no existe la fuente de la obligación, no podía vincularse el gasto con la actividad económica del actor y menos poder vincularse con su renta gravada, no se puede considerar el gasto efectuado por el Festival la Lira como deducible en la liquidación del IR.

4.1.4. Contestación al recurso de casación por el actor.- El procurador judicial de la entidad financiera, dentro del término de Ley, sobre el recurso de casación presentado por las autoridades demandadas, cuestiona la técnica casacional al proponer los casos y los vicios; presenta argumentos para sostener que la sentencia se encuentra emitida conforme a derecho y solicita se deseche el recurso de casación propuesto y en consecuencia se ratifique la sentencia emitida por el Tribunal Distrital respecto de las glosas tratadas dentro del recurso interpuesto por la administración tributaria.

4.2. RECURSO DE CASACIÓN DEL BANCO DEL AUSTRO S.A.- El representante legal de la entidad actora, fundamenta su recurso en lo siguiente:

4.2.1. Sobre el **caso 2** denuncia, por falta de motivación, dice: **a)** El acápite 7.6.1 por concepto facturas emitidas por Lekker Tranding Corp. entregadas por Banco del Austro S.A. como sustento del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014, expresa que el Tribunal afirma que el problema central es que no se ha probado con comprobantes de venta u otros documentos el gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015, cuando de la propia sentencia se desprende que Banco del Austro practicó como prueba informes de actividades, liquidaciones de costos y gastos y facturas del ejercicio fiscal 2015, por concepto de servicios de asistencia y promoción comercial. Cita el criterio de la sentencia No. 1158-17-EP/21-CC del 20 de octubre de 2021 sobre la falta de motivación, y en concreto señala que es evidente la falta de fundamentación fáctica, pues de la sentencia se desprende que dentro de esta glosa, se hace alusión a que se presentaron liquidaciones de costos y gastos del año 2015, facturas emitidas por Lekker a Banco del Austro del año 2015, informes emitidos por Lekker con detalles de remesas del año 2015; mismos que conforme a la normativa tributaria cuando convergen todos de manera conjunta se imputan a los ingresos y por lo tanto son gastos deducibles. En este sentido, no se entiende como llega a la conclusión de que el gasto no es deducible y que corresponden a documentos del ejercicio fiscal anterior, lo que deja en evidencia una **deficiencia motivacional fáctica**, en cuanto no analiza todas las pruebas presentadas dentro del proceso, simplemente aseguran que las facturas presentadas son del año 2014, cuando, de la misma sentencia se desprende que existen un sin número de pruebas emitidas en el ejercicio fiscal 2015 que no se analizan dentro de la decisión; **b)** Acápite 7.6.2. Facturas emitidas por Lekker Tranding Corp. entregadas por Banco del Austro S.A. como sustento del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015 en su literal b) Honorarios por servicios de asistencia en promoción y publicidad no imputables al ingreso de Banco del Austro S.A., señalando que en la sentencia lo que el Tribunal realizó fue transcribir los Art. 10 LRTI y Art. 27 RLRTI y posteriormente llegar a una conclusión de tres líneas sin explicar la pertinencia de las normas, de los hechos o de las pruebas para motivar la decisión que tomó. El análisis pertinente de cada norma, así como su subsunción a los hechos era fundamental, sin dejar de lado también la importancia de que el Tribunal realice un análisis de la relación que existe entre Banco del Austro y Austro Financial Services, puesto que los pagos se realizaron a esta última en base al contrato firmado con Lekker. Dentro del mismo se le concedió a la compañía contratada la posibilidad de subcontratar servicios con el fin de poder captar clientes; lo que sin duda ayudó a mejorar la renta del Banco del Austro, y también del mismo contrato se desprende que los gastos incurridos serían cubiertos por el Banco. Esto se desprende la de la cláusula Tercera "Condiciones particulares que aplican en la presentación del servicio". Cita la sentencia No. 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional y afirma que sobre esta glosa nos encontramos frente a una **insuficiencia normativa** del fallo y conforme el criterio de la Corte esto representa una ausencia de motivos. También señala que la falta de fundamentación fática es clave en la sentencia pues, el Tribunal acepta la existencia del contrato de Intermediación de servicios comerciales entre Lekker Trading Corp., cuyo aliado estratégico son las AFS. E.E.U.U. y España, y Banco del Austro S.A., conjuntamente con todas las cláusulas del contrato, pero, yerra al momento de no realizar un análisis de por qué no consideran prueba suficiente el mencionado contrato y no argumentan en que exactamente se basan para declarar el gasto como no deducible. Señala lo que la Corte Nacional ha menciona como una argumentación insuficiente sin identificar el fallo y afirma que en este caso si el Tribunal hubiera hecho un correcto ejercicio de análisis respecto de la fundamentación normativa y fáctico, así sea en base a los mismos artículos, habría llegado a la conclusión de que el gasto es deducible debido a que el contrato sirvió para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente; pues de esa promoción y publicidad se generaron nuevos ingresos, que tal y como se quedó entre las partes sería objeto de un porcentaje de comisión. La fundamentación para la

aplicación de estas normas era imprescindible puesto que, si se hubiera realizado un análisis de la pertinencia entre la relación de Banco del Austro, las AFS y Lekker; el Tribunal habría entendido que esta relación es fundamental, y que está respaldada por un Contrato de Inmediación firmado entre el Banco y Lekker. **c)** Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lekker Tranding Corp. Entregadas por Banco del Austro S.A corno sustento del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015 en su literal c) Comisiones por Asistencia comercial no imputables al ingreso de Banco del Austro, en consideración a que el Tribunal de instancia no realiza una motivación en cuanto a la normativa que cita, no analiza el por qué estas normas son pertinentes para el caso y corno la correcta interpretación de las mismas da como resultado la conclusión a la que llega el Tribunal. El análisis realizado por el Tribunal para determinar que el gasto es no deducible, es en extremo general, puesto que no detalla cómo sus fundamentos se aplican a la norma y como se dio el incumplimiento de los requisitos establecidos en la norma para las deducciones de este gasto. Cita la sentencia No. 1158-17- EP/21) de la Corte Constitucional y acusa este rubro de una falta de motivación por una falta de fundamentación normativa, siendo necesario, para que exista una fundamentación correcta de la misma, el *"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."* Hecho que evidentemente no se realizó en la presente sentencia. El Tribunal no realiza una motivación completa pues cita normativa de manera escueta sin analizar el alcance ni la pertinencia y como estas ayudan a concluir que el gasto dentro de esta glosa no es deducible. Si el Tribunal habría realizado un análisis de la normativa y la subsumía a los hechos tácticos, la decisión del mismo habría sido que en efecto si fue un gasto deducible; toda vez que cumplió con los requisitos que exige la normativa citada por el mismo Tribunal. Las comisiones que se impugnan si son gastos que van relacionados de manera directa a la obtención, mantenimiento y mejora de los ingresos gravados del ejercicio fiscal 2015, ese valor contempla una cantidad de referidos por parte de Lekker a Banco del Austro. Las comisiones estaban perfectamente reconocidas dentro del contrato de Inmediación entre Lekker y Banco del Austro. Concluye señalando que la sentencia no cumple con el requisito de motivación ya que **no existe una suficiencia motivacional normativa** al solo citar dos artículos, reconocer el contrato, las facturas presentadas y sin embargo declarar el gasto como no deducible, lo que genera una falta de motivación. **d)** Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lekker Tranding Corp. Entregadas por Banco del Austro S.A como sustento del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015 en su literal d) Facturas del exterior presentadas por el contribuyente que no cuentan con documentación o información de respaldo, respecto de la cual señala que el Tribunal recae en un vicio de falta de motivación pues no cumple con el estándar de suficiencia que hemos nombrado en los acápites anteriores. En este caso, al igual que en el anterior se ve reflejada una carencia en la fundamentación normativa ya que no es suficiente con citar o transcribir la misma, para que el actor deduzca cuales fueron los argumentos y cuál fue el razonamiento del tribunal para llegar a su decisión. La norma a la que hace referencia el tribunal de manera enunciativa establece los requisitos para que el gasto sea deducible, que analizados en forma correcta habría generado una conclusión lógica de que el gasto en el que incurrió Banco del Austro S.A. le ayudó a mantener y generar renta. El Tribunal nuevamente no hace un análisis de la relación que existe entre las AFS y Banco del Austro por el contrato suscrito entre Lekker y Banco del Austro, donde se confirma la posibilidad que tiene Lekker de subcontratar para cumplir con el objeto contractual; además no se pronuncia respecto de los gastos que son cubiertos por obligación contractual por Banco del ilustro S.A. El cierre de la cede en Italia no influye en nada para que haya una conclusión del Tribunal de no deducir el gasto, puesto que los pagos que tenía que hacer Banco del Austro eran por dos conceptos el uno por promoción y publicidad y el otro por comisiones. Cuando se cerraron las oficinas de Italia, se dejó de pagar los gastos de promoción y publicidad de este país, sin embargo, las comisiones seguían vigentes, pues estas son calculadas en base a los clientes referenciados por LEKKER a BANCO DEL AUSTRO. Cita la sentencia No. 1158-17- EP/21 de la Corte Constitucional y dice que existe una falta de fundamentación normativa pues para que esta esté completa "debe contener la enunciación y justificación suficiente cíe las normas principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Hecho que evidentemente tal como se explicó no se dio en el desarrollo de los argumentos del tribunal y concluye señalando que la sentencia tiene una **insuficiencia en la motivación normativa** lo que deriva en

que no se haga un análisis de los argumentos planteados dentro de la glosa y por lo tanto se desconozca la relación de las AFS, Lekker y el contribuyente, situación fundamental para considerar estos gastos como deducibles. **e)** Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lekker Tranding Corp. Entregadas por Banco del Austro S.A como sustento del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015 en su literal e) Análisis del cumplimiento de formalidades establecidas en la normativa tributaria pertinente de la documentación presentada por el contribuyente. Sobre la que refiere que el Tribunal señala que en su sentencia que *"Retener un porcentaje distinto al que alegaba la autoridad tributaria, no existe norma que establezca la no deducibilidad del gasto por retener un porcentaje que no sería el correcto"*, sobre ello expone que Banco del Austro si ha aportado liquidaciones de compras de bienes y servicios, facturas emitidas por Lekker, y comprobantes de retención, pero para los jueces no se justifican las distintas diferencias levantadas, pues a pesar de tener todos los documentos de soporte ratifica la glosa. Con estos antecedentes se puede decir que evidentemente estamos frente a una rotunda falta de motivación de la sentencia derivada de una incoherencia incurrida por el Tribunal de Instancia. El Servicio de Rentas Internas establece que el gasto no es deducible por la diferencia en la retención, que debió realizarse por un porcentaje de 35% y se hizo por un 22%. Es entonces, que realmente el argumento del tribunal debió radicar en que si la diferencia del porcentaje genera la no deducibilidad. Y dado que de la propia sentencia se desprende que *"no existe norma que establezca la no deducibilidad del gasto por retener un porcentaje que no sería el correcto"* siguiendo la lógica del Tribunal la consecuencia del gasto es que si es deducible. Cita la sentencia No. 1158-17- EP21 en la que hace referencia a la **incoherencia como un vicio motivacional** y con el vicio acusado, expresa que si el Tribunal no habría incurrido en este vicio, la conclusión coherente hubiera sido que se consideren estos gastos como deducibles, pues por el principio de legalidad y seguridad jurídica; aplicando la normativa pertinente y vigente; Banco del Austro S.A. cumple con todos y cada uno de los requisitos; y que de la propia sentencia el Tribunal acepta las pruebas presentadas como válidas. Concluye señalando que la sentencia no cumple con el requisito de motivación toda vez que existe una incoherencia al momento en que el Tribunal determina el gasto como no deducible. El punto dirimente y al que el SRI hizo referencia como razón para no deducir el gasto fue la diferencia del porcentaje de las retenciones; que el Tribunal reconoce dentro de su sentencia que; legalmente no existe normativa que determine que, por esta falta, el gasto es no deducible. Como se demostró existen premisas que llegan a una conclusión contraria a todo lo argumentado dentro de la sentencia.

4.2.2. Por el caso 5 denuncia el Acápite 7.10 Gastos Seguros y Reaseguro Primas y Cesiones, por la **falta de aplicación** de los artículos 36 del Código del Trabajo, articulo 50, 51 y 53 del Código de Comercio y artículo 192.1 de la Ley de Compañías, yerros que tiene sustento en que en esta glosa el principal objeto son las pólizas, misma que se adquirió con la finalidad de MANTENER y GENERAR ingresos de fuente ecuatoriana de Banco del Austro S.A., sobrepasando la debida diligencia; debido a que esta institución financiera sabe la importancia de brindar seguridad a sus derechos habientes. De las pólizas se desprende tal y como lo ha dicho el tribunal que el asegurado principal es el Banco del Austro; así como sus, subsidiarias, afiliadas, empresas relacionadas y el Grupo corporativo. El pronunciamiento del Tribunal hace referencia a que las pólizas Nos. 9900099 y 9900110 fueron contratadas por Banco del Austro S.A. a fin de asegurar las pérdidas que por la administración de sus directores o representante legal debieren cubrir pues son responsabilidades que están relacionadas directamente con el Banco. Sostiene que el Tribunal no considera la relación que existe entre los gerentes y administradores con Banco del Austro. Ellos son responsables por sus acciones, mismas que en el ejercicio de sus funciones pueden comprometer directa o indirectamente el patrimonio y sostenibilidad del Banco. Cita el texto de los Arts. 36 del Código de Trabajo y 27 del Código Tributario y señala que estas normas dicen quiénes son reconocidos como representantes legales de una empresa, así como su responsabilidad solidaria conjuntamente con sus gerentes, directores y administradores, cuando se encuentran en ejercicio de sus funciones como tal; por lo que, las decisiones de los gerentes, directores o administradores son de responsabilidad solidaria con el Banco. Refiere que las decisiones que adopten afectan al patrimonio del Banco, sea en la toma de decisiones legales laborales o tributarias, considerando que la responsabilidad es solidaria y no subsidiaria, el afectado puede ir en contra del Banco o sus representantes, y al no tener la entidad financiera la posibilidad de repetir cuando han sido actuaciones que si estén contempladas bajo su contrato de mandato es razonable

que la cobertura de las pólizas se extiendan y no se limiten a nuevas subsidiarias y representantes legales, así como también a sus conyugues y herederos. El Tribunal, en su fallo, recae en la no aplicación de los artículos 36 del Código de Trabajo y 27 del Código Tributario, pues no analiza la pertinencia de la relación entre los gerentes y el Banco y como su responsabilidad solidaria puede generar repercusiones graves en el Banco, razón principal por la que se tomó la póliza. Estas normas debieron ser analizadas en la sentencia del Tribunal, por cuanto, son gastos que ayudan a mantener y generar ingresos gravados, en favor del banco. Ya que, los representantes y administradores generan contrataciones o negocios en favor del Banco del Austro S.A cuando los representan, por lo que, al momento de estar asegurados esto los impulsa a generar nuevos proyectos de inversión que aumenten los ingresos del banco. Continúa señalando que en la sentencia erróneamente considera que las coberturas de las pólizas se han generado a favor de terceros, incurriendo en una inaplicación de lo establecido en el Código de Comercio en sus artículos 50, 51 y 53, (publicado en el Registro Oficial No. 1202, 20 de agosto 1960), transcribe su contenido y considera que las pólizas No. 9900099 y No. 0000110, buscan cubrir al asegurado, y no a terceros, el tribunal confunde este tipo de póliza creyendo que los beneficiarios son los administradores o representantes legales; pero por el contrario esto corresponde a una protección cuando el damnificado carece de acción directa contra la persona que está siendo asegurada. Así, la entidad financiera tiene que cubrir valores por actuaciones de parte de sus administradores o representantes legales, mismos que hayan sido en ejercicio de sus funciones y sean decisiones legales y legítimas; no podrá repetir en contra de ellos; por lo tanto, busca protegerse por medio de estas pólizas el patrimonio del mismo y por lo tanto los derechos de todas aquellas personas que han depositado valores, pero sobre todo la confianza en Banco del Austro y sus subsidiarias. Si el tribunal hubiera aplicado los artículos 50, 51 y 53 del Código de Comercio, llegaría a la correcta conclusión de que el único beneficiario de estos seguros es Banco del Austro para con sus bienes y trabajadores. No debieron considerar que estos seguros benefician a terceros, considerando que son independientes y que no guardan relación con Banco del Austro. Finalmente se expresa sobre la inobservancia del Art. 192 numeral 1 de la Ley de Compañías, pues señala que el Tribunal limita la cobertura de las pólizas considerando que estas solo se aplicarán al contribuyente fiscalizado, sin considerar, que las subsidiarias resultan ser una mejora sobre sus ingresos y que una subsidiaria dependerá de la otra y de su matriz, por cuanto, no se pueden considerar como independientes sino más bien como relacionados. Transcribe el contenido de esta norma y establece que existe un derecho de participación de la subsidiaria sobre la compañía principal respecto de sus acciones; por lo que, el detrimento patrimonial de la una puede interferir directamente en el patrimonio de la otra, generándole un grave perjuicio, más aún cuando es accionista; pues los accionistas responden por las obligaciones principales de la compañía de la que son parte, en ese sentido, si se hubiera observado las normas antes denunciadas, con el fin de dar cumplimiento con la normativa tributaria referente a las deducciones cita el Art. 10 numeral 4 de la LRTI y señala que los gastos por reaseguro y primas se contrataron con el fin de mantener la renta de Banco del Austro, tal y como se ha demostrado. Como se ha cumplido a cabalidad con lo dictaminado por el artículo mencionado de la Ley de Régimen Tributario Interno el gasto debió ser completamente deducible, pues las pólizas contratadas se dan como resultado de la solidaridad que tienen los representantes y el Banco, así como sus accionistas, y de esta manera proteger su patrimonio y MANTENER y GENERAR renta gravada.

4.2.3. Contestación al recurso de casación por el demandado.- El procurador judicial de las autoridades tributaria, dando contestación a la admisión parcial efectuada al recurso de casación, esto es por los casos 2 y 5 del Art. 268, presente razonamientos por cada una de las glosas recurridas por falta de motivación para desvirtuar dicha denuncia, así como los vicios *in iudicando* propuestos y señala como pretensión concreta que de los argumentos que expone en la contestación, se desprende que ninguno de los vicios acusados por la accionante existe en la sentencia objeto de su recurso, siendo más bien la adecuada motivación que los magistrados exponen en ella, la que permite desacreditar los cargos acusados, pues los Jueces han explicado de manera suficiente el porqué de su decisión; es por ello que, solicitamos comedidamente se sirvan desechar el recurso propuesto por la compañía actora y ratificar la sentencia de manera íntegra.

5. Problema Jurídico

Determinar si en la sentencia objeto del recurso de casación, incurre en los siguientes vicios propuestos por las partes procesales:

5.1. Recurso de Casación de la Directora General y Director Zonal 6 del Servicio de Rentas Internas. Por el caso 5to.: vii) Glosa

Amortizaciones del costo histórico de activo intangible **la errónea interpretación** de los artículos 30 y 35 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario y 13 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentación Complementarios, (numeral 7.9 de la sentencia); **viii)** Glosa promoción y publicidad (Festival de la Lira) la **falta de aplicación** del Precedente Jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 07-2016 publicado en el Suplemento 1 del Registro Oficial 894 de 1 de diciembre de 2016, que ha conducido a la **indebida aplicación** de articulo 10 numeral 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 28 numeral 11 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Régimen Tributario Interno.

5.2. Recurso de Casación de BANCO DEL AUSTRO S.A. Por el caso 2do.: El vicio de **falta de motivación** del Art. 76 numerales 7 literal l) y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y 95 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos las siguientes glosas: **i)** Acápite 7.6.1 Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. Enrejadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014; **ii)** Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. Enrejadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal b), **iii)** Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. Enrejadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal c); **iv)** Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. Enrejadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal d); v) Acápite 7.6.2 Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. Enrejadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014 en su literal e). **Por el caso 5to.:** vi) Acápite 7.10 Gastos Seguros y Reaseguro Primas y Cesiones, por la **falta de aplicación** de los artículos 36 del Código del Trabajo, articulo 50, 51 y 53 del Código de Comercio y artículo 192.1 de la Ley de Compañías.

6. Análisis del Tribunal de casación

6.1. El recurso de casación interpuesto se fundamenta en el 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece:

> *" Art. 268.- **Casos**. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) "2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación." (…) "5. Cuando se haya incurrido en aplicaciónindebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

6.1.1. El **caso 2** se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que podría configurarse de tres formas: 1) por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto, 2) por incongruencia en la parte dispositiva del fallo en cuanto se adopten resoluciones contradictorias o incompatibles; y, 3) cuando la sentencia no cumpla con el requisito constitucional y legal de la debida motivación. El recurso de casación interpuesto se fundamenta en que la sentencia no se cumple con el requisito de la motivación.

6.1.2. 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. 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. Antecedentes doctrinarios.- Mucho y diversos autores se han referido al elemental principio procesal de la motivación en tal sentido, la autora Gladis E. de Midón, en su obra "La Casación Control del Juicio de Hecho", (Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires -Argentina, 2001, p. 20), manifiesta que:

> *"Para alcanzar sus fines garantistas es inevitable que la motivación sea autosuficiente, en el sentido de abastecerse, expresando no sólo las conclusiones decisivas sino, fundamentalmente, las razones en que tales conclusiones se basan. No basta pues, como bien dice Carrió, que la sentencia tenga fundamentos, porque es preciso que éstos estén a su vez fundados. Sin esa básica motivación no es posible hablar en lenguaje constitucional de sentencia, pues huérfana de razonados fundamentos no hay nada, añadirá Morello, que en un acto de voluntad inepto de por si para constituirse en fuente jurígena de derechos".*

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, en el libro "La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 138, considera que:

"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación, además se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación".

Es claro entonces, que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la litis del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas.

6.2.1. El autor Luis Armando Tolosa Villabona, sostiene en su obra: Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 359, 361 sobre la **falta de aplicación,** sostiene que: *"Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica" , por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…".* La falta de aplicación *" ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia."* Respecto de la **aplicación indebida** refiere que: *"...es un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido. Se trata de una sentencia injusta, y el error, es error de subsunción o de aplicación. A la norma se la entiende rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos que no contempla (…) cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla."* Para Calamandrei, al vicio de aplicación indebida puede llegarse *"(…) por dos distintos modos que son perfectamente aplicables en nuestra técnica: porque, o puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), o pueda padecerse equivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto".* Finalmente, la **errónea interpretación** *"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." (Sentencia de 6 de Julio del 2021. Juicio No. 09504-2012-0041)".*

6.3. Normas infringidas.- El recurrente manifiesta que se han violentado las siguientes normas:

Constitución de la República del Ecuador

*" **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (…) 7. El derecho de las personas a la defensa 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".*

*" **Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".*

Código Orgánico General de Procesos

*" **Art. 95. Contenido de la sentencia escrita.-**La sentencia escrita contendrá: (…) 7. La motivación.*

Ley de Régimen Tributario Interno

*" **Art. 10.- Deducciones.-** En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos e inversiones que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: (…) 19. Los costos y gastos*

por promoción y publicidad de conformidad con las excepciones, límites, segmentación y condiciones establecidas en el Reglamento".

Reglamento de aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno

*"**Art. 27.- Deducciones generales.-** En general, son deducibles todos los costos y gastos necesarios, causados en el ejercicio económico, directamente vinculados con la realización de cualquier actividad económica y que fueren efectuados con el propósito de obtener, mantener y mejorar rentas gravadas con impuesto a la renta y no exentas; y, que de acuerdo con la normativa vigente se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta".*

*"**Art. 28.- Gastos generales deducibles.-** Bajo las condiciones descritas en el artículo precedente y siempre que no hubieren sido aplicados al costo de producción, son deducibles los gastos previstos por la Ley de Régimen Tributario Interno, en los términos señalados en ella y en este reglamento, tales como: (…) 11. Promoción y publicidad. Los costos y gastos incurridos para la promoción y publicidad de bienes y servicios serán deducibles hasta un máximo del 4% del total de ingresos gravados del contribuyente, este límite no será aplicable en el caso de erogaciones incurridas por: (…) e. Patrocinio y organización de actividades deportivas, artísticas y culturales, así como la promoción y publicidad de aquellos contribuyentes que se dediquen exclusivamente a la fabricación o comercialización de bienes relacionados directamente con dichas actividades" .*

*"**Art. 30.- Deducción por pagos al exterior.-** Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas. Los pagos efectuados al exterior son deducibles siempre que se haya efectuado la correspondiente retención en la fuente de Impuesto a la Renta. Si el sujeto pasivo omitiere la retención en la fuente, será responsable del pago del impuesto, caso en el cual el valor de la retención deberá ser considerado como gasto no deducible en la conciliación tributaria de su declaración de impuesto a la renta para el ejercicio fiscal correspondiente".*

*"**Art. 35. Gastos no deducibles.** No podrán deducirse de los ingresos brutos los siguientes gastos: (…)2. Las depreciaciones, amortizaciones, provisiones y reservas de cualquier naturaleza que excedan de los límites permitidos por la Ley de Régimen Tributario Interno, este reglamento o de los autorizados por el Servicio de Rentas Intentas. (…)7. Los costos y gastos no sustentados en los comprobantes de venta autorizados por el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención".*

Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios

*"**Art. 13.- Liquidaciones de compras de bienes y prestación de servicios.-** Las liquidaciones de compras de bienes y prestación de servicios se emitirán y entregarán por los sujetos pasivos, en las siguientes adquisiciones: (…) b) De servicios prestados en el Ecuador o en el exterior por sociedades extranjeras que no posean domicilio ni establecimiento permanente en el país, las que serán identificadas con su nombre o razón social." (…) Con excepción de lo previsto en la letra d) del presente artículo, para que la liquidación de compras de bienes y prestación de servicios, den lugar al crédito tributario y sustente costos y gastos, deberá efectuarse la retención de la totalidad del impuesto al valor agregado y el porcentaje respectivo del impuesto a la renta, declararse y pagarse dichos valores, en la forma y plazos establecidos en el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno".*

Código de Trabajo

*"**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".*

Código de Comercio (R.O. 1202 de 20-agosto-1960)

*"**Art. 50.-** En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato".*

*"**Art. 51.-** Salvo pacto en contrato, corren a cargo del asegurador, dentro de los límites de la garantía pactada, los honorarios y gastos de toda clase que se produzcan con motivo de la defensa civil del asegurado, incluso contra reclamaciones infundadas."*

*"**Art. 53.-** El seguro de responsabilidad civil no es a favor de terceros. El damnificado carece, en virtud, de acción directa contra el segurador. Este principio no obsta para que el asegurador adopte las providencias que estime conducentes a fin de evitar que el asegurado obtenga del contrato ganancias o lucro."*

Ley de Compañías (Art 33 Ley No. 0, publicada en R.O.S.347, 10-12-2020)

"Art.192.1.- *(…) Se entenderá por sociedad subsidiaria a aquella que posee personalidad jurídica propia y en la cual otra sociedad, que su matriz, tenga una participación directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento de su capital social."*

Precedente Jurisprudencial Obligatorio. Resolución No. 07- 2016 publicada en el S.1 del R.O. 894 de 1 de diciembre de 2016.

*"**Art. 3.-** DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE, el siguiente punto de derecho: "Para que un gasto sea considerado como deducible efecto del cálculo del Impuesto a la Renta, se debe tener en cuenta que, además del cumplimiento de los requisitos formales, debe tener una secuencialidad formal - material, demostrándose sustentadamente a través de la emisión de los comprobantes de venta, retención y complementarios, forma de pago, acreditación en cuenta en favor del beneficiario y la verificación de la fuente de la obligación que demuestre que efectivamente se haya realizado la transferencia del bien o que se haya prestado el servicio" , reiterado en las sentencias que se detallan en el numeral anterior".*

6.2.2. En vista que los sujetos procesales han interpuesto recursos de casación por las glosas y subglosas en las que a su criterio han recibido agravio con lo resuelto por el Tribunal, por los efectos de nulidad que puede producir la declaratoria de nulidad por falta de motivación se empezará por analizar el recurso de la entidad bancaria actora y luego el del SRI.

6.3. RECURSO DE BANCO DEL AUSTRO

6.3.1. Análisis del caso 2.- El cuestionamiento del contribuyente refiere a que la sentencia no está motivada y como tal ha dejado de aplicar los arts. 76.7.l) y 82 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), 95.7 del COGEP, en las glosas identificadas del i) al v) evidenciado en los acápites 7.6.1 por deficiencia motivacional fáctica, 7.6.2 literales b), c) y d) por insuficiencia normativa, y, e) incoherencia como un vicio motivacional, señalando que se han infringido los arts. 76. 1 y 7. l), 82 CRE y 95.7 del COGEP, se procede a analizar dicha denuncia, para lo cual es oportuno resaltar lo siguiente:

A) Conforme se desprende de la sentencia emitida por el Tribunal de instancia en **el Acápite 7.6.1. "Facturas emitidas por Lakker Tranding Corp. Enrejadas por Banco de Austro S.A. como sustento de gasto registrado en el ejercicio fiscal 2014, (numeral 3.6.2.7.2.2.1 del Acta de Determinación. USD 1´416.096,25)" .-** Después de transcribir los argumentos de las partes procesales, considerando la prueba practicada por el SRI y del acta de determinación impugnada, se tiene como elementos de convicción: **i)** Del Acta de determinación No. 01201824901405049 por Impuesto a la Renta del ejercicio 2014 de Banco del Austro y los documentos presentados durante el trámite del reclamo administrativo (CD a fojas 2262; carpetas "ACTA 2014" y "CD RECLAMOS"), que las facturas entregadas por Banco del Austro para el proceso de determinación del 2015 ya habían sido presentadas a su vez en el proceso determinativo del 2014 como sustento de los gastos registrados en ese ejercicio; **ii)** Que el Acta de Determinación impugnada, sobre esta glosa no adolece de falta de motivación, ya que se ha constatado que el motivo central por el que se levantan las diferencias y que es reconocido por el Banco del Austro en su demanda, es que la entidad financiera hoy accionante no ha probado (con comprobantes de venta u otros documentos) la existencia ni la naturaleza del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015 determinado; **iii)** No existe contradicción en los argumentos del SRI pues, en el acta de determinación se señala que de la revisión a la información entregada por el contribuyente se llegó a la conclusión de que las facturas presentadas ya las había presentado el Banco como sustento de los gastos pero dentro del proceso de determinación del ejercicio fiscal 2014, que a pesar de que éstas fueron emitidas en el 2015, el propio sujeto pasivo explicó que debido a la forma de contabilización (mediante provisiones) pertenecían al 2014, y no se puede pretender deducir dos veces las mismas facturas; **iv)** En el acto impugnado se concluye que al no existir documentación alguna que respalde el monto de USD 1'416.096,25 registrado como gasto en el 2015, éste no corresponde a un gasto realmente efectuado en el ejercicio fiscalizado y se lo glosa con afectación a los Estados financieros.

- Bajo esta realidad procesal es que señalan los jueces de instancia que el análisis del SRI es claro, coherente y sustentado, concluyendo que: *"si la documentación aportada correspondía a otro ejercicio fiscal (2014), lógicamente no existía información o comprobantes de venta que respalden el valor registrado en el 2015, por lo que no era posible analizar su deducibilidad o no; y, lo correcto y legal fue establecer que sobre los USD 1'416.096,25 no se ha demostrado su existencia o naturaleza, lo cual tiene afectación…"* Se deja constancia de que no se ha justificado el por qué se presentan las mismas facturas para justificar

gastos de dos ejercicios fiscales diferentes, por lo que resuelve en observancia a los arts. 7 y 10.1 de la LRTI, confirmar la glosa.

B) Sobre el Acápite 7.6.2. Facturas emitidas por Lekker Tranding Corp. entregadas por Banco del Austro S.A. como sustento del gasto registrado en el ejercicio fiscal 2015: literal b) Honorarios por servicios de asistencia en promoción y publicidad no imputables al ingreso de Banco del Austro S.A. (USD. 2´944.518,18).- Una vez que transcribe los argumentos de las partes procesales señala, para resolver este punto, considera las pruebas practicadas, así como el acto impugnado y establecen como elemento fáctico que: **i)** Estos costos y gastos no corresponden ni tienen relación a los referidos Honorarios que se fijan en el Contrato de Intermediación de Servicios Comerciales suscrito entre Banco del Austro y Lekker Trading Corp. (Cláusula 4.1 del contrato, y Anexo Uno del contrato); **ii)** Que si bien en el contrato y su anexo se acuerda que Lekker Trading Corp. facturará a Banco del Austro el valor de los servicios que incurriere de forma directa o a través de su red integrada, es claro, tal como se desprende del propio texto contractual, que los costos directos o indirectos tienen que estar relacionados con la prestación del servicio de promoción y publicidad objeto del contrato, que sin embargo, en la práctica se facturaron valores que no tienen que ver ni directa ni indirectamente con la prestación del servicio de promoción y publicidad y en consecuencia las erogaciones realizadas por Banco del Austro a Lekker Trading Corp. no constituyen gastos imputables a la actividad económica del contribuyente Banco del Austro, ya que aquellos montos finalmente corresponden a costos y gastos de operación de las denominadas Austro Financial Services de EE.UU. y España, y no a servicios que hayan sido brindados por promoción y publicidad; **iii)** Se destaca que, en la demanda se reconoce que los gastos efectuados por las AFS y liquidados por Lekker se trata de gastos administrativos.

- Sobre estos hechos probados y ciertos, el Tribunal de instancia considera pertinente citar los arts. 10.1 de la LRTI y 27 de su Reglamento y en virtud de estas, ratifica esta glosa, pues concluye que estos costos o gastos no son imputables a los ingresos del contribuyente hoy accionante, y por el contrario, corresponden a gastos de las empresas denominadas Austro Financial Services que operan en EE.UU. y España.

- Literal c) Comisiones por Asistencia comercial no imputables al ingreso de Banco del Austro (USD. 2´016.835,06).- Una vez transcrito las alegaciones de las partes, considera las pruebas practicadas, así como el acto impugnado y establecen como elemento fáctico que: **i)** Banco del Austro pagó las comisiones a Lekker Trading Corp. tomando como base las captaciones en cuentas de ahorro y CDP's (certificados de depósito a plazo) y no en función del total de recursos remesados o enviados por las personas domiciliadas en el exterior según había sido acordado en el Contrato de Intermediación de Servicios Comerciales, como resultado de la gestión comercial de Lekker. **ii)** De la "Aclaración al Anexo Dos" suscrito el 18 de octubre de 2019 entre Banco del Austro y Lekker Trading Corp., en el cual las partes aclaran que la comisión es calculada en base del saldo total histórico que mantiene Banco del Austro de las cuentas de ahorro y certificados de depósito atribuibles a las personas domiciliadas en EE.UU., España e Italia, referidas por Lekker, es un documento que no puede ser considerado para efectos de sustentar el cambio en la forma de cálculo de la comisión, debido a que ha sido suscrito en octubre de 2019, es decir, varios años después de que las comisiones se generaron, en un intento infructuoso por regularizar las inconsistencias en el cálculo de las comisiones, que no había sido pagadas conforme lo acordado por las propias partes, por lo que, se reitera esta Aclaración no puede ser tomada en cuenta debido a su fecha de emisión, dejándose constancia incluso como un elemento que llama la atención, que ha sido suscrita inclusive una vez que se encontraba en ejecución el proceso de determinación tributaria. **iii)** Existen otras inconsistencias que se detallan en el Acta de Determinación, tales como inversiones de clientes del Banco del Austro cuya fecha corresponde a los años 2006, 2012, 2013 y 2014, sobre las cuales se seguían pagando comisiones en el 2015, a pesar de que el contrato establecía que se pagarán sobre el monto de remesas recibidas; también casos en los que los saldos de los CDP's se mantienen invariables durante el 2015, no obstante se calculan comisiones por esos valores durante todos los meses. **iv)** Se detalla el caso de una persona que durante todo el 2015 no se recibieron remesas y la fecha de apertura del CDP es del año 2006; por otro lado, en los informes mensuales enviados por Lekker Trading Corp. constan valores de CDP's y cuentas de ahorro que habrían sido referidas por las AFS de Italia, cuando para ese año no funcionaban ya las AFS en Italia; cuentas en las cuales no ha existido ningún movimiento desde el 2006.

Con estas circunstancias fácticas, se remiten al primer inciso del art. 10 de la LRTI y primer inciso del art. 27 de su Reglamento y en virtud de estas,

ratifica esta glosa, pues concluye que este gasto generado en el año 2015, no tiene relación con la obtención, mantenimiento o mejora de los ingresos gravados como consecuencia de *"la inconsistencia en la forma de cálculo de las comisiones, la cual se realiza de una forma distinta a la acordada por las partes suscriptoras del contrato, y debido a toda la serie de inconsistencias respecto a las captaciones de dinero previamente expuestas."* Se confirma la glosa.

- Literal d) Facturas del exterior presentadas por el contribuyente que no cuentan con documentación o información de respaldo (USD. 679.763,69).- Una vez transcrito las alegaciones de las partes, considera las pruebas practicadas, así como el acto impugnado y establecen como elementos fácticos: **i)** En las facturas constan como conceptos o descripción, por ejemplo lo siguiente: por servicios de asistencia y promoción comercial de Italia, por servicios de asistencia y promoción comercial de USA, por mercadeo en Italia, USA y España; en algunas de ellas se hace referencia al mes al que corresponderían y en otras no. **ii)** La administración tributaria estableció como no deducible la diferencia glosada por gastos de facturas presentadas que tienen por concepto *"mercadeo en Italia, USA y España"* y *"servicios de asistencia y promoción comercial"*, para lo cual la autoridad tributaria ha explicado que el sujeto pasivo no presentó información adicional en la que se pueda verificar a cuál de los dos conceptos que se estipulan en el contrato corresponden; **iii)** Que las facturas y comprobantes de retención presentados ya fueron analizados en el punto relacionado con las Comisiones por Asistencia Comercial y no podrían formar parte de aquel monto; **iv)** Las liquidaciones de costos y gastos entregadas en sede administrativa, no corresponden a los valores de las facturas detalladas en el Cuadro No. 67 del Acta de Determinación; **v)** La administración ha concluido que la referida no corresponde a ninguno de los honorarios establecidos en el contrato y se glosa como no deducible del Impuesto a la Renta por no ser imputable a los ingresos del ejercicio fiscal 2015.

Con estas circunstancias fácticas, se remiten al numeral 1 del art. 10 y art. 13 de la LRTI para ratificar la glosa, pues la actora no ha logrado desvirtuar las causas que originaron la glosa levanta, pues el informe pericial tampoco ha permitido evidenciar que esas observaciones estén sustentadas.

- Literal e) Análisis del cumplimiento de formalidades establecidas en la normativa tributaria pertinente de la documentación presentada por el contribuyente.- Una vez transcrito las alegaciones de las partes, el Tribunal de instancia considera las pruebas practicadas, así como el acto impugnado, inicia con el establecimiento de la premisa normativa, pues lo discutido es el tipo de retención a la fuente que debe efectuarse a fin de que las Liquidaciones de pago efectuados en el exterior puedan ser consideradas deducibles, en ese sentido, se remite al contenido del art. 30 del Reglamento LRTI y resalta la condición de que *"siempre que se haya efectuado la correspondiente retención en la fuente de Impuesto a la Renta"* ; y sobre esta norma expresa que no es necesario *"por tratarse precisamente de este tipo de pagos (al exterior), que se realice la retención del IVA"* descartado así la actuación de la administración para desconocer estos valores con base en los arts. 35 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; además sobre el cuestionamiento de retenido el 22% del Impuesto a la Renta y no el 35% como alega la autoridad tributaria, no existe norma que establezca la no deducibilidad del gasto por retener un porcentaje que no sería el correcto, lo cual en todo caso podría implicar un incumplimiento normativo que eventualmente debió ser juzgado por otra causal. Con esta interpretación de la norma es que, subsume los hechos probados, esto es, *"sobre la no emisión de Liquidaciones de compras de bienes y servicios referida por la Administración Tributaria, durante este proceso judicial, conforme la prueba actuada, Banco del Austro ha aportado estos documentos que sí han sido emitidos"*; pero razona señalado que, *" su sola emisión (con las retenciones en la fuente del Impuesto a la Renta) no justifican las distintas diferencias levantadas por los pagos a Lekker Trading Corp."*, lo cual constituye ejercicio jurisdiccional exclusivo en la apreciación de la prueba, el cual no se puede cuestionar por este caso, que resuelve ratificar esta glosa.

C) De las transcripciones efectuadas y las conclusiones a las que llega la sentencia, esta Sala de Casación advierte que, las glosas cuestionadas por el Banco del Austro, por deficiencia motivacional fáctica (7.6.1.), y del 7.6.2 los literales b), c) y d) por insuficiencia normativa, contienen el ejercicio argumentativo completo, pues resuelven en objeto de la controversia en relación con las alegaciones efectuadas por las partes y de cuya construcción correcta del silogismo (premisa fáctica, premisa normativa y conclusión), resuelve ratificar las diferencias establecidas al evidenciar a través de razonamientos jurídicos que los pagos efectuados no pueden ser considerados deducibles de conformidad con la normativa que a su entender, resuelve la deducibilidad o no del gasto; en otras palabras

las conclusiones adoptadas por el órgano jurisdiccional de instancia, se enmarca en los elementos de prueba aportados, entre los que destaca el contrato de intermediación (que la actora sostiene no ha sido considerado) es decir, establece en concreto la realidad fáctica y verifica si es subsumible a la norma que los regula, por lo que los vicios denunciados sobre estos acápites no se observan.

D) Sobre la alegada incoherencia del literal e) del acápite 7.6.2, conforme se ha transcrito el análisis efectuado por el juzgador, no se advierte que exista el referido vicio, pues lo que efectúa es un ejercicio interpretativo de la norma, el cual debe ajustarse a derecho y una vez delimitado su sentido y alcance, subsume el elemento fáctico, que como se deja expuesto, es el resultado del ejercicio exclusivo para valorar la prueba y del establecimiento de elementos de convicción, guardando coherencia en la construcción de su premisa fáctica y la aplicación de la norma y su conclusión.

E) Esta Sala Especializada en múltiples fallos reiterados ha expresado que la motivación no es sino, la subsunción de ciertas premisas fácticas (hechos probados) a las normas de derecho que rigen la decisión, es decir premisas jurídicas que demuestran esta subsunción. En el caso de análisis, de la trascripción hecha de la sentencia recurrida, permite evidenciar a esta Sala, que el objeto controvertido fue resuelto de manera motivada, lo cual es contrario a las alegaciones efectuadas por los recurrentes en cuanto a la carencia de presupuestos normativos que justifican la decisión adoptada y que constituyen las razones por las que la considera inmotivada, pues la sentencia cuestionada contiene el ejercicio argumentativo jurisdiccional antes referido. En definitiva, el cargo de falta de motivación alegado en su recurso por la parte actora, no ha sido evidenciado, por el contrario, la actual Corte Constitucional del Ecuador, ha señalado que existe una debida motivación cuando la argumentación jurídica es suficiente a los hechos considerados como ciertos en la sentencia; más contundente cuando afirma: "24. Cabe señalar, además, que para la Corte la garantía de la motivación no se refiere a la corrección del razonamiento judicial, sino, exclusivamente, a explicar de forma suficiente los fundamentos de la decisión adoptada". (sentencia No. 1507-15-EP/21 de 20 de enero de 2021).

E) Para concluir, este Tribunal de Casación, es necesario dejar expresado que, no porque el razonamiento jurídico del fallo sea contrario a los intereses del actor significa que exista "falta de motivación", cuando evidentemente lo que pretende es que se corrija la argumentación jurídica que ha servido al Tribunal de instancia para adoptar su decisión; con lo que la sentencia cumple y justifica debidamente su argumentación como parte de su estructura; todas ellas razones por las que se rechaza el recurso al amparo del caso 2 del Art. 268 del COGEP.

6.3.2. Análisis del caso 5.- Respecto del Acápite 7.10 Gastos Seguros y Reaseguro Primas y Cesiones, por la **falta de aplicación** de los artículos 36 del Código del Trabajo, articulo 50, 51 y 53 del Código de Comercio y artículo 192.11 de la Ley de Compañías, pues a su criterio si se hubiese aplicando dichas normas, los jueces hubieran concluido que la contratación de pólizas (Nos. 9900110 y 9900099), tenían como objeto la protección del patrimonio de Banco de Austro S.A. de las decisiones tomadas por sus gerentes, directores y administradores y no como erradamente refiere que benefician a terceros, considerando que son independientes y no guardan relación con el Banco.

6.3.2.1. Sobre esta glosa los jueces establecen como hechos probados y ciertos, de los cuales no cabe revalorización, que: **i)** La Póliza de Seguro No. 9900110 el asegurado es Banco del Austro, subsidiarias, afiliadas y empresas relacionadas, y también que en los amparos se hace referencia al Grupo Corporativo así como también a cónyuges; **ii)** La Póliza de Seguro No. 9900099 si bien se indica que el asegurado es Banco del Austro, dentro de las condiciones se habla de extensión de coberturas a nuevas subsidiarias, así como también se define como persona asegurada a los herederos y representantes legales.

6.3.2.2.- Es de tener en cuenta, que lo que se encuentra es controversia es el reconocimiento de este gasto como deducible por lo que las normas cuya pertinencia resuelven el controvertido, son aquellas que establecen las circunstancias sobre las cuales la ley permite se otorgue esa calidad; teniendo con antecedente esta aclaración, en la sentencia se observa que los jueces sobre las pólizas observadas, refieren que *"de conformidad con el principio de causalidad del gasto, éste será deducible únicamente respecto del contribuyente fiscalizado Banco del Austro, sus bienes y trabajadores, y no como acontece en el presente caso donde el asegurado es el Banco del Austro y terceros."* Así mismo, sobre el Certificado emitido por la compañía Seguros Unidos S.A. el 26 de abril de 2019, en el que se indica que solamente Banco del Austro sería el asegurado, *"el Tribunal no puede dar validez al mismo por cuanto ha sido emitido varios años después de la emisión de las pólizas y no podría un certificado estar sobre las cláusulas y amparos del contrato de seguro"*.

6.3.2.3.- Por lo que en observancia de lo previsto en el inciso primero y en el numeral 4 del art. 10 de la LRTI, se observa que, las primas de seguro son gastos que podrían deducirse de los ingresos gravados, siempre que cubran dos eventos: en primer lugar, los riesgos personales de los trabajadores y en segundo lugar, los riesgos sobre los bienes que integran la actividad generadora del ingreso gravado. En ese sentido, teniendo en cuenta los hechos probados y el objeto de la controversia sobre esta glosa, las normas invocadas por el juzgador, son las llamadas a resolver la Litis, por lo que las normas denunciadas por el recurrente, aun invocadas no son determinantes en la solución de los hechos por el vicio propuesto, pues las normas del Código de Comercio, que guardan relación con la contratación de un seguro de responsabilidad civil y de la Ley de Compañías en cuanto a que se entiende por subsidiaria, que denuncia el recurrente, no tienen un efecto directo sobre el alcance de la norma que regula la deducibilidad de las primas de seguros, es decir no son determinantes en la ratio decidendi, deficiencia en la proposición jurídica que limita el análisis del yerro denunciado. Consecuentemente, en la ratificación de esta glosa se han invocado las normas que gobiernan el asunto discutido, por lo que no se configura los yerros denunciados por falta de aplicación de normas sustantivas.

6.4. RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR EL S.R.I.

6.4.1. Análisis del caso 5.- Teniendo en cuenta que este caso invocado analiza la existencia de errores *in iudicando*, por tanto no cabe la revalorización de las pruebas admitidas en sentencia ni de aquellos hechos que no fueron motivo de controversia; se pasa a verificar la denuncia efectuada por el SRI:

6.4.2. "Glosa Amortizaciones del costo histórico de activo intangible" acusa la errónea interpretación de los arts. 30 y 35 del Reglamento de la LRTI y 13 del Reglamento de CVRDC (numeral 7.9 de la sentencia), pues en su criterio los jueces al declarar como gasto deducible las amortizaciones de los activos con códigos Nos. M-39-224 y M-39-227 de los proveedores Trustwave Holdings, Inc. y Solarwinds, yerran en el sentido de las normas denunciadas, pues el recurrente señala que al tratarse de normas que se complementan, debieron ser interpretadas sistemáticamente y que al haber concluido en la sentencia que sobre los pagos en el exterior no es necesario que se efectúe la retención del IVA para que el gasto sea deducible, han resuelto el conflicto efectuando un ejercicio interpretativo entre nomas específicas y generales.

6.4.2.1. En el punto 7.9 de la sentencia los juzgadores refieren que en el cuadro 6 del acta de determinación, la administración tributaria ha glosado varios activos adquiridos en el exterior, respecto de los que no se había presentado la liquidación de compra de bienes y servicios, y no se efectuó la retención en la fuente del 100% del IVA; para lo cual establecen como hechos ciertos y probados que: **i)** La actora ha justificado la emisión de las liquidaciones de compra de bienes y servicios así como las Retenciones en la fuente de Impuesto a la Renta de dos activos cuestionados, **ii)** La actora no presenta retenciones de IVA.

6.4.2.2. Sobre esta realidad procesal el Tribunal de instancia para establecer la deducibilidad de gasto de los pagos efectuados en el exterior, centra su examen es establecer qué tipo de retención es la que la ley exige, en ese sentido, expresa que *"la disposición aplicable en el caso de Pagos al exterior, es el Art. 30 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno"* , la cual es la norma específica que regula la deducibilidad de dichos pagos, exponiendo que *"los gastos por pagos al exterior serán deducibles siempre que se realice la retención en la fuente del Impuesto a la Renta, sin que sea necesario para la deducibilidad, por tratarse precisamente de este tipo de pagos (al exterior), que se realice la retención del Impuesto al Valor Agregado"* ; desvirtuando el argumento de la administración efectuado en observancia de otras normas (arts. 35 del Reglamento LRTI y 13 Reglamento CVRDC); en ese sentido, a más de que se observa que es un interpretación literal de la norma tal como lo ordena el art. 13 del Código Tributario, esta Sala de Casación, es coincidente con el juzgador de instancia al señalar que para el reconocimiento del gastos, deben cumplirse las exigencias previstas en la norma que regula su deducibilidad, pues por el principio de seguridad jurídica, no podría hacerse extensiva en base a normas previstas para regular otros impuestos u otros beneficios tributarios, distintos a la de generar renta gravable. Además, debemos considerar que la retención del 100% de IVA a la que hace referencia la norma del RCVRDC hace alusión al crédito tributario para el IVA y no a la deducibilidad de un gasto que genera renta gravada. Por tanto, los vicios denunciados por la administración tributaria, no se configuran en la sentencia.

6.4.3. En cuanto a la Glosa "promoción y publicidad (Festival de la Lira)" acusa la **falta de aplicación** del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 072016 publicado en el Suplemento 1 del Registro Oficial 894 de 1 de diciembre de 2016 y art. 27 del Reglamento LRTI, que ha conducido a la **indebida aplicación**

de art. 10.19 de la LRTI y 28.11 de su Reglamento de Aplicación, con sustento en que el juzgador ha declarado su deducibilidad a pesar de no existir secuencia formalmaterial de la transacción al no verificarse la fuente de la obligación, de igual manera señala que tampoco se ha justificado la vinculación con la actividad económica y que sirven para obtener, mantener y mejorar los ingresos gravados.

6.4.3.1. Previo a efectuar el análisis, esta Sala de Casación, aclara que, en el auto de admisión del recurso de casación, se evidencia que la Conjueza Nacional, por un lapsus omite al Art. 27 del Reglamento LRTI, no obstante, revisado el escrito contentivo del recurso es evidente que, parte de la formulación de su denuncia es esta norma jurídica, por lo que a fin de garantizar el derecho a la defensa, se entiende por admitida y se pasa a analizar el yerro denunciado por la glosa de promoción y publicidad.

6.4.3.2. En el punto 7.11 de la sentencia los juzgadores sobre la glosa de gastos de promoción y publicada (Festival de la Lira), cuestionada por cuanto el Banco no ha podido demostrar como este gasto se vincula con la obtención, mantenimiento o mejoramiento de su ingreso gravado, establecen como hechos ciertos y probados que: **i)** Las facturas y liquidaciones de compra de bienes y servicios tienen como concepto por el que se emiten, rubros como servicios de jurado, "fee mensual" evento festival la Lira, anticipo video producción festival, banners, letreros, músicos inauguración, vestimenta, libros participantes, camisetas bolsos y casacas del festival, invitaciones, tecnología y sonido, informe final de actividades, entre otros. **ii)** Del Informe final de actividades del Festival de La Lira 2015, tiene que el equipo de trabajo del Festival estuvo conformado, entre otros, por el Gerente General, Gerente Administrativo, Gerente Nacional de Mercadeo del Banco del Austro; que existieron cuñas de radio difundidas en Cuenca y otras ciudades del país; se describe el diverso material publicitario utilizado y la publicidad efectuada a través de vallas y prensa escrita; y de forma general se puede observar una serie de acciones realizadas antes y durante el festival, en las cuales *"existe inequívocamente la presencia del Banco del Austro"*.

6.4.3.3. Sobre la base de estos elementos de convicción, forma su criterio afirmando que *"para el evento cultural denominado Festival de la Lira, la entidad hoy accionante incurrió en una serie de gastos relacionados con su promoción y organización, siendo en consecuencia gastos de un evento que sí se encuentra en armonía con el concepto para que un gasto sea deducible, esto es, que permita obtener, mantener o mejorar los ingresos gravados de fuente ecuatoriana, mediante la promoción y publicidad del Banco ya sea de forma directa o indirecta en el evento organizado"*; (subrayado de esta Sala) y a esta realidad fáctica es que señala que, está permitida y acorde a lo dispuesto en el numeral 19 del Art. 10 de la LRTI y el numeral 11 del art. 28 de su Reglamento de aplicación que establecen que son deducibles del Impuesto a la Renta los costos y gastos incurridos por promoción y publicidad hasta un máximo del 4% del total de ingresos gravados del contribuyente, y que este límite no es aplicable si se trata de erogaciones producidas por patrocinio y organización de actividades deportivas, artísticas y **culturales**. Siendo esta la circunstancia por la que controvirtió este concepto y teniendo en cuenta que el Tribunal da por ciertos que los gastos se encuentran relacionados con la promoción y organización del Banco, la aplicación del art. 10.19 de la LRTI y 28.11 del Reglamento LRTI, se ajusta a derecho y resuelve el controvertido. Sobre la alegación de la inobservancia del precedente jurisprudencial 07-2016 (publicada en septiembre de 2016, por tanto, inaplicable para ejercicios anteriores), y del Art. 27 del Reglamento LRTI, normas que establecen cuando un gasto real puede darse la calidad de deducible; respecto de lo cual el Tribunal verifica la secuencialidad material y formal de las facturas y liquidaciones avalados por el informe final, lo que hace inadmisible su alegación de que no se ha justificado la fuente de la obligación. Razonamientos por los que se rechaza esta causal de casación.

7. Decisión.

7.1. Por los fundamentos expuestos, al tenor del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la Corte Nacional de Justica, 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 NO CASAR la sentencia de 6 de septiembre del 2021, las 10h37, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca, provincia del Azuay.

7.2. Sin costas.

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

7.4. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 838-UATH-2022-OQ de 28 de julio de 2022.

f) DR. GUSTAVO ADOLFO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL** DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **JUEZ NACIONAL (E)**.

III

Juicio Nro. 09501-2021-00014
Fecha: martes 26 de marzo del 2024, las 14h41

TEMA: Requisitos para imponer una tarifa impositiva del 25% a la declaración del impuesto a la renta, cuando la sociedad tenga beneficiarios en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con participación directa o indirecta.

SÍNTESIS

Se evidencia el vicio de falta de aplicación al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP en el fallo del a quo; pues la Ley de Régimen Tributario Interno, no hace distinción o exclusión alguna: para que la sociedad se encuentre gravada con tarifa 25%, basta que tenga "accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares" residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición, con una participación directa o indirecta. La Sala casó el fallo recurrido y rechazó la demanda presentada, ratificando la validez el acto administrativo impugnado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2021-00014

Jueza Ponente: Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 26 de marzo del 2024, las 14h4.1

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 Fernando Antonio Cohn Zurita (E), dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09501-2021-00014.

1. Antecedentes procesales

1.1. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, estableció el siguiente objeto de la controversia: *"ESTABLECER si la administración tributaria procedió motivadamente y conforme a derecho, al establecer diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2017, en base a lo prescrito en el artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno".*

1.2. En la sentencia recurrida se resuelve declarar con lugar la demanda presentada por la compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA, en contra de la señora Directora Zonal 8 del SRI. En consecuencia se declara la invalidez jurídica de la Resolución impugnada No. 109012020RREC341110 así como su antecedente la Liquidación de Pago No. 09201906502735009 por Diferencias en la Declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2017.

1.3 El SRI, interpone recurso de casación contra la sentencia de 23 de julio del 2021, a las 15h36, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas; dentro del juicio No. 09501-2021-0014, argumentando el 5 del art. 268 del "COGEP".

La compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA, presentó demanda en contra de la Resolución No. 109012020RREC341110, notificada el 6 de octubre del 2020, suscrita por Directora Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, en la cual niega el reclamo administrativo en contra de la Liquidación de Pago No. 09201906502735009 por Diferencias en la Declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2017.

1.4. Mediante auto de 20 de junio del 2023, a las 10h21, dictado por el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, de ese tiempo, admitió el recurso de casación interpuesto por el SRI, por el caso 5 del

Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP"; por el vicio de errónea interpretación del art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno aplicable para el año 2017.

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. Actúa el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, en virtud del acta de sorteo de 9 de febrero del 2024, en reemplazo del doctor José Suing Nagua, quien actualmente es el Presidente (E) de la Corte Nacional de Justicia.

2.1. Acta de sorteo y normas que determinan la competencia.- Sorteo de la causa número 09501-2021-00014, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 3 de octubre del 2023, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación. Esta Sala es competente para conocer este proceso, en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 -segunda parte, número 1- del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

3. Validez procesal

En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar, como lo han corroborado las partes procesales en la audiencia llevada a cabo el día 26 de marzo de 2024 a las 10h00.

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 5 del artículo 268 del COGEP. Que el Tribunal incurre en errónea interpretación del art.37 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Que detalla los considerandos 7.5.1 al 7.7.7 de la sentencia. Que el Tribunal fallo favorablemente a favor del actor basado en que la Administración Tributaria, estaría aplicando retroactivamente el criterio contenido en el art. 37 de la LRTI, reformado mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Suplemento del Registro Oficial 309 del 21 de agosto de 2018, esto es, de que basta que dentro de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital exista un titular residente establecido en un paraíso fiscal, para aplicar el 25%. Que el artículo señalado es claro al establecer que la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta. Que según los jueces, la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga, en este caso, accionistas residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición, entendiéndose con una participación directa o indirecta, es decir, que para determinar al accionista indirecto con participación residente en paraíso fiscal o régimen de menor imposición, se debe tener en cuenta que sea el beneficiario efectivo en la composición de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital, esto por cuanto es quien en realidad es el propietario de las acciones; por cuanto el texto de la norma contenida en el art. 37 de la LRTI, vigente para el ejercicio 2017, difiere de la contenida en la Reforma contenida en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, ya que esta última no deja duda que la sola existencia de un paraíso fiscal, en la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital, da lugar a la aplicación del 25% no así la Ley vigente para el ejercicio 2017, en que la compañía debe tener accionistas residentes en paraísos fiscales con participación directa o indirecta. Que dicha interpretación favorece al criterio de considerar que los ingresos gravables obtenidos por sociedades constituidas en el Ecuador, así como por las sucursales de

sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas apliquen la tarifa del 22% sobre su base imponible, pese a las condiciones fijadas en la norma invocada. Que la errada interpretación, de la Sala de instancia considera que la Administración Tributaria desconoce como accionistas finales de SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL a los señores GIANLUIGI APONTE Y RAFAELLA APONTE con un capital accionario de 50% cada uno, ambos están establecidos en Suiza, no considerado paraíso fiscal, y que estaría aplicando retroactivamente el criterio contenido en el art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno reformado mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Suplemento del Registro Oficial 309 del 21 de agosto de 2018, de que basta que dentro de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital exista un titular residente establecido en un paraíso fiscal, para aplicar el 25%. Que de la declaración que se presentó del Anexo Accionistas, Partícipes, Socios, Miembros del Directorio y Administradores (APS) del año 2017, en el cual contribuyente registraba accionistas directos e indirectos en paraísos fiscales y/o regímenes de menor imposición en el mencionado anexo; "siendo que los accionistas directos del contribuyente MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA son United Agencies Limited (ubicado en Suiza país no considerado paraíso fiscal) con un porcentaje accionario del 99% y SAS Shipping Agencies Services SRAL(ubicado en Luxemburgo país considerado paraíso fiscal) con un porcentaje accionario de 1%, no obstante, a su vez esta última compañía es dueña en un 100% de la empresa United Agencies Limited, lo que permite establecer que la participación efectiva como accionista indirecto de la empresa SAS Shipping Agencies Services SRAL sobre MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA es de un 99%, por lo cual la composición accionaria del contribuyente es mayor al 50% enmarcándose en el primer inciso del artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario interno, vigente para el año 2017", en la parte concerniente a que la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta, individual o conjunta, igual o superior al 50% del capital social o de aquel que corresponda a la naturaleza de la sociedad. Que la Sala debió verificar previamente todos los elementos que componen las normas jurídicas sujetas a su análisis a fin de establecer la proposición jurídica completa. Que de este modo, era obligatorio atenerse al contenido íntegro del art. 37 de la LRTI, vigente al año 2016. Que el art. 37, interpretado erróneamente por el Tribunal, se observa que el legislador ha establecido con total claridad, que la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga accionistas, socios, participes, constituyentes, beneficiarios o similares residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta; que "el contribuyente realizó su cálculo del Impuesto a la Renta causado erróneamente con una tarifa proporcional, del 22% de Impuesto a la Renta para el 99% del porcentaje accionario de United Agencies Limited (ubicado en Suiza país no considerado paraíso fiscal) y 25% de Impuesto a la Renta para el 1% del porcentaje accionario de SAS Shispinq Agencies Services SRAL (ubicado en Luxemburgo país considerado paraíso fiscal), siendo esta última compañía dueña en un 100% de la empresa United Agencies Limited". Que el Tribunal debió haber interpretado el art. 37 de la LRTI vigente al año 2017, sin que se extralimite su alcance; y negar así la pretensión del Accionante. Que los jueces incurrieron en errónea interpretación del art. 37, alterando el verdadero enfoque, espíritu y alcance de la norma al alegar el uso de una norma retroactiva, esta es, la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, reforma que establece que los ingresos gravables obtenidos por sociedades constituidas en el Ecuador, así como por las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas en el país, aplicarán la tarifa del 25% sobre su base Imponible, y que se incrementarán 3 puntos porcentuales cuando dentro de la cadena de propiedad de los respectivos derechos representativos de capital, exista un titular residente, establecido o amparado en un paraíso fiscal, jurisdicción de menor imposición o régimen fiscal preferente y el beneficiario efectivo es residente fiscal del Ecuador, esto es, que la tarifa impositiva sería del 28%, normativa que no fue empleada dentro del antecedente del acto impugnado. Que la equivocada interpretación constituyó el

sustento judicial para invalidar jurídicamente la Resolución impugnada No. 109012020RREC341110, así como su antecedente la Liquidación de Pago No. 09201906502735009 por Diferencias en la Declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2017. Que por lo expuesto solicita que se case la sentencia.

4.2. La compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA, en su contestación al recurso de casación planteado señala que el casacionista, ha alegado que existe en la sentencia un vicio de errónea interpretación del art.37 de la LRTI, con lo cual acepta expresamente que esta es la norma llamada a gobernar el caso controvertido, pero a su entender, el Tribunal a quo le ha dado un alcance distinto a su verdadero espíritu. Que el argumento presentado por la Administración Tributaria en el recurso principalmente consiste en posicionar que basta con que exista en cualquier parte de la cadena accionarial de los sujetos pasivos, un solo accionista con residencia en un paraíso fiscal, para que se establezca que la tarifa del Impuesto a la Renta aplicable no era del 22%, sino que se incrementaría al 25%. Que de la lectura del art. 37, se infiere que para aplicar la tarifa del 25% de Impuesto a la Renta, debe existir una "participación directa o indirecta, individual o conjunta, igual o superior al 50% del capital social o de aquel que corresponda a la naturaleza de la sociedad". Que para desvirtuar la causal alegada, se debe partir del análisis de los hechos probados, y para esto, en primera instancia debemos considerar el objeto de la litis, que fue formado conjuntamente entre la parte actora y demandada, mismo que se plasma en el acápite 7.5 de la sentencia. Que consta como hecho probado la composición societaria de MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA, en el considerando 7.5.2. Que en el considerando 7.5.6) de la sentencia recurrida, en el cual el Tribunal llega a sus conclusiones a través de la "genuina interpretación" del art. 37 de la LRTI, determinando que la Autoridad Demandada ha realizado una aplicación retroactiva del mencionado artículo que fue reformado mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Suplemento del Registro Oficial 309 del 21 de agosto de 2018. Que el Tribunal ha interpretado la norma denunciada de manera integral y lógica, por lo que se puede colegir que el Servicio de Rentas Internas ha planteado su recurso de casación, únicamente por no sentirse conforme con el resultado de la sentencia, que no le fue favorable, mas no porque verdaderamente se hayan cometido errores o vicios que afecten la validez de la decisión a la que ha arribado el Tribunal de instancia. Por lo expuesto solicita que no se case la sentencia.

5. Problema jurídico

Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, incurre en el vicio de errónea interpretación del art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno aplicable para el año 2017, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

6. Análisis del Tribunal de casación

6.1. El recurso de casación interpuesto se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: *"Art. 268.- CASOS.- El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 5. Cuando haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

6.1.1. El caso 5, se refiere a la violación directa de la Ley. Para su análisis se parte siempre de los hechos probados en instancia, que no pueden ser valorados nuevamente en sede casacional y, se entienden, por técnica casacional, aceptados por las partes. Para realizar el análisis debe la Sala Especializada verificar que, sobre tales hechos, se haya aplicado correctamente el derecho.

6.1.2. Luis Armando Tolosa Villabona, en lo referente a la errónea interpretación manifiesta que: *"Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad."* (Tolosa Villabona, Luis Armando, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá - Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 361); en otras palabras la errónea interpretación de normas de derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador.

6.2 El recurrente manifiesta que se ha violentado la siguiente norma:

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

"Art. 37.- Tarifa del impuesto a la renta para sociedades.- *Los ingresos gravables obtenidos por sociedades constituidas en el Ecuador, así como por las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas aplicarán la tarifa del 22% sobre su base imponible. No obstante, la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta, individual o conjunta, igual o superior al 50% del capital social o de aquel que corresponda a la naturaleza de la sociedad. Cuando la mencionada participación de paraísos fiscales o regímenes de menor imposición sea inferior al 50%, la tarifa de 25% aplicará sobre la proporción de la base imponible que corresponda a dicha participación, de acuerdo a lo indicado en el reglamento. (…)".*

6.3. Es pertinente iniciar el análisis respectivo, señalando que el invocar el caso 5 del art. 268 del COGEP, conlleva a que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia verifique si la sentencia emitida por la Sala de instancia riñe con el derecho (error in iudicando), lo que implica que los hechos sobre los que conoció el Tribunal A quo, no son controvertidos y son aceptados por las partes procesales, de tal manera que no se puede volver a analizar las pruebas ya presentadas y valoradas; de ahí que, la función de la Sala de Casación se limita a verificar que sobre tales hechos probados y reales, el juzgador haya aplicado correctamente las normas legales que corresponde; por esto es que, de verificarse que ha existido una violación directa de la norma sustantiva, sea por falta de aplicación, errónea interpretación o aplicación indebida de normas de derecho, la Sala Especializada tendrá la obligación de casar dicha sentencia.

6.4 Como se mencionó ut supra el caso 5 parte de hechos probados y aquellos no controvertidos, en tal virtud constan como tales en el fallo recurrido: *"7.5.5) No existe controversia en el árbol societario (cadena de propiedad) de la compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA en el año 2017, así lo indica la actora, lo ratifica la administración en su escrito de contestación (y consta referido en los actos administrativos impugnados), y por último lo sustenta el perito con su informe pericial (fojas 25 a 41). También no es controvertido que la actora tiene un 1% de su capital accionario en propiedad de un accionista DIRECTO establecido en paraíso fiscal (Luxemburgo), esto es la compañía SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL. La controversia radica en establecer si el sujeto pasivo tiene accionistas indirectos establecidos en paraísos fiscales".*

6.5 En virtud de que el hecho probado es que no existe controversia en la cadena de propiedad de la compañía actora, es necesario detallar la misma: *"7.5.2… En síntesis, la tesis de la parte actora compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA se centra en que: (i) sus accionistas DIRECTOS son: SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL, con un capital accionario del 1%, la misma que se encuentra establecida en Luxemburgo, considerado paraíso fiscal; y UNITED AGENCIES LIMITED S.A., con un capital accionario del 99%, la misma que se encuentra establecida en Suiza, no considerado paraíso fiscal. Y, (ii) Si bien, la empresa UNITED AGENCIES LIMITED S.A. tiene como accionista en un 100% de su capital accionario a SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL, ésta última tiene como accionistas finales a los señores GIANLUIGI APONTE Y RAFAELLA APONTE con un capital accionario de 50% cada uno, ambos están establecidos en Suiza, no considerado paraíso fiscal. Entonces los señores Apontes serían los ACCIONISTAS INDIRECTOS, ya que SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL sería un accionista intermediario".*

6.6 Ahora bien, habiéndose alegado la errónea interpretación del art. 37 de la LRTI, es pertinente detallar lo que señala el Tribunal al respecto: *"**7.5.4)** Al respecto, el Tribunal considera que las normas aplicables al caso y que han sido citadas en el numeral 7.5.1, son claras al referirse que la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga, en este caso, accionistas residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición, entiéndase con una participación directa o indirecta. El texto de la norma contenida en el Art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente para el ejercicio 2017, que es el presente caso, difiere de la contenida en la Reforma contenida en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, ya que esta última no deja duda que la sola existencia de un paraíso fiscal, en la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital, da lugar a la aplicación del 25% no así la Ley vigente para el ejercicio 2017, en que la compañía debe tener accionistas residentes en paraísos fiscales con participación directa o indirecta. (…). **7.5.6**)*

La Resolución NAC-DGERCGC15- 00003236 aplicada por el Servicio de Rentas Internas en la Resolución impugnada (considerando 15.19.17), en su artículo 3, de manera expresa se refiere al último nivel de la composición societaria, en el que se identifique a personas naturales que sean beneficiarios finales o beneficiario efectivo como lo define el artículo innumerado (tres) a continuación del artículo 7 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno que señala a quien legal, económicamente o de hecho tiene el poder de controlar la atribución del ingreso, beneficio o utilidad; así como de utilizar, disfrutar o disponer de los mismos. Es decir, que para determinar al accionista indirecto con participación residente en paraíso fiscal o régimen de menor imposición, se debe tener en cuenta que sea el beneficiario efectivo en la composición de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital, esto por cuanto es quien en realidad es el propietario de las acciones. Hay que considerar que la norma tributaria lo que pretende es prevenir la evasión tributaria en el ámbito nacional e internacional; y que los accionistas que no se encontraren establecidos en un paraíso fiscal les correspondería tributar en su país; razón por la cual se exige que los contribuyentes informen sobre la participación de sus accionistas, socios, participes, constituyentes, beneficiarios o similares, y en caso de no hacerlo se le aplicará la tarifa del 25% (artículo 37 LRTI). Con la interpretación que realiza la administración tributaria de que al ser la compañía SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL propietaria del 100% de la empresa UNITED AGENCIES LIMITED S.A, se convierte en accionista ***INDIRECTO*** *de la compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANONIMA EMESSEA, desconociendo que los accionistas finales de SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL son los señores GIANLUIGI APONTE Y RAFAELLA APONTE con un capital accionario de 50% cada uno, ambos están establecidos en Suiza, no considerado paraíso fiscal, por lo que se estaría aplicando el criterio contenido en el artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno reformado mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Suplemento del Registro Oficial 309 del 21 de agosto de 2018, de que basta que dentro de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital exista un titular residente establecido en un paraíso fiscal, para aplicar el 25%, lo cual no es procedente por tratarse de una aplicación retroactiva de norma, lo cual evidentemente afecta la motivación del acto administrativo impugnado y su antecedente, al sustentarse en norma no aplicable al ejercicio económico auditado".* (el subrayado es de esta Sala de Casación).

6.7 En virtud de lo expuesto, no siendo controvertido los accionistas de la compañía contribuyente MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANÓNIMA EMESSEA: a) SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL, con un capital accionario del 1%, establecida en Luxemburgo; y b) UNITED AGENCIES LIMITED S.A., con un capital accionario del 99%, establecida en Suiza, que a su vez tiene como único accionista (100%) a SAS SHIPPING AGENCIES SERVICES SARL que a su vez tiene dos accionistas establecidos en Suiza, con el 50% de capital accionario cada uno; en tal virtud, revisado el contenido de la norma acusada de erróneamente interpretada, esta Sala verifica que en la misma existen dos situaciones claramente diferenciadas: **i)** Que los ingresos gravables obtenidos por las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas aplicarán la tarifa del 22% sobre su base imponible y, **ii)** Que se aplicará la tarifa impositiva del 25% cuando la sociedad tenga accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta, individual o conjunta, igual o superior al 50% del capital social o de aquel que corresponda a la naturaleza de la sociedad. Dentro de esta misma situación, se precisa que, si la mencionada participación es inferior al 50%, la tarifa de 25% aplicará sobre la proporción de la base imponible que corresponda a dicha participación.

6.8 En atención a esta disposición, el Tribunal de instancia establece que la Litis se contrae en verificar si el sujeto pasivo tiene accionistas indirectos establecidos en paraísos fiscales, y, establece que para determinar al accionista indirecto con participación, residente en paraíso fiscal o régimen de menor imposición, se debe tener en cuenta que sea el beneficiario efectivo en la composición de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital, esto por cuanto es quien en realidad es el propietario de las acciones; en virtud de ello determina el Tribunal que "Con la interpretación que realiza la administración tributaria de que al ser la compañía SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL propietaria del 100% de la empresa UNITED AGENCIES

LIMITED S.A, se convierte en accionista INDIRECTO de la compañía MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANONIMA EMESSEA, desconociendo que los accionistas finales de SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL son los señores GIANLUIGI APONTE Y RAFAELLA APONTE con un capital accionario de 50% cada uno, ambos están establecidos en Suiza, no considerado paraíso fiscal, por lo que se estaría aplicando el criterio contenido en el artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno reformado… de que basta que dentro de la cadena de propiedad de los respectivos derechos de representación de capital exista un titular residente establecido en un paraíso fiscal, para aplicar el 25%" Dicha interpretación de la norma reprochada, efectivamente amplía el alcance de la misma, pues de la sola lectura de su contenido se puede advertir que regula la tarifa de impuesto a la renta a ser aplicada, según sea la participación directa o indirecta, en una sociedad, de acuerdo a la residencia o presencia en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición de los accionistas, socios, beneficiarios, etc., y, dentro del proceso, se tiene como no controvertido que la empresa contribuyente tiene dentro de su cadena accionaria (segundo nivel) a una empresa domiciliada en un paraíso fiscal (Luxemburgo) que a su vez es accionista único y total de la accionista directa (99%) de la contribuyente MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL ECUADOR COMPAÑÍA ANONIMA EMESSEA, consecuentemente al no ser controvertido que existe un accionista indirecto en segundo nivel (por llamarlo de alguna manera) en la referida sociedad, se cumple con el presupuesto contenido en el art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno y, por tanto la tarifa de impuesto a la renta que debe aplicarse a dicha contribuyente (EMESSEA) es del 25%, no sólo sobre el 1% del capital accionario que tiene SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL, como accionista directa, sino también sobre el 99% de UNITED AGENCIES LIMITED S.A., que tiene como único accionista nuevamente, a SAS SHIPPING AGENCIES SERVICIES SARL (accionista indirecto). El art. 37 reprochado, nada dice del beneficiario efectivo, como figura excluyente para que no se aplique una tarifa específica, es decir, no señala que, por el hecho de existir un beneficiario efectivo no residente o establecido en paraísos fiscales, entonces no deba aplicarse la tarifa del 25% cuando en la cadena accionaria exista en un nivel anterior al beneficiario efectivo, alguien residente o establecido en paraíso fiscal o régimen de menor imposición (interpretación errada realizada por los juzgadores A quo); al contrario, lo único que precisa la norma de manera general y sin restricciones es que, de existir cualquiera de estas calidades "accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares" residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta, individual o conjunta, igual o superior al 50% del capital social entonces se aplicará la tarifa del 25% de impuesto a la renta.

6.9 El Tribunal A quo, también ha hecho referencia de manera concordante al Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Resolución NAC-DGERCGC15-00003236, que guardan armonía con la norma legal, esta Sala no encuentra que exista norma que avale el alcance dado por los juzgadores A quo respecto al art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

6.10 Por otro lado, cuando el Tribunal señala que, a su parecer, la Administración Tributaria se encuentra aplicando el art. 37 reformado por la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Suplemento del Registro Oficial 309 del 21 de agosto de 2018, esta Sala observa que el art. reformado aborda detalladamente asuntos que no han sido previstos en el art. 37 vigente para el ejercicio 2017, así como otras tarifas y, en el otro extremo, éste, sólo es un parecer de los juzgadores.

6.11 En función del análisis realizado, se confirma la errónea interpretación dada al art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y se emite sentencia de mérito en los términos señalados en el numeral 6.8 segundo y tercer párrafo.

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

7.2. Casar la sentencia de 23 de julio del 2021, a las 15h36, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas; dentro del juicio No. 09501-2021-0014 y, en función del análisis realizado rechazar la demanda presentada y ratificar el acto administrativo impugnado.

7.3 En virtud de que en el presente recurso el casacionista es el SRI, no existe caución rendida.
7.4. Actué la doctora Ligia Marisol Mediavilla como Secretaria Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. 838-UATH-2022-OQ, de fecha 28 de julio del 2022.
7.5. Sin costas.
7.6 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.
f) DRA. ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL (PONENTE)**, DR. GUSTAVO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **JUEZ NACIONAL (E) (Voto Salvado).**

VOTO SALVADO

Juicio No. 09501-2021-00014

Juez Ponente: Dr. Fernando Cohn Zurita

Me aparto de la sentencia de mayoría, por las siguientes consideraciones: 1) El artículo objeto de análisis (37 LRTI) prescribía para el 2017 que: (i) las compañías que no tengan accionistas y similares, directos o indirectos, establecidos en paraísos fiscales, pagan tarifa de IR del 22%; (ii) las compañías que tengan accionistas y similares, directos o indirectos, establecidos en paraísos fiscales en un porcentaje menor al 50% del capital social, tributan el 25% respecto de la proporción de la base imponible que corresponda a dicha participación y 22% sobre el resto; (iii) las compañías que tengan accionistas y similares, directos o indirectos, establecidos en paraísos fiscales en un porcentaje igual o mayor al 50% del capital social, tributan el 25% sobre la base imponible. 2) En este caso, se debe determinar si para fines de la norma, dentro del concepto de ¿participación directa o indirecta? en el capital de la compañía, deben considerarse, en caso de encadenamientos societarios, a todos los niveles de dicha ramificación, esto es, al accionista inmediato (primero), y a cada uno de las fases subsiguientes de propiedad de las acciones. 3) Dado que la norma se refiere a la participación directa e indirecta en el capital de la compañía que es objeto de tributación, no cabe que se considere a cada una de las personas naturales o jurídicas que se derivan de la distribución accionarial inicial; o es directo, o es indirecto; y si es indirecto, debe establecerse quién es el que tienen la participación en el capital de la compañía, sin que pueda ser acumulativo. 4) Así, el beneficiario directo es el inmediato del que no se deriva una ramificación societaria. Si existe dicha ramificación, es al beneficiario final al que debe considerarse y no a los beneficiarios de niveles anteriores, pues no cabe que se acumulen sus porcentajes, dado que se origina en un porcentaje inicial de participación en el capital de la compañía, que no podría considerarse incrementado por los niveles que se derivan del primero. 5) De esa forma, cuando la norma trata de participación directa o indirecta, solo podría computarse o considerarse el directo (del que no se deriva una ramificación societaria) o el indirecto (descartándose el primero y los niveles que preceden al último). 6) Fue recién con ocasión de la reforma al art. 37 de la LRTI del año 2018 en que la norma se refiere a cualquiera de los niveles del encadenamiento societario que residan o estén establecidos en paraísos fiscales, que ?contaminan? desde el origen la participación en el capital de la compañía; reforma en la que, además, se anula la incidencia tributaria si los beneficiarios finales no residen en Ecuador. 7) Por tanto, atendiendo el principio de reserva de ley consagrado en el art. 4 del Código Tributario y 301 de la Constitución, no cabe que se aplique una tarifa sobre el total de la base imponible, considerando circunstancias de quienes no son beneficiarios indirectos de acuerdo al texto del art. 37 de la LRTI vigente para el año 2017, pues podría considerarse como tales, en un encadenamiento societario en el que se hace referencia a la participación en el capital de la compañía, exclusivamente al del último nivel. 8) Por tales razones, estimo que no debía casarse la sentencia, al ser correcta la interpretación que el Tribunal le dio al precepto.
f) DRA. ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL (PONENTE)**, DR. GUSTAVO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **JUEZ NACIONAL (E) (Voto Salvado).**

Resumen de fácil comprensión

El análisis establece que se configura el vicio de falta de aplicación al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP, pues la norma no hace distinción o exclusión alguna para que la sociedad se encuentre gravada con tarifa 25%, basta que la sociedad tenga "accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares" residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta; consecuentemente se CASA el fallo recurrido y se reemplazan los fundamentos jurídicos erróneos con los correctos.

IV

Juicio Nro. *17510-2021-00070*
Fecha: *lunes 8 de abril del 2024, las 16h14*

TEMA: Notificación por medios electrónicos. Momento desde el cual es contabilizada como válida la notificación.

SÍNTESIS

El Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación admitido por el caso 5 del art. El Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación admitido por el caso 5 del art. 268 del COGEP; por el vicio de falta de aplicación de los arts. 2 de la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155 y 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, e, indebida aplicación del art. 139.2 del Código Tributario. La Sala advierte que existe un vicio de falta de aplicación de las normas referidas, por lo cual, la Sala dicta sentencia de mérito, en la cual aclara: que la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155 que señala puntualmente, el *"Momento de recepción del mensaje de datos. (es) Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario"*, no ha sido debidamente aplicado por el a quo, motivo por el cual, desecha la demanda del administrado contribuyente y declara la validez del acto administrativo impugnado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2021-00070

Jueza Ponente: Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Quito, lunes 8 de abril del 2024, las 16h14,

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 Fernando Antonio Cohn Zurita (E), dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17510-2021-00070.

1. Antecedentes procesales

1.1. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el señor Jaime Fernando Iza Chanatasig, por sus propios derechos presentó demanda en contra del Oficio No. 117012020OREC019417 emitido por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, notificado el 25 de noviembre del 2020, que contenía la respuesta al reclamo presentado (contra de la Liquidación de Pago No. 17202006500206918 por Diferencias en la Contribución Solidaria sobre el Patrimonio), calificándolo como extemporáneo.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, estableció en la audiencia preliminar el siguiente objeto de la controversia: *"VERIFICAR SI EL OFICIO No. 117012020OREC019417 EMITIDO POR EL DIRECTOR ZONAL 9 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, QUE RESOLVIÓ DECLARAR EXTEMPORÁNEO EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PROPUESTO POR EL SEÑOR JAIME FERNANDO IZA CHANATASIG, A LA LIQUIDACIÓN DE PAGO NO. 17202006500206918 POR DIFERENCIAS EN LA CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA SOBRE EL PATRIMONIO DEL AÑO 2017, HA SIDO EMITIDO CONFORME A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PERTINENTES. DE SER EL CASO, ESTABLECER LOS EFECTOS CORRESPONDIENTES SOBRE LO RESUELTO POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA".*

1.2. En la sentencia recurrida se resuelve aceptar parcialmente la demanda interpuesta por el señor Jaime Fernando Iza Chanatasig, por sus propios derechos y, declarar la invalidez jurídica del Oficio No. 117012020OREC019417 emitido por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, disponiéndose que se dé trámite legal al reclamo administrativo interpuesto a la Liquidación de pago No. 17202006500206918 por diferencias por concepto de la contribución solidaria sobre el patrimonio.

1.3 El Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación contra la sentencia de 21 de marzo del 2022, a las 10h35, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2021-00070, argumentando el caso 5 del art. 268 del "COGEP".

1.4. Mediante auto de 19 de junio del 2023, las 11h39, dictado por el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, de ese tiempo, admitió el recurso de casación por el caso 5 del art. 268 del COGEP; por el vicio de falta de aplicación de los arts. 2 de la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155 y 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, e, indebida aplicación del art. 139.2 del Código Tributario.

2. Competencia

Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, mediante la que, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificado la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, e integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero del 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo. Actúa el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, en virtud del acta de sorteo de 9 de febrero del 2024, en reemplazo del doctor José Suing Nagua, quien actualmente es el Presidente (E) de la Corte Nacional de Justicia.

2.1. Acta de sorteo y normas que determinan la competencia.- Sorteo de la causa número 17510-2021-00070, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 3 de octubre del 2023, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación. Esta Sala es competente para conocer este proceso, en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 -segunda parte, número 1- del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

3. Validez procesal

En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar, como lo han corroborado las partes procesales en la audiencia llevada a cabo el día 5 de abril de 2024 a las 11h00.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. El casacionista en la fundamentación del recurso argumenta que el Tribunal se vio frente a la tarea de resolver respecto a si en el caso, la notificación realizada por la Administración a través del buzón electrónico del actor, surtió efectos y por lo tanto el reclamo fue presentado fuera del término establecido en la Ley. Que en este sentido, la Sala de instancia analizó las formas de notificación establecidas en el Código Tributario, y es justamente en las consideraciones de *"la confirmación inequívoca de su recepción"*, en donde no se aplicaron las normas que se consideran infringidas, pues al no tener presente las disposiciones referentes a la notificación electrónica, se aceptó parcialmente la demanda presentada. Que se debe considerar que es un hecho probado que existe un ACUERDO DE RESPONSABILIDAD Y USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, a través del cual la actora consintió la forma de notificación electrónica, la que se entiende practicada desde el momento en el cual está disponible en el buzón del contribuyente. Que se debe tener presente que el Tribunal debía resolver si la notificación surtió efecto, pues a criterio del actor la notificación únicamente se perfeccionó una vez fue descargado el archivo enviado a su buzón, criterio contrario al expuesto por la Administración, que expuso que la notificación surtió efecto cuando el acto fue enviado al buzón en concordancia de lo establecido en el art. 107 numeral 7 del Código Tributario, el art. 2 de la Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000155 y el art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Que la Sala indebidamente establece que *"la notificación no ha cumplido su cometido que es el de darse a conocer para producir los efectos jurídicos correspondientes"*, lo cual se origina en la falta de aplicación de los artículos infringidos. Que además se debe destacar que la fecha de envío de la Liquidación de Pago al Buzón

del contribuyente no fue controvertida por tanto es un hecho cierto. Que son hechos ciertos: *"La liquidación de Pago fue recibida en el buzón electrónico del contribuyente, el 13 de febrero de 2020"*. Que la Sala desvirtuó y quito practicidad a la notificación por medios electrónicos, a más de quitar firmeza a un acto administrativo por la falta de prolijidad de la parte actora en la revisión de su buzón. Que en la sentencia se despojó a la notificación electrónica de todo valor jurídico, particular que únicamente puede ser entendido a través de la falta de aplicación del art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Que las normas infringidas debían ser aplicadas pues los hechos ciertos del caso se adecuaban perfectamente a los presupuestos fácticos de la norma y brindaban una solución al tema discutido en el caso. Que la infracción fue determinante en la sentencia ya que se quitó el valor jurídico a la notificación realizada y lo más grave es que se dispuso que se de paso a un reclamo administrativo sobre un acto que está firme y ejecutoriado. Que si el Tribunal hubiera aplicado los artículos infringidos, el fin de la sentencia habría sido diferente, toda vez que al ser un hecho cierto él envió del acto al buzón electrónico del contribuyente, se hubiera establecido que la Administración actuó correctamente al comunicar al actor que el reclamo presentado fue realizado fuera del término establecido en la ley, con lo cual se hubiera negado la demanda presentada. Que la norma que se aplicó indebidamente es el art. 139 numeral 2 del Código Tributario, en base al cual se estableció que el reclamo era procedente. Que esta norma no considera los hechos ciertos del caso y no resuelve el tema en discusión. Que por lo expuesto solicita que la Sala conceda el recurso y se case la sentencia recurrida.

4.2. El señor, Jaime Fernando Iza Chanatasig, en su contestación al recurso de casación señala que lo que pretende el recurso es demostrar su inconformidad con la sentencia recurrida, procurando que se realice una nueva valoración probatoria. Que el argumento presentado por la autoridad tributaria tiene como base dos supuestos *"hechos probados" o "hechos no controvertidos"*, ya que parte de la idea (no constante en la sentencia) de que el acuerdo de responsabilidad u uso de medios electrónicos contendría ciertas obligaciones que NO constan reconocidas en el texto de la sentencia. Que lo que el Tribunal de instancia realmente resolvió es que NO existe constancia cierta y plena de que el 13 de febrero de 2020, efectivamente se haya realizado la notificación al administrativo; más no como malintencionadamente indica el SRI que (fue debidamente notificada por medios electrónicos el 13 de febrero de 2020, a través del buzón del contribuyente, siendo efectiva la notificación en dicha fecha, por efecto del acuerdo suscrito entre el SRI y el contribuyente…). Que por lo tanto es evidente que el recurrente pretende que este Tribunal de Casación, se extralimite en sus funciones y vulnerando la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación, valore nuevamente los medios de prueba aportados al juicio. Que queda claro que del texto íntegro del art. 2 de la Resolución referida, que la Administración Tributaria, verificará el día y hora en que se produjo dicha recepción y sentará constancia de notificación. Que este hecho, como se expone de la sentencia, no fue aportado por la Administración Tributaria, sino que, de la prueba aportada por el actor en el proceso existe claramente la constancia de la fecha en que se abrió la notificación en el buzón del contribuyente, esto es el 9 de septiembre de 2020. Que en cuanto al art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, efectivamente establece la misma valoración jurídica de los documentos escritos, que sin embargo, la referencia a la norma no tiene relevancia jurídica alguna, puesto que en ninguna parte de la sentencia se deja de aplicar en debida forma la norma. Que el recurrente en su escrito hace referencia en innumerables ocasiones a la existencia del Acuerdo de Responsabilidad y Uso de Medios Electrónicos, cuyo contenido, no ha sido reconocido ni aceptado en el texto de la sentencia; sin embargo, lo importante y relevante es que la notificación jamás fue abierta sino hasta el 9 de septiembre de 2020 y solamente desde esa fecha se tuvo la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa. Que la autoridad recurrente hace referencia a la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia de 24 de marzo del 2023, dentro del juicio No. 01501-2018-0015, pero lo hace poniendo énfasis sólo en ciertas partes del extracto citado y no en aquellas que confirman lo expresado por el contribuyente. Que con respecto al cargo de aplicación indebida del art. 139 numeral 2 del Código Tributario, considera que es del todo claro que la sentencia recurrida, al hacer referencia a esta norma, concluye que la notificación de la Liquidación de Pago, se produjo el 9 de septiembre del 2020, por lo que el reclamo presentado contra la misma, debía ser analizado y resuelto por la administración; es decir, no debió haber sido considerada como no presentada, ya que éste hecho atenta claramente con lo que establece el numeral 2

del artículo 139 del Código Tributario, y el derecho a la defensa. Por lo que solicita que se ratifique la decisión del Tribunal de Instancia.

5. Problema jurídico

Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, incurre en los vicios de falta de aplicación de los arts. 2 de la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155; y 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; y que correlativamente se produjo la indebida aplicación del art. 139.2 del Código Tributario, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

6. Análisis del Tribunal de casación

6.1. El recurso de casación interpuesto se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: *"Art. 268.- CASOS.- El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 5. Cuando haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".*

6.1.1. El caso 5, se refiere a la violación directa de la Ley. Para su análisis se parte siempre de los hechos probados en instancia, que no pueden ser valorados nuevamente en sede casacional y, se entienden, por técnica casacional, aceptados por las partes. Para realizar el análisis debe la Sala Especializada verificar que, sobre tales hechos, se haya aplicado correctamente el derecho.

6.1.2. Sobre la falta de aplicación Humberto Murcia señala que 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).

6.1.3. Sobre la *"aplicación indebida"* el autor Humberto Murcia Ballen, manifiesta que: *"Este concepto o especie de violación se presenta cuando, entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia 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."* (Humberto Murcia Ballén, "Recurso de Casación Civil", Bogotá – Colombia, 2005, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda., páginas 331 y 332).

6.2 El recurrente manifiesta que se han violentado las siguientes normas:

RESOLUCIÓN NAC-DGERCGC16-00000155.

"Art. 2.- Notificación electrónica.- Es el acto por el cual se hace conocer a una persona natural o jurídica por medio de un mensaje de datos, previo haberlo solicitado y consentido a través de la suscripción del acuerdo de responsabilidad y uso de medios electrónicos, el contenido de las actuaciones del Servicio de Rentas Internas. La notificación electrónica se entenderá practicada cuando esté disponible en el buzón electrónico personal del sujeto pasivo dentro del portal web del Servicio de Rentas Internas. La Administración Tributaria verificará por medio de sus herramientas informáticas, el día y hora en que se produjo dicha recepción y sentará la constancia de notificación. Cuando de Oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material para notificar electrónicamente, se practicará la notificación en las demás formas establecidas en el Código Tributario, según corresponda."

LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS

"Art. 2.- Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.- Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento."

CÓDIGO TRIBUTARIO

"Art. 139.- Invalidez de los actos administrativos.- Los actos administrativos serán nulos y la autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos: 1. Cuando provengan o hubieren sido expedidos por autoridad manifiestamente incompetente; y, 2. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo."

6.3. Constan como hechos no controvertidos y probados los siguiente: "***7.1.- ANALISIS DE LA ALEGACIÓN SOBRE LA NOTIFICACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL PAGO No. 172020065500206918 POR DIFERENCIAS***

POR CONCEPTO DE LA CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA SOBRE EL PATRIMONIO.- *(…) En la etapa de juicio, el Servicio de Rentas internas actuó como prueba a su favor, la Liquidación de Pago No. 17202006500206918 y su razón de notificación (fojas 66 a 73), así como el acuerdo de responsabilidad y uso de medios electrónicos suscrito el 26 de enero de 2015 (fojas 126); de esta documentación solo puede desprenderse que, el 13 de febrero de 2020, fue agregada por el notificador del Servicio de Rentas Internas identificado como Andrés Danilo Córdova Ordóñez, bajo el título de "notificación", la liquidación de pago en la bandeja del contribuyente, sin ninguna marca informática adicional, pues solo pueden verificarse las gestiones efectuadas por el Servicio de Rentas Internas. Así mismo se verifica que la dirección de notificación hace alusión a "CTB_GDE_OK", lo que difiere en absoluto con la dirección de correo señalada por el contribuyente en el acuerdo firmado por el SRI.*

Contrario a ello, de los documentos adjuntos a la demanda, de fojas 13, obra la certificación de documentos materializados desde página web, que corresponden básicamente a la materialización del buzón del actor, en el que consta las "notificaciones" que dice haber realizado el Servicio de Rentas Internas y que el actor adjuntó para establecer la fecha de notificación de la liquidación de pago. Por cuanto este documento constituye parte del expediente judicial y por tanto refleja la verdad procesal de este juicio, en dicho documento este Tribunal puede observar que con respecto a la Liquidación de Pago No. 17202006500206918, aquella consta como "fecha de notificación" el 13 de febrero del 2020; sin embargo, en la parte en la que se describe "fecha 1 era descarga PDF" consta como fecha el 09 de septiembre de 2020, lo que implica que solo a partir de dicha fecha el contribuyente ha podido conocer de este documento, al descargarlo y abrir su contenido.

En este sentido, la administración no ha demostrado de forma plena, que el contribuyente ha tenido conocimiento de la liquidación de pago el 13 de febrero de 2020, a través de las confirmaciones de envío, recepción y lectura de las notificaciones electrónicas recibidas en su buzón, pues tratándose de nuevas formas que hacen uso de la tecnología, es posible identificar pistas informáticas con las cuales se puede conocer de manera certera su descarga; este tribunal establece que la notificación sin las marcas informáticas pertinentes que debieron ser puestas en conocimiento del Tribunal, para tener la efectiva seguridad y certeza de que el contribuyente fue notificado en la fecha que afirma la administración tributaria, solo nos lleva a concluir que la notificación efectuada el 13 de febrero de 2020 no ha producido efecto y es ineficaz, afectando el derecho a la defensa del actor, impidiéndole que pueda presentar las justificaciones y documentos necesarios para refutar las supuestas diferencias levantadas.

Ahora bien el actor ha señalado que la liquidación de pago No. 17202006500206918 le ha sido efectivamente notificada el 09 de septiembre del 2020, siendo esta fecha la que deja expresamente señalada como la fecha de notificación y a partir de la cual, ha contabilizado el término establecido en el artículo 115 del Código Tributario, para interponer su reclamación administrativa, la que ha sido presentada el 07 de octubre del 2020, lo cual no ha sido controvertido por el SRI. Por tanto verificado que ha sido que la notificación fue eficaz el 09 de septiembre de 2020, fecha en la cual el contribuyente descargó y conoció sobre la Liquidación de Pago No. 1720200650020691, para este Tribunal el reclamo administrativo presentado el 07 de octubre de 2020 resulta oportuno, y por tanto es improcedente la alegación de la administración tributaria de que se considere que la Liquidación de Pago No. 17202006500206918 es un acto firme y ejecutoriado al tenor de lo previsto en el artículo 83 del Código Tributario. (…)" (el subrayado es de esta Sala de Casación).

6.4. De lo expuesto tenemos que es un hecho no controvertido que el contribuyente señor Jaime Fernando Iza Chanatasig, el 26 de enero de 2015, suscribió el acuerdo de responsabilidad y uso de medios electrónicos con el Servicio de Rentas Internas, lo que implica aceptar recibir notificaciones de actuaciones administrativas en el buzón del contribuyente establecido para el efecto, constituyéndose en un mecanismo idóneo para tal fin.

6.5 El Tribunal de instancia contempla como hechos probados *"...que, el 13 de febrero de 2020, fue agregada por el notificador del Servicio de Rentas Internas identificado como Andrés Danilo Córdova Ordóñez, bajo el título de "notificación", la liquidación de pago en la bandeja del contribuyente, (…)"* y que, el reclamo fue presentado el 07 de octubre del 2020, por lo que, estos hechos, aceptados por las partes y que, no pueden alterarse, son considerados por esta Sala para la verificación si sobre aquellos se produjeron los vicios alegados por el recurrente, esto es la falta de aplicación de la Ley de Comercio Electrónico y de la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155. Visto el contenido de todos los hechos probados (citados en el numeral 6.3 precedente), esta Sala observa que los mensajes de datos tienen igual valor jurídico que los documentos escritos, sin embargo esta norma no aporta nada al análisis del fallo recurrido, pues

no incide en su contenido, sólo complementaria el análisis, por lo que se rechaza el vicio de falta de aplicación del art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico; por otro lado, y siendo probado que la notificación de la Liquidación fue realizada el 13 de febrero de 2020 y que la fecha de descarga de dicho mensaje de datos fue el 9 de septiembre de 2020, atendiendo al art. 2 de la Resolución reprochada como no aplicada, claramente se concluye, que la fecha de notificación de la Liquidación de Diferencias fue el 13 de febrero de 2020, fecha en la cual se recibió el mensaje de datos en el buzón del contribuyente, verificando la falta de aplicación de esta norma en el fallo recurrido, norma fundamental que de haber sido considerada, sin duda influía en la decisión de la causa, como podrá verificarse en la sentencia de mérito que corresponde que esta Sala emita y, cumpliéndose este vicio, se constata también la aplicación indebida del art. 139.2 de Código Tributario, ya que se aplicó por el error cometido por los juzgadores al no considerar la resolución administrativa NAC-DGERCGC16- 00000155.

6.7 En virtud de que en el presente caso la notificación se realizó al buzón del contribuyente, forma previamente consentida por el contribuyente, ("Acuerdo de responsabilidad y uso de medios electrónicos"), y que consta como hecho probado la constancia de la misma (el 13 de febrero de 2020, fue agregada por el notificador del Servicio de Rentas Internas identificado como Andrés Danilo Córdova Ordóñez, bajo el título de "notificación", la liquidación de pago en la bandeja del contribuyente), corresponde dictar sentencia de mérito de conformidad con el art. 273 del COGEP y la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 07- 2017:

Sentencia de Mérito.- A) Demostrado que la Liquidación de pago No. 17202006500206918 por diferencias por concepto de la contribución solidaria sobre el patrimonio, ingresó al buzón del contribuyente el 13 de febrero del 2020 y fue descargada el 09 de septiembre de 2020, y, que el 07 de octubre de 2020, el contribuyente ingresó un reclamo contra la mencionada liquidación (hechos probados), se verifica que en virtud de aquello, la Administración Tributaria expidió el Oficio No. 1170120Z0OREC019417, en respuesta al reclamo administrativo planteado, calificándolo como extemporáneo. **B)** Considerado el art. 2 de la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155, norma que corresponde ser aplicada a los hechos probados, se concluye que habiendo sido notificada la Liquidación de Pago en cuestión, en la bandeja del contribuyente en el buzón que aceptó se utilice para recibir notificaciones relacionadas con la Administración Tributaria (SRI) el 13 de febrero de 2020, el tiempo que se debía tomar para contabilizar la oportunidad en la presentación del reclamo, corre a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la referida Liquidación, consecuentemente, a la fecha de presentación del reclamo contra dicho acto administrativo, ya había transcurrido en exceso el término legal previsto en el art. 115 del Código Tributario (veinte días), pues el reclamo se presentó el 7 de octubre de 2020, esto es, casi 8 meses después de notificada la Liquidación de Pago contra la cual se presentó el reclamo administrativo. De manera detallada, desde el 14 de febrero del 2020 (tomando en consideración la suspensión de plazos y términos en todos los procesos administrativos por la pandemia COVID 19, desde el 16 de marzo del 2020 (Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000022) hasta la reanudación de los plazos y términos de todos los procesos administrativos en el Distrito Metropolitano de Quito el 29 de junio de 2020 (Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000048)), el contribuyente podía presentar el reclamo respectivo hasta el 29 de junio del 2020; lo cual no ocurrió en la especie y, por ello se ratifica el Oficio No. 1170120Z0OREC019417. **C)** Finalmente, pretender que la fecha de notificación en el buzón del contribuyente habilitado para el efecto, es cuando el contribuyente descarga el documento notificado, no es preciso por cuanto existe una disposición legal (art. 11 Ley de Comercio Electrónico), que además ha sido considerada en la resolución No. Resolución NAC-DGERCGC16-00000155, y que señala puntualmente *"Momento de recepción del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario",* siendo esto concordante con el art. 107.7 del Código Tributario que señala: *"Formas de notificación: Las notificaciones se practicarán... 7. Por correspondencia postal, efectuada mediante correo público o privado, o por sistemas de comunicación, facsimilares, electrónicos y similares, siempre que éstos permitan confirmar inequívocamente la recepción".* (El subrayado es de esta Sala), y que también fue utilizado en el fallo de instancia. La fecha de notificación no puede quedar a la voluntad del contribuyente, esto es, a cuando éste decida abrir un mensaje de datos, pues desnaturaliza el actuar de la administración tributaria y sus consecuentes efectos.- De forma didáctica y para una mejor comprensión, utilizando otra forma

de notificación para el ejemplo, no cabría señalar en caso de una notificación física en persona, que la fecha de notificación no es aquella en la que el contribuyente recibió el acto administrativo, sino aquella en la que dió lectura al mismo, pues nuevamente, quedaría sin efecto todo el actuar de la administración tributaria, dependiendo de la voluntad del contribuyente en su integralidad. **D)** Corregido el error de derecho en el fallo recurrido y habiendo reemplazado los fundamentos jurídicos erróneos por los correctos, como lo manda el art. 273 del COGEP, esta Sala emite su decisión:

7. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, resuelve:

7.2. CASAR la sentencia de 21 de marzo del 2022, a las 10h35, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha dentro del juicio No. 17510-2021-00070; por lo que se ratifica el Oficio No. 117012020OREC019417 emitido por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, notificado el 25 de noviembre del 2020.

7.3. En virtud de que en el presente recurso el casacionista es el Servicio de Rentas Internas; no existe caución rendida.

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.

f) DRA. ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL (PONENTE)**, DR. GUSTAVO DURANGO VELA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

Se configura el vicio alegado de falta de aplicación del Art. 2 de la Resolución NAC-DGERCGC16-00000155; pues se ha desnaturalizado la fecha de notificación de un acto administrativo, por no haber considerado esta norma para los hechos probados en instancia. Se dicta sentencia de mérito y se ratifica el acto administrativo impugnado.

V

Juicio Nro. *17510-2020-00136*
Fecha: *lunes 22 de abril del 2024, las 12h42*

TEMA: Impugnación Acta de determinación tributaria Servicio Rentas Internas.

SÍNTESIS

La Sala no casa la sentencia dictada por el *Ad quem*, en cuanto se refiere al recurso de casación propuesto por PRODUBANCO S.A.; y casa parcialmente el recurso propuesto por el Servicio de Rentas Internas. Que, en el caso 2 que acusa la falta respecto de las glosas, no prospera por cuanto de la revisión de la sentencia no se evidencia que exista una falta de motivación en los términos referidos por los recurrentes, sino más bien, la inconformidad de cada parte respecto a las glosas que fueron generadas en su contra. En cuanto al caso 5, tampoco se evidencia que el Tribunal haya dado un alcance distinto a las normas de depreciación de bienes no utilizado, sin embargo, sobre la norma que prevé la amortización del activo, atinente a los gastos de personal, que se originen por las indemnizaciones derivadas de procesos de fusión o conversión; se observa un error, del cual se genera el yerro de interpretación; por lo cual se configura el vicio y se ratifica este rubro.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00136

Juez Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 22 de abril del 2024, las 12h42.

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conformado por la Jueza Nacional Dra. Gilda Rosana Morales Ordóñez, el Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita en reemplazo del Dr. José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional y Dr. Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional Encargado y ponente, dictan la siguiente sentencia de casación dentro de la causa No.17510-2020-00136.

1.- Antecedentes procesales

1.1. La señora Martha Cecilia Paredes Díaz, en calidad de vicepresidente ejecutiva y por tanto representante legal del BANCO DE LA PRODUCCION S.A. (en adelante PRODUBANCO), interpone acción de impugnación en contra del acta de determinación No.17202024900159594 emitida y notificada el 30 de enero del 2020, mediante la cual el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas determinó diferencias en el impuesto a la renta del año 2015.

1.2. En el caso puesto en nuestro conocimiento, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Quito, en la audiencia preliminar, de común acuerdo con las partes procesales, establecieron como objeto de la litis: *"Establecer si es procedente la impugnación de la parte actora en el sentido de que solicito que en sentencia se deje sin efecto el acta de determinación tributaria No. 17202024900159594, por impuesto a la renta de año 2015, conforme los actos de proposición de las partes"*.

1.3. Mediante sentencia dictada el 16 de agosto del 2021, las 08h28, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, resolvió: *"116. Aceptar parcialmente la demanda presentada por la señora Martha Cecilia Paredes Díaz, en calidad de vicepresidenta ejecutiva y por tanto representante legal del BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO, y en consecuencia conforme lo analizado en este fallo se modifica parcialmente el acta de determinación No. 17202024900159594 de 30 de enero del 2020, emitida por el director zonal 9 del Servicio de Rentas Internas por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2015, exclusivamente*

con relación a lo resuelto en los literales H.C.25 y H.C.5 que antecede.[…]"

1.4. El doctor Mario Alberto Prado Mora, en calidad de procurador judicial del BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A., (PRODUBANCO) **(parte actora**), interpuso recurso de casación (fs. 391 a 400 vta del c2), con fundamento en los **casos segundo y quinto** del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos; de igual forma la abg. Angélica Gabriela Meléndez Oña en calidad de procuradora fiscal **(parte demandada)**, interpuso recurso de casación (fs. 402 a 414 del c2), en contra de la sentencia, con fundamento en los **casos segundo y 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 29 de septiembre del 2021, a las 14h59 y remite el proceso a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.5. Mediante providencia de 24 de enero del 2023, las 10h15 dictada por el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, se admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por la parte **actora y demandada**, ambos recursos por los casos **segundo y quinto** del Art. 268 del COGEP.

1.6. La **actora** respecto de las glosas 1) pagos a Promerica Financial Corporation, 2) pagos a Visa España Vispe denuncia la **falta de motivación** y como normas infringidas los Arts. 76,
76.7 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, 81 del Código Tributario y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial (**caso segundo**); respecto de las glosas:1) depreciación de bienes no utilizados y 2) de bienes arrendados no utilizados declara bajo el cargo de **errónea interpretación** de los Arts.10.7 de la Ley de Régimen Tributario interno, 28.6 y 35.2 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (**caso quinto**).

1.7. La parte **demandada** respecto de la glosas 1) gastos por provisiones de crédito a consumo, vivienda y microcréditos alega la **falta de motivación** de la sentencia recurrida normas de derecho los artículos 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, 89 y 90.5 del Código Orgánico General de Procesos y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial **(caso segundo)** y por la glosa "diferimiento de los gastos de personal que se originen dentro del proceso de fusión o conversión", por **errónea interpretación** del Art 1 del Capítulo VI de la Sección Primera de la Resolución de la Superintendencia de Bancos **(caso quinto)**.

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; 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 22 de junio del 2023, a las 09h52, 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. Por delegación del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, doctor José Suing Nagua, actúa en la presente causa el doctor Fernando Cohn, por acta de sorteo del jueves 9 de febrero de 2024, según Oficio Nro. 0155-SG-CNJ-MMV-2024 de la misma fecha.

3.- Validez procesal

3.1. De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar su validez procesal por lo que no 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 11 de abril del 2024, a las 11h00; la que se suspendió para el miércoles 17 de abril de 2024, las 14h40, en que se dio a conocer el veredicto al que se llegó de manera unánime.

4.- Fundamentación del recurso de casación

4.1 Recurso de la parte actora: La representante legal del BANCO DE LA PRODUCCION S.A., en el escrito de interposición del recurso de casación sostiene que en la sentencia se ha incurrido en los siguientes vicios contemplados en los casos 2 y 5 del art. 268 COGEP:

4.1.1 Glosa depreciación bienes no utilizados y glosa bienes arrendados no utilizados (CASO 5).- Refiere el casacionista que la administración tributaria considera como gasto no deducible el valor de la depreciación de los bienes no utilizados y de los bienes arrendados no utilizados, toda vez que su representada "debió demostrar que los activos sujetos a depreciación fueron usados durante el ejercicio fiscal 2015" . Que en el párrafo 18 de la sentencia el Tribunal de instancia establece lo siguiente: *"Sobre los valores en análisis se destaca prima facie, que no es un hecho controvertido el porcentaje de depreciación, naturaleza del activo, ni valor depreciado, sino que, el SRI observa el gasto deducible declarado, por corresponder a activos que PRODUBANCO no ha demostrado su uso en el ejercicio fiscal 2015"*.

4.1.2. Pide que se advierta que, la sentencia considera como hechos probados: la propiedad de los activos sujetos a depreciación, el porcentaje de depreciación, la naturaleza del activo y valor depreciado y transcribe los párrafos 21 a 24 de sentencia; indica que, la sentencia al resolver las glosas "depreciación de bienes no utilizados y depreciación de bienes arrendados no utilizados", parte del contenido del primer inciso del Art. 10 de la LRTI, que establece la regla general sobre la deducción de los gastos (serán deducibles los gastos necesarios para obtener, mantener o mejorar las rentas gravadas), para sostener que la depreciación, para que sea deducible, debe implicar el uso del activo, afirmando que la condición del uso está contemplada en el número 7 del Art. 10 de LRTI, cuando tal disposición, establece que la depreciación se realizará "conforme a la naturaleza de los bienes, a la duración de su vida útil, a la corrección monetaria y la técnica contable", yerro que, es determinante en la parte resolutiva de la sentencia.

4.1.3. Menciona que, el Tribunal A quo interpreta erróneamente el contenido del número 7 del Art. 10 de la LRTI, al sostener, violentando la lógica, que la descripción hipotética de esta norma establece el uso del activo como causa necesaria, para que el sujeto pasivo pueda considerarse como gasto deducible la depreciación; esta errónea interpretación le lleva a fallar contra las normas expresas de los Arts. 28.6 y 35.2 del RLRTI que, claramente establecen los porcentajes máximos de depreciación y que será considerada como un gasto no deducible, únicamente, cuando exceda los límites permitidos por (i) la Ley de Régimen Tributario Interno, ii) el reglamento o los autorizados por el Servicio de Rentas Internas.

4.1.4. Bajo el argumento de que "en materia de deducciones fiscales para establecer la base imponible del impuesto a la renta, el parámetro general fija una condición general y por otro lado, fija parámetros particulares según cada deducción definida en la norma señalando otras condiciones adiciones y concomitantes para cada deducción", el Tribunal A quo desconoce que legalmente la deducción de la depreciación está vinculada "a la naturaleza de los bienes, a la duración de su vida útil, a la corrección monetaria, y la técnica contable" y no al uso de los activos. La equivocada hermenéutica del Tribunal da como resultado una consecuencia no prevista ni el número 7 del Art. 10 de LRTI ni en el Art. 35 del RLRTI, configurándose de manera clara el yerro acusado.

4.1.5. Solicita que la Sala declare la errónea interpretación de las normas antes mencionadas y dicte la sentencia de mérito correspondiente, declarando que los valores contabilizados por depreciación son deducibles para el impuesto a la renta.

4.2. Glosa pagos a PROMERICA FINANCIAL CORPORATION (CASO 2).- Respecto de esta glosa el casacionista manifiesta que, en la sentencia el Tribunal A quo deja claramente establecido que la relación jurídica entre PRODUBANCO Y PROMERICA FINANCIAL CORPORATION no es de prestación de servicios, como equivocadamente determinó el SRI, sino que expresamente reconoce en el párrafo 52 de la sentencia, que corresponde a asignación de costos indirectos descartando de esta forma la motivación constante en el acto administrativo impugnado, que calificó a los pagos realizados a PROMERICA FINANCIAL CORPORATION como el pago de servicios que debían ser justificados con informes, detalles, fotografías, manuales o algún soporte que demuestre la efectiva prestación del servicio.

4.2.1. El recurrente señala que a pesar de este claro señalamiento de que, los pagos realizados por

PRODUBANCO a favor de PROMERICA no corresponden a servicios prestados, la sentencia en el párrafo 54 se contradice cuando señala: *"la actora sustentó en sede administrativa que los pagos corresponden a notas de cobro de PFC que tienen como concepto "gastos operativos" , no obstante no existe ninguna constancia procesal, ni la actora practicó prueba alguna por esta glosa, que los gastos indirectos asignados desde el exterior correspondan a la actividad generadora realizada en el país. Dicho de otra manera, conforme el artículo 30 del RLRTI no basta que los gastos indirectos asignados desde el exterior a sociedades domiciliadas en el Ecuador por sus partes relacionadas, no superen el 5% de la base imponible del impuesto a la renta más el valor de dichos gastos, sino que dichos gastos deben corresponder a la actividad generadora realizada en el país"* .

4.2.2. El casacionista indica que, esta glosa incumple la obligación de la motivación prevista en la letra I) del número 7 del Art. 76 de CRE y 81 del Código Tributario. Que la Corte Constitucional ha delimitado el alcance y contenido de la garantía de la motivación en la sentencia No. 1172-12-EP/19; para que se entienda cumplido el deber de motivar, la sentencia no debe incurrir en señalamientos contradictorios entre sí, pues de haber estas contradicciones, se sobrepasan y enervan las reglas de la coherencia y la lógica como elementos constitutivos del derecho a la motivación. Considera que de la sentencia se establecen las siguientes contradicciones: 1) En el párrafo 44, el Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el Art. 82 del CT, respecto a lo manifestado por el SRI en la glosa impugnada, por provenir de autoridad competente es válida y está llamada a cumplirse, *"connotación que admite prueba en contrario, siendo obligación de la actora desvirtuar el contenido de la glosa, conforme el mandato del artículo 169 en concordancia con el artículo 311 del COGEP"*. 2) El Tribunal de instancia determina expresamente que, el fundamento de la glosa, radica en que el SRI sostiene que PRODUBANCO ha pagado a PROMERICA FINANCIAL CORPORATION por prestación de servicios, que los mismos se someten al mandato general de los Arts. 13 de la LRTI y 30 del RLRTI. 3) Así mismo, deja establecido que en el acto impugnado el SRI sostuvo que PRODUBANCO no justificó los pagos de servicios a favor de PROMERICA FINANCIAL CORPORATION con informes, detalles, fotografías, manuales o algún soporte que demuestre la efectiva prestación del servicio.

4.2.3. Refiere que la falta de coherencia de la sentencia es manifiesta ya que, resulta elemental que si el juzgador descarta la motivación del acto impugnado y las excepciones planteadas, esto significa que el Tribunal está aceptando la pretensión de la demanda, destruyéndose de esta forma las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad; por lo tanto, la consecuencia lógica de la decisión del Tribunal de acoger, validar, aceptar la pretensión de PRODUBANCO no podía ser otra que dejar sin efecto la glosa, pues al no existir pagos por servicios, no son necesarios los informes, detalles, fotografías, manuales o algún soporte que demuestre la efectiva prestación del servicio, como se exigía en el acto impugnado, ni que resulten aplicables a este caso el mandato general de los arts. 13 de la LRTI y 30 del RLRTI, sin embargo la decisión es confirmar la glosa, violentando de manera notaria el principio dispositivo reconocido por el art. 19 del COFJ y vulnerando el principio constitucional del derecho a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 de la CRE.

4.2.4. Agrega el casacionista que el Tribunal A quo para encontrar argumentos a fin confirmar esta glosa, en franca inobservancia del principio dispositivo (Art. 19 COFJ), entra a analizar un hecho no controvertido que PROBUBANCO y PROMERICA son partes relacionadas y a partir del mismo esboza de manera genérica un análisis parcializado de las "Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, 2017", ignorando los estándares que explican los métodos de asignación de los servicios intragrupo (asignaciones directa e indirecta), que favorecen su fundamentación, y enfatizando, más allá de su verdadero alcance y contenido, los estándares que abonan a favor del argumento para confirmar la glosa.

4.2.5. Además de todas las contradicciones señaladas que, sirven para fundamentar la acusación hecha en contra de la sentencia, pues es obvio que no cumple con el requisito de motivación, en la medida que no explica la pertinencia de la aplicación de los artículos 13 de la LRTI y 30 del RLRTI, al caso concreto del pago de gastos indirectos, que están regulados expresamente por el innumerado posterior al 5 del Art. 10 de la LRTI. Añade que, el razonamiento ilógico y contradictorio del Tribunal A quo, no solo evidencia que la sentencia no cumple el requisito de la motivación, vulnerando derecho a la defensa y al debido proceso, toda vez que se llega al absurdo jurídico de que se

requiere al contribuyente que desvirtúe la presunción de validez del acto impugnado, y una vez desvirtuada la fundamentación de la administración tributaria, se confirma la glosa, por un argumento distinto al contenido en el acto administrativo.
En virtud de lo expuesto, solicita que la Sala declare que se ha vulnerado la garantía de motivación, y, por tanto, dictar la sentencia de mérito dejando sin efecto la glosa en atención a los argumentos esgrimidos en el presente recurso de casación.
4.3. Glosa pagos VISA ESPAÑA VISPE (CASO 2).- Indica el recurrente que, el Tribunal A quo da por probado que PRODUBANCO paga a VISPE regalías y no por el servicio de tarjetas de crédito. Fue pretensión de la demanda que, esta glosa adolece de una debida motivación ya que, aplica las normas y principios de precios de transferencia a pesar de que el Tribunal A quo en el párrafo 79 de la sentencia establece que *"es cierto y no es controvertido que PRODUBANCO Y VISPE no son parte relacionadas"*.
4.3.1. Ese pronunciamiento del Tribunal de instancia implica la aceptación de la pretensión de su representada, sin embargo, contra toda lógica, en el párrafo 81 de la sentencia, concluye lo siguiente: *"en la relación comercial entre que PRODUBANCO y VISPE, aparece VISA que si es parte relacionada con VISPE, entonces conforme se verifica en el acto impugnado, la referencia a directrices de la OCDE y la puntualización de aspectos sobre precios de transferencia entre partes relacionadas, no es un hecho que por mero antojo del SRI ha incluido, sino que, advirtiéndose en esta instancia la problemática internacional en el uso y abuso de convenios de doble imposición antes puntualizada (léase: teatry shopping), tal normativa se subsume al caso, en tanto y en cuanto la relación entre VISPE y VISA es observada por la autoridad fiscal, al ser esta última la que presta el servicio de procesamiento de tarjetas de crédito en Estados Unidos, al ser quien recibe los pagos en dicho país, el cual no tiene suscrito un CDI con Ecuador, no obstante con base el CDI-EQ-ESP, PRODUBANCO paga a VISA y no a VISPE, pues las liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios están emitidos a nombre de Visa Inc. (Grupo Visa) (foja 172)"*.
4.3.2. Sobre esta glosa fundamenta como contradicciones e incoherencias las siguientes: 1) El fundamento del SRI para formular esta glosa es múltiple. El punto de partida de su línea argumental es que PRODUBANCO paga a VISA ESPAÑA VISPE, por el servicio de procesamiento de tarjetas de crédito; a contrario sensu, PRODUBANCO sostiene que el valor que paga a VISA ESPAÑA VISPE, corresponde al pago de regalías. En ese sentido, indica que expresamente se declara en la sentencia (§ 71) que el vínculo jurídico que une a PRODUBANCO con VISA ESPAÑA VISPE, es el pago de regalía. 2) En línea con lo mencionado en la sección segunda (párrafo 37), la contradicción entre las premisas expuestas y la conclusión a la que arriba el Tribunal A quo, vulnera la garantía de motivación conforme lo ha establecido la Corte Constitucional del Ecuador.
4.3.3. El recurrente concluye que, al analizar el recurso de casación deberá declararse que en el presente caso se ha vulnerado la garantía constitucional de motivación, y por tanto, deberá dictar la sentencia de mérito correspondiente resolviendo sobre la pretensión principal de PRODUBANCO respecto de la falta de motivación de la presente glosa, analizando todas las alegaciones del Banco.
4.4. Recurso de casación de la ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEMANDADA.- La procuradora fiscal del Director Zonal 9 y del Director de Grandes Contribuyentes del Servicio de Rentas Internas en el escrito de interposición del recurso de casación sostiene que en la sentencia se ha incurrido en los vicios contemplados en los casos 2 y 5 del Art. 268 COGEP con los siguientes argumentos:
4.4.1. Glosa por exceso en provisión de créditos comerciales superiores e inferiores a $ 40.000 USD (CASO 2).- El recurrente indica que dentro del considerando H.C.5.1) el Tribunal A quo no motivó su sentencia, toda vez que el fundamento para declarar la nulidad de la glosa carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, que por lo tanto, no reúne los requisitos de la motivación. En lo principal el recurrente indica que, la sentencia emitida por el Tribunal A quo carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, pues las premisas vertidas en el silogismo no guardan relación, lo cual a su vez determina que no sea posible comprender la decisión de la causa, detalla los puntos establecidos en la sentencia que, según ella, permiten observar la falta de motivación en la que incurre.
4.4.2.- Respecto de la razonabilidad menciona que, el Tribunal de instancia no cita ninguna norma legal o precedente jurisprudencial que sustente su conclusión relacionada con los hechos puestos en su conocimiento, esto es que los gastos por exceso en provisión de créditos comerciales superiores e inferiores a USD 40.000, lo cual conlleva a que el fallo carezca de razonabilidad.
4.4.3. Sobre la lógica añade que el estándar obliga a que en la sentencia exista coherencia y

concatenación entre las premisas y la conclusión final, así mismo la carga argumentativa en los razonamientos, afirmaciones y la decisión adoptada. Que en atención a lo señalado, la conclusión a la que llega la sentencia respecto de la glosa en cuestión no completa el silogismo jurídico, pues no contiene un razonamiento fundado en las normas o principios jurídicos que regulen los gastos por provisión de créditos comerciales superiores e inferiores a USD 40.000, más allá de mencionar las normas citadas en el acto de determinación.

4.4.4. Con respecto a la comprensibilidad indica que, las ideas establecidas por el Tribunal A quo en su fallo no son de fácil entendimiento, toda vez que no se invocó norma legal alguna relacionada con los hechos puestos en su conocimiento, esto es con los gastos por provisiones por créditos comerciales superiores e inferiores a USD 40.000, lo cual conlleva que el fallo no sea entendido como lógico ni razonable ante lo cual el mismo no es comprensible.

Por todo lo expuesto concluye que, el fallo no cumple los estándares de lógica, razonabilidad y comprensibilidad, lo que implica que exista una falta de motivación de la sentencia de instancia, contraviniendo así los Arts. 76.7.I) de la CRE, 89 del COGEP y 130.4 del COFJ y 90.5 del COGEP.

4.5. Glosas consumo, vivienda y microcréditos (CASO 2).- El recurrente con similares argumentos de la fundamentación por la glosa anterior señala que, dentro del considerando H.C.5.2) el Tribunal A quo carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad para declarar la nulidad de la glosa, por lo tanto, no reúne los requisitos de una motivación adecuada.

4.5.1. La casacionista sobre la razonabilidad indica que, en la sentencia recurrida se cita ninguna norma legal o precedente jurisprudencial que sustente su conclusión relacionada con los hechos puestos en su conocimiento, sobre los gastos por provisiones de créditos a consumo, vivienda y microcréditos; si bien enuncia ciertas normas y sentencias para soportar su decisión de declarar la nulidad de las glosas en cuestión, no enuncia ni subsume los hechos puestos en su conocimiento en ninguna norma de derecho relacionada con las glosas analizadas, únicamente menciona las normas que la administración consideró en su acto determinativo, pero no se indica cuáles son las normas relativas a dicha glosa que el Tribunal A quo ha considerado para llegar a su conclusión.

4.5.2. Respecto a la lógica refiere que la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia no completa el silogismo jurídico, pues no contiene un razonamiento fundado en las normas o principios jurídicos que regulen los gastos por provisiones de créditos a consumo, vivienda y microcréditos, que si bien el Tribunal de instancia parafrasea parte del acto de determinación, no subsume los hechos puestos en su conocimiento a una norma de derecho para tomar su decisión. El casacionista advierte que existen 2 conclusiones: conclusión lógica: las glosas en cuestión sí se encuentran motivadas. conclusión ilógica (empleada por el Tribunal de instancia): las glosas analizadas son nulas por falta de motivación.

4.5.3. Sobre la comprensibilidad indica que en atención a lo mencionado, se debe destacar que las ideas establecidas por el Tribunal A quo en su fallo no son de fácil entendimiento, toda vez que no se invocó norma legal alguna relacionada con los hechos puestos en su conocimiento, esto es con los gastos por provisiones por créditos a consumo, vivienda y microcréditos, ni tampoco se comprende cómo llega el Tribunal a concluir que el acto no goza de motivación cuando a la vez afirma que en el mismo sí constan los fundamentos de hecho y de derecho que tienen relación con la glosa, todo lo cual conlleva que el fallo no sea entendido como lógico ni razonable ante lo cual el mismo no es comprensible.

4.6. Glosa amortización contabilizada en exceso (CASO 5). Respecto a esta glosa el casacionista indica que, el vicio de **errónea interpretación** del Art. 1 del Capítulo VI referente al "Diferimiento de los de personal que se originen dentro del proceso de fusión o conversión" de la sección primera "Disposiciones Generales" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos se ha configurado dentro del literal H.C.2. I que examina el rubro "Amortización del activo "Consolidación PRM".

4.6.1. Indica que es necesario establecer como hechos ciertos que, el concepto "Consolidación PRM" corresponde al gasto contabilizado en el ejercicio 2015 por activo diferido por indemnizaciones al personal que se separó durante el proceso de optimización del personal, resultado de la consolidación de Banco Promérica y el PRODUBANCO; que el actor amortizó las liquidaciones del año 2015 por dicho diferido en 17 meses mientras que las liquidaciones del año 2014 fueron amortizadas en 24 meses. Refiere el casacionista que la Sala de instancia interpreta

erróneamente el artículo declarado como norma infringida al considerar que la norma en cuestión permite amortizar el activo diferido hasta 24 meses, a elección de la institución financiera y que las mismas no están sujetas a las anteriores amortizaciones efectuadas por el mismo rubro, por otros periodos fiscales. Que el Tribunal considera que Produbanco tenía la prerrogativa de elegir amortizar el activo diferido en cualquier plazo hasta 24 meses y no en 24 meses sin sujetarse a anteriores amortizaciones efectuadas por el mismo rubro, lo cual evidentemente contraviene la norma jurídica citada, puesto que la norma en cuestión establece que la amortización debe realizarse en cuotas iguales y no en "cuotas anuales" como consta en la cita de la sentencia recurrida, por lo que no puede dejar de tomarse en cuenta las amortizaciones anteriores como erróneamente lo hace la sentencia.

4.6.2. La trascendencia de la infracción en la parte dispositiva de la sentencia refiere que la Sala de instancia le da un alcance y sentido que la norma detallada como infringida no tiene, lo cual lleva a Sala a quo a dejar sin efecto la determinación efectuada a la amortización del activo "Consolidación PRM".

4.7. CONTESTACIONES A LOS RECURSOS: AL DEL SRI POR PARTE DE LA ACTORA.

4.7.1. Sobre las glosas por exceso en provisión de créditos comerciales superiores e inferiores a USD 40.000 y exceso en provisión de créditos de consumo, vivienda y microcréditos.- La parte actora indica que la administración tributaria cuestiona la decisión del Tribunal A quo respecto a las secciones del fallo H.C.5.1. y H.C.5.2 que resuelven las glosas en cuestión, ya que carecerían de motivación, debido a que no se enuncian las normas o principios jurídicos en los cuales fundamenta su decisión. Produbanco refiere que, en la fundamentación del vicio alegado el SRI pretende inducir a error a la Sala de casación, al denunciar que el ejercicio argumentativo del Tribunal de instancia no tiene fundamento en normas que regulan la deducibilidad de gastos por provisiones créditos comerciales superiores e inferiores a USD 40.000 de créditos de consumo, vivienda y microcréditos. Que al realizar una lectura integral del fallo se evidencia que en el acápite H.C.5 identificado como provisiones para activos de riesgo, el análisis inicia con la cita de las alegaciones de las partes en los actos de proposición, a partir de lo cual, en el numeral 94 de la sentencia se estableció que el actor observó que la administración no realizó un mayor análisis de la glosa, pues se limitó a adjuntar un archivo en Excel como anexo a la determinación que no contiene explicación de los cálculos y recálculos realizados, el detalle entregado es confuso porque glosa cuando se cambia de calificación de riesgo y también glosa cuando se mantiene la misma calificación, se enumera otras variables sin explicar cómo esas variables afectan al cálculo de provisiones que realizó la administración que no se ha podido verificar el origen de las diferencias ni la forma de cálculo de las provisiones.

4.7.2. Siguiendo esta línea, en el numeral 96 del fallo, el Tribunal de instancia de manera diáfana ha señalado lo siguiente: "96. Sobre estas glosas, la actora cuestiona en primer lugar la motivación de las mismas, y en segundo lugar y de forma subsidiaria señala que existen errores jurídicos y técnicos." Expresa que que resulta evidente que el objeto controvertido principalmente, era resolver si existía falta de motivación en el acto impugnado, situación que fue analizada por el Tribunal *A quo*, y que sobre dicha alegación principal se resolvió la controversia, al dilucidar que, en efecto, la argumentación de la Administración Tributaria no cumplía con la garantía de motivación conforme el Art. 76 numeral 7 literal I de la Constitución y por lo tanto el Tribunal declaró la nulidad de las glosas, sin que sea necesario siquiera analizar la pretensión subsidiaria. Finalmente, concluye que todo lo anterior demuestra no solo que la fundamentación del Fisco es deficiente pues intenta inducir a error a la H. Sala al denunciar que el Juez A quo no fundamentó su decisión en la normativa sobre la deducibilidad de los gastos por provisiones de comerciales superiores e inferiores a USD 40.000, lo cual no tiene relación alguna con la resolución del objeto de la litis; sino también que, al haberse ceñido el proceso judicial a resolver sobre la vulneración o no de la garantía de motivación, la única norma que correspondía aplicar, como en efecto lo hizo el Tribunal de instancia, es el Art. 76 numeral 7, literal I) de la Constitución de la República del Ecuador.

4.7.3. Glosa por exceso en provisión de créditos de consumo, vivienda y microcréditos.- En el párrafo 114 del fallo, el Tribunal es contundente al expresar que la Administración Tributaria tenía la obligación de explicar y fundamentar la determinación de las glosas, refiere que el objeto controvertido de esta glosa consistía en dilucidar si en el acto impugnado existía o no falta de motivación, por lo que, el Tribunal *A quo* circunscribe su análisis respecto a esta alegación. El Tribunal

A quo verificó que ni en el acto impugnado, ni en los archivos en Excel contenidos en el CD, constan los parámetros y criterios que consideró el SRI en la determinación; evidenciándose la incomprensibilidad de sus conclusiones. Además, el Tribunal corroboró que en los archivos en Excel que fueron anexados por el SRI y que forman parte integrante del acto impugnado no fue posible verificar la forma de determinación de las diferencias instauradas ni tampoco su origen y composición; toda vez que, no tienen fórmulas de cálculo. Que considerando la imposibilidad para comprender las conclusiones de la Administración Tributaria, el Tribunal A quo declaró la nulidad de las glosas por adolecer de falta de motivación. Concluye que todo lo anterior, demuestra no solo que la fundamentación del Fisco es deficiente pues intenta inducir a error a la sala al denunciar que el Juez A quo no fundamentó su decisión en la normativa sobre la deducibilidad de los gastos por provisiones de créditos de consumo, vivienda y microcréditos, lo cual no tiene relación alguna con la resolución del objeto de la litis; sino también que, al haberse ceñido el proceso judicial a resolver sobre la vulneración o no de la garantía de motivación, la única norma que correspondía aplicar, como en efecto lo hizo el Tribunal de instancia, es el Art. 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.

4.7.4. Glosa amortización contabilizada en exceso.- Sobre la errónea interpretación del Art. 1 del Capítulo VI referente al "Diferimiento de los gastos de personal que se originen dentro del V proceso de fusión o conversión" de la sección primera "Disposiciones Generales" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, al amparo del caso quinto del Art. 268 del COGEP indica que la presente acción se interpuso contra el acto de determinación correspondiente al Impuesto a la Renta del año 2015. Respecto a estos hechos probados dentro de la presente causa, el fallo realizó su análisis circunscribiéndose al ejercicio 2015 y emitiendo sus conclusiones de manera correcta. Afirma que el SRI desconoce el ámbito temporal de la acción y pretende que se valore como prueba dentro de la casación a un hecho correspondiente al año 2014 que no guarda relación alguna con la presente causa; establece errores en la técnica casacional y expresa que el Tribunal realizó un análisis pormenorizado de la norma, con el fin de no apartarse de su verdadero espíritu. Así, concluyó que la norma reconoce a PRODUBANCO la facultad de realizar la amortización del intangible en un periodo comprendido entre 1 y 24 meses; más no implica un lapso cerrado de 24 meses como pretende imponer la casacionista. Concluye señalando que, en la sentencia los jueces de instancia no se apartaron del análisis o dio una interpretación distinta a la norma sustantiva, como mal lo indicó el recurrente.

4.8. CONTESTACIÓN AL RECURSO DE LA ACTORA POR PARTE DEL SRI.

4.8.1. Glosa depreciación de bienes no utilizados y Glosa bienes arrendados y no utilizados.- El actor fundamenta su recurso en el caso 5 del artículo 268 del COGEP por una supuesta errónea interpretación de las normas contenidas en el numeral 7 del Art. 10 de la LRTI, número 6 del Art. 28 y número 2 del Art. 35 RLRTI. Señala que en el párrafo 17 del recurso de casación, Produbanco establece que el Tribunal A quo interpreta erróneamente el contenido del numeral 7 del Art. 10 de la LRTI, al sostener violentando la lógica que la descripción hipotética de esta norma establece el uso del activo como causa necesaria para que el sujeto pasivo pueda considerarse como gasto deducible, esta errónea interpretación le lleva a fallar contra normas expresas del numeral 6 del Art. 28 y numeral 2 del Art. 35 de la LRTI y concluye que el TDCT resolvió en función del primer inciso del Art. 10 de la LRTI, porque los parámetros particulares no están en discusión. En este sentido, queda claro que la fundamentación del TDCT fue el primer inciso del artículo 10 de la LRTI y por lo tanto, no se configura la causal invocada por el recurrente.

4.8.2. Glosa PROMERICA FINANCIAL CORPORATION.- Respecto a la Glosa pagos al exterior la procuradora del SRI refiere que por el contrato de prestación de servicios entre PROMERICA FINANCIAL CORPORATION, el recurrente considera que se ha vulnerado la garantía de motivación porque a su criterio las premisas y conclusión del presente caso son las siguientes: Premisa A: El acto administrativo establece como fundamento de la glosa la falta de evidencia de los servicios recibidos. Premisa B: Se confirma que los pagos al exterior son por una asignación de costos indirectos entre partes relacionadas. Conclusión: se confirma la glosa por no haberse desvirtuado en instancia judicial el valor establecido como no deducible por pagos al exterior. Menciona que el simple hecho que el recurrente no se encuentre de acuerdo con los argumentos del Tribunal no significa que se esté vulnerando

la garantía de motivación; además, el recurrente, no especifica de manera clara cuál es el vicio motivacional: inexistencia, insuficiencia o apariencia, se limita a emitir su criterio respecto a lo cree que el Tribunal debió resolver, pero no fundamenta la causal. Señala que se debe considerar que si bien, de la revisión de los contratos y sus modificatorias el TDCT concluyó que en efecto se trata de asignación de gastos indirectos, no por esto significa que no existe la prestación del servicio intragrupo, es más de los propios contratos se advierte que se trata de gastos operativos, no obstante, no existe ninguna constancia procesal, ni la actora practico prueba alguna respecto a la glosa. Para concluir considera que no existe ninguna violación a la garantía de motivación, pues el TDCT resolvió de conformidad con las pruebas aportadas por las partes.

4.8.3. Glosa VISA ESPAÑA VISPE.- Respecto a la Glosa Pagos al Exterior VISA INTERNATIONAL servicios de pago España, indica que el recurrente considera que también se ha vulnerado la garantía de motivación, sin embargo, igual que en la glosa anterior, solo se limita a expresar su desacuerdo más no fundamenta su causal, señala que el TDCT concluye que si eran aplicables las normas de precios de transferencias a pesar de que quedo sentado que Produbanco y VISPE no son partes relacionadas. Agrega que en este punto es importante considerar, que el TDCT se pronuncia respecto a las alegaciones puntuales de Produbanco y esto es que a su criterio el acto impugnado no contaba con motivación debida porque utilizó normas de precios de transferencia y el TDCT al analizar esta alegación, concluye que en función de las pruebas aportadas existen tres partes intervinientes no solo Produbanco y VISPE. Que en este sentido aparece que VISA si es parte relacionada de VISPE en consecuencia las referencias a las directrices de la OCDE y la referencia a las normas de precios de transferencia estaba ajustada a los hechos y al derecho; en consecuencia, no se configuran los elementos de la causal invocada por el recurrente. Solicita que no se case la sentencia por no configurarse las causales invocadas por el recurrente.

5.- Problema Jurídico

5.1. Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, interpuesto por la parte **actora** respecto de: **1)** las glosas depreciación de bienes no utilizados y de bienes arrendados no utilizados, configuran el cargo de **errónea interpretación** de los Arts. 10.7 de la LRTI, 28.6 y 35.2 del Reglamento para la aplicación de la LRTI por el **caso quinto. 2)** glosas pagos a Promerica Financial Corporation y pagos a VISA España VISPE, configura la **falta de motivación** de la sentencia recurrida, por los Arts. 76.7.l) y 82 de la CRE, el 81 del Código Tributario y de la glosa pagos a Visa España Vispe y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

5.2 Determinar si la sentencia objeto del recurso de casación, interpuesto por la **parte del SRI** esto es: **1)** Glosas por exceso en provisión de créditos comerciales superiores e inferiores a $40.000 USD y consumo, vivienda y microcréditos, por la **falta de motivación**, por los Arts. 76.7.I de la Constitución de la República del Ecuador, 89 y 90.5 del Código Orgánico General de Procesos y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial por el **caso segundo. 2)** Glosa amortización contabilizada en exceso bajo el cargo **de errónea interpretación** del artículo a del Capítulo VI de la Sección Primera de la Resolución de la Superintendencia de Bancos por el **caso quinto.**

6.- Análisis del Tribunal de Casación

6.1. Los recursos de casación interpuestos por las partes procesales (Produbanco y el SRI) se fundamentan en los casos 2 (falta de motivación) y 5 (errónea interpretación) del Art. 268 del COGEP, cuyos textos dicen:

> ***"Art. 268.-*** *Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) " 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación" . (…) " 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."*

El **caso 2**, se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia, la que podría configurarse de tres formas: 1) por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; 2) por incongruencia en la parte dispositiva del fallo en cuanto se adopten resoluciones contradictorias o incompatibles; y, 3) cuando la sentencia no cumpla el requisito constitucional y legal de la debida motivación.

Es claro entonces, que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar es explicar la manera en que las normas jurídicas son

aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la litis del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas.

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.

6.2.1. Alcance doctrinario de la motivación.- Diversos autores se han referido a este elemental principio procesal, en tal sentido, la autora Gladis E. de Midón, en su obra "La Casación Control del Juicio de Hecho", (Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2001, p. 20), manifiesta que:

> *"Para alcanzar sus fines garantistas es inevitable que la motivación sea autosuficiente, en el sentido de abastecerse, expresando no sólo las conclusiones decisivas sino, fundamentalmente, las razones en que tales conclusiones se basan. No basta pues, como bien dice Carrió, que la sentencia tenga fundamentos, porque es preciso que éstos estén a su vez fundados. Sin esa básica motivación no es posible hablar en lenguaje constitucional de sentencia, pues huérfana de razonados fundamentos no hay nada, añadirá Morello, que en un acto de voluntad inepto de por si para constituirse en fuente jurígena de derechos".*

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, en el libro "La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 138, considera que:

> *"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de |contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación, además se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación".*

Para Oswaldo Alfredo Gozaini, en su obra "El Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2004, p. 428; la motivación, que no es otra cosa que:

> *"(…) la progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental. No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado, o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto de mayor contenido en el principio del debido proceso".*

6.2.2. Precedentes constitucionales.- Sobre la motivación, la Corte Constitucional, a través de su sentencias de carácter vinculante ha manifestado: que para la motivación existe cuando se evidencia una argumentación jurídica suficiente, si la estructura mínimamente está integrada por: (i) Una fundamentación normativa suficiente; y, (ii) Una fundamentación fáctica suficiente (Sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre del 2021).

Ha manifestado también que: *"para que una motivación sea suficiente es preciso que reúna ciertos elementos argumentativos mínimos. Esto exige que los razonamientos que componen esos elementos mínimos deben estar suficientemente explícitos en el texto de la motivación; lo que no implica, sin embargo, que todas y cada una de las premisas y conclusiones de esos razonamientos deban ser explícitas en dicho texto, algunas de ellas bien pueden estar implícitas o sobreentendidas. Para identificarlas, es preciso atender al contexto de la motivación, lo que, por lo demás, es indispensable para una lectura cabal de cualquier texto"* (sentencia No. 188-15- EP/20 de 11 de noviembre de 2020, numeral 20).

6.2.3. Pronunciamientos doctrinarios por el Caso 5.- El autor Luis Armando Tolosa Villabona, sostiene en su obra: Teoría y Técnica de la Casación, 2008, Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 359, 361 sobre la **errónea interpretación** que:

> *"Se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y*

del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances.

Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad."

6.2.4. Normas legales aplicables al caso.- Las normas que los recurrentes estiman infringidas son las siguientes:

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: **a)** Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; (…) **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".*

*"**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".*

Código Orgánico General de Procesos

*"**Art. 89.- Motivación.-** Toda sentencia y auto serań motivados, bajo pena de nulidad. No habrátal 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 aplicacioń a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarań expresando los razonamientos facticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoracioń de las pruebas como a la interpretacioń y aplicacioń del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podráser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".*

*"**Art. 90.-** Contenido general de sentencias y autos. Ademaś del contenido especial que la ley senã le para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberácontener: (…) 5. La motivacioń de su decisioń."*

Código Orgánico de la Función Judicial

*"**Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.-** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (…) **4.** Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".*

Código Tributario

*"**Art. 81.- Forma y contenido de los actos.-** Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados enunciándose las normas o principios jurídicos que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la ley".*

Ley de Régimen Tributario interno

*" **Art. 10.- Deducciones.-** En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos e inversiones que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: (…) 7.- La depreciación y amortización, conforme a la naturaleza de los bienes, a la duración de su vida útil, a la corrección monetaria, y la técnica contable, así como las que se conceden por obsolescencia y otros casos, en conformidad a lo previsto en esta Ley y su reglamento; (...) Este gasto adicional no podrá superar un valor equivalente al 5% de los ingresos totales. También gozarán del mismo incentivo los gastos realizados para obtener los resultados previstos en este artículo. El reglamento a esta ley establecerá los parámetros técnicos y formales, que deberán cumplirse para acceder a esta deducción adicional. Este incentivo no constituye depreciación acelerada. Cuando un contribuyente haya procedido a la revaluación de activos la depreciación correspondiente a dicho revalúo no será deducible".*

Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario interno

*"**Art. 28.- Gastos generales deducibles.-** Bajo las condiciones descritas en el artículo precedente*

y siempre que no hubieren sido aplicados al costo de producción, son deducibles los gastos previstos por la Ley de Régimen Tributario Interno, en los términos señalados en ella y en este reglamento, tales como (…) 6. Depreciaciones de activos fijos".
"Art. 35.- Gastos no deducibles.- *No podrán deducirse de los ingresos brutos los siguientes gastos: (…) 2. Las depreciaciones, amortizaciones, provisiones y reservas de cualquier naturaleza que excedan de los límites permitidos por la Ley de Régimen Tributario Interno, este reglamento o de los autorizados por el Servicio de Rentas Intentas (…)".*

Capítulo VI de la Sección Primera de la Resolución de la Superintendencia de Bancos

" Art. 1.- *Los gastos de personal que se originen por las indemnizaciones derivadas del proceso de fusión o conversión podrán ser amortizados por un plazo máximo de 24 meses, en cuotas iguales, desde que se produzca la fusión o conversión."*

Al invocar en los recursos de casación presentados por las partes procesales los casos segundo y quinto del Art. 268 del COGEP, por las glosas en las cuales han recibido agravio, esta Sala de Casación pasa a revisar en el orden de presentación.

7. RECURSO DE BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO

7.1. Análisis del CASO 5:

7.1.1. Glosas depreciación de bienes no utilizados y de bienes arrendados no utilizados (en sentencia de instancia H.C.1).- Sobre estas glosa acusa por el caso 5 el vicio de errónea interpretación de los Arts. 10.7 de la Ley de Régimen Tributario interno, 28.6 y 35.2 de su Reglamento de Aplicación, pues considera que el Tribunal A quo sostiene equivocadamente que para la deducibilidad del gasto de depreciación de estos bienes, se debe observar la regla general contenida en el primer inciso del Art. 10 de la LRTI, esto es que debe demostrarse que sirva para obtener, mantener o mejorar las rentas gravadas.

7.1.2. Conforme se manifestó previamente (ítem 6.1.), el caso 5 parte de los hechos dados por ciertos (probados) en la sentencia, los cuales no pueden ser revalorados, tenemos entre ellos:

1) No es controvertido el porcentaje de depreciación, naturaleza del activo, ni valor depreciado y que la glosa se generó por cuanto no se justificó en sede administrativa el uso de los bienes dentro del ejercicio fiscal 2015. **2)** Que los bienes objeto de la glosa son los señalados en los cuadros 10 y 11 de la determinación sobre los cuales por la técnica contable utilizada (desgaste de activo fijo) estableciendo el rubro "gasto por depreciación". **3)** Que la cuenta contable No. 1.7.06.10.02.17.03.01.01 denominada "bienes no utilizados" contiene los activos observados en los cuadros 10 y 11.

7.1.3. De esta realidad procesal, los jueces de instancia verifican que el asunto se circunscribe a verificar la deducibilidad de este gasto por depreciación, en su análisis invocan el Art. 10 inciso primero (serán deducibles los gastos necesarios para obtener, mantener o mejorar las rentas gravadas) y numeral 7 de la LRTI (se considera como deducciones la depreciación conforme a la naturaleza de los bienes, a la duración de su vida útil, a la corrección monetaria y la técnica contable) así como el Art. 35 numeral 2 del RLRTI (no podrán deducirse de los ingresos brutos las depreciaciones que excedan los límites permitidos por la LRTI, el RLRTI o de los autorizados por el SRI), normas sobre las que efectúa su análisis. No forma parte de este examen el Art. 28.6 del RLRTI, y si no se encuentra aplicado, no cabe que exista un yerro hermenéutico que es invocado por recurrente.

7.1.4. En cuanto a las normas consideradas en la sentencia, esta Sala de Casación observa que el examen de esta glosa se circunscribe a la interpretación de la norma que regula la deducibilidad de costos y gastos, respecto de la cual señala que contiene un parámetro general y otros particulares los cuales no pueden ser analizados de forma aislada, esto en razón de que *"en materia de deducciones fiscales para establecer la base imponible del impuesto a la renta, el parámetro general fija una condición general a considerar, y por otro lado, los parámetros particulares –según cada deducción definida en la norma- señalan otras condiciones adiciones y concomitantes para cada deducción."* Afirmación de los jueces de instancia para sostener que la depreciación, para que sea deducible, debe implicar el uso del activo, condición del uso que está contemplada en el Art. 10 de LRTI, cuando tal disposición, establece que la depreciación se realizará "conforme a la naturaleza de los bienes, a la duración de su vida útil, a la corrección monetaria, y la técnica contable" y que es determinante en la parte resolutiva.

7.1.5. Es indudable que la deducibilidad de los costos y gastos está íntimamente relacionada con la obtención de ingresos gravables y por tanto con el giro habitual del negocio, en ese sentido, aun cuando se verifique el cumplimiento de las condiciones previstas para la depreciación de activos a fin de que, esta pueda ser considerada como gasto deducible para el establecimiento de la base

imponible, es necesario demostrar que sirvieron para obtener, mantener y mejorar las rentas gravadas; en consecuencia la conclusión arribada por el juzgador en cuanto a que PRODUBANCO no cumplió con el parámetro general establecido en el inciso primero del Art. 10 de la LRTI pues no se justificó el uso de los bienes a fin de cumplir con esa condición, constituye una interpretación sistemática de la norma, misma que se ajusta a derecho, motivo por lo cual en la sentencia no se observa la infracción denunciada y se rechaza el recurso por el caso 5 invocado.

7.2. ANÁLISIS del CASO 2: Se acusa la falta de motivación en la sentencia infringiendo los Arts. 76.7. a). l) y 82 de la CRE, 81 del Código Tributario y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de las siguientes glosas:

7.2.1.Glosa pagos al exterior por el contrato de prestación de servicios entre PROMERICA FINANCIAL CORPORATION y BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO, sin evidencia del servicio recibido (en sentencia de instancia H.C.3).-

A criterio del recurrente los sustentos con los cuales se ha ratificado esta glosa son contradictorios, enervando las reglas de coherencia y la lógica como elementos constitutivos de la motivación, pues afirma que el Tribunal de instancia no explica la pertinencia de la aplicación de los Arts. 13 de la LRTI y 30 del RLRTI, al caso concreto del pago de gastos indirectos que están regulados por el innumerado posterior al 5 del Art. 10 de la LRTI, así como tampoco se evidencia una concatenación lógica al establecer en sus premisas que la fundamentación del acto es incorrecto, por cuanto los pagos no se realizaron por servicios sino por asignación de gastos indirectos y a pesar de ello confirma la diferencia.

7.2.2. En este punto, hay que advertir que de la revisioń a la sentencia se observa que los jueces de instancia inician su análisis citando el contenido de los Arts. 82 del CT, 169 y 311 del COGEP, normas que expresamente se refiere a las presunciones de los actos administrativos y la carga de la prueba. Para así abordar los elementos fácticos que no se encuentran en controversia esto es: **a)** La relación contractual entre BANCO PROMERICA (que cedió activos, pasivos y contratos a favor de PRODUBANCO) y PROMERICA FINANCIAL CORPORATION (PFC), por prestación de servicios con los estándares corporativos necesarios para el uso y participación en un mismo grupo regional en adelante contrato principal); **b)** Adenda al contrato de asignación de gastos indirectos suscrito entre BANCO PROMERICAN S.A. y PFC, el cual tiene como antecedente el contrato principal del 2014 que tiene como objeto brindar servicios de asistencia administrativa y operativa a todo el GRUPO FINANCIERO REGIONAL PROMERICA, entre ellos PRODUBANCO al cual correspondió mediante asignación de gastos indirectos su cancelación; **c)** El Adenda modificatorio al contrato de prestación de servicios entre PFC y BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO, con el que se modifica la cláusula tercera del contrato principal referente a "Honorario y forma" correspondiente a gastos indirectos que el grupo económico distribuye a sus filiales para el año 2015 y su vigencia; **d)** PRODUBANCO pago a PFC durante el ejercicio fiscal por concepto pago de gastos operativos mediante 12 comprobantes cada uno por un valor de 218.321,00 un total de 2.703.050,04; **e)** PRODUBANCO es parte relacionada de PFC por participación accionaria y control. (Conforme se detalla en el párrafo 45 del fallo recurrido).

7.2.3. Sobre esta relación contractual, en virtud de que constituye para la administración entre parte relacionadas, se cuestiona la naturaleza de estos rubros por pagos al exterior de PRODUBANCO a PFC, se tiene que el argumento de la glosa es que se tratan de *"servicios"* que se someten al mandato de los Arts. 13 de la LRTI y 30 RLRTI y requieren un soporte material del servicio prestado para verificar su deducibilidad; en tanto que, para la actora corresponden a pagos al exterior por *"gastos indirectos"* los cuales se someten al mandato del Art. 30 RLRTI y que a su criterio su soporte es la asignación que efectúa su casa matriz con un límite del 5% de la base imponible del impuesto a la renta más el valor de dichos gastos y que estos no tienen otro requisito (párrafo 48).

7.2.4. Señalan los jueces a continuación lo que, consideran pertinente del adenda modificatorio (párrafo 49) y puntualizando lo que se entiende por acuerdos de voluntades (párrafo 50) concluye que en realidad lo que existe es una asignación de costos indirectos entre parte relacionadas confirmándose lo señalado por la actora en cuanto a *"la asignación de gastos que el Grupo Promerica distribuye a sus filiales (Produbanco)"* (párrafo 51)

7.2.5. Continúan su análisis afirmando que, una vez establecido que se tratan de costos indirectos, es necesario verificar el cumplimiento de la norma que los regula, esto es el Art. 30 RLRTI, la cual

señala que para los gastos indirectos asignados desde el exterior a las sociedades domiciliadas en el Ecuador por sus partes relacionadas, no podrán superar al 5% de la base imponible del IR más el valor de dichos gastos, siempre y cuando correspondan a la actividad generadora realizada en el país, ante lo cual afirma que no es controvertido que el monto es de hasta 5% y que el objeto social de PRODUBANCO son *"las actividades de intermediación financiera monetaria realizada por la banca comercial"* (párrafo 52). Lo cuestionado por el SRI es la prestación efectiva del servicio o la naturaleza de los valores asignados y cobrados por parte PFC, puntualizando que no demostró que dichos gastos correspondan a la actividad generadora realizada en el país. (párrafo 53) (lo resaltado corresponde a esta Sala).

7.2.6. Dentro de los párrafos 54 y 55, expresa que la actora sustentó en sede administrativa que los pagos corresponden a notas de cobró de PFC y que tienen por concepto "gastos operativos" , sin embargo conforme lo dispone el Art. 30 RLRTI, el Tribunal afirma que no encuentra constancia procesal de que *"los gastos indirectos asignados desde el exterior correspondan a la actividad generadora realizada en el país"*; en consecuencia, sobre la alegación de la actora de que *"(...) no existe fundamento técnico ni jurídico para que la Administración Tributaria determine los presentes valores como gastos no deducibles, pues el contrato inicial fue modificado a través de la adenda que permitió a la matriz (PFC) asignar gastos indirectos a su filial (PRODUBANCO). Al ser gastos relacionados con la generación de ingresos gravados en el Ecuador y por su naturaleza de gastos indirectos, su deducibilidad se limita al 5% de la base imponible del Impuesto a la Renta más el valor de dichos gastos, sin que exista ningún requerimiento normativo adicional que deba ser cumplido y que PRODUBANCO es filial de PFC desde marzo de 2014"*. Con lo cual increpa que se traten de gastos relacionados con la generación de ingresos gravados en el Ecuador. Los jueces advierten que *"no se identifica a que gastos indirectos corresponden, pues de los 12 comprobantes, consta como concepto " Promerica Financial Corporation pago de gastos administrativos (…)" en enero de 2015, y " Promerica Financial Corporation pago de gastos operativos (…)" de febrero a diciembre de 2015"*.

7.2.7. Para concluir el análisis, sobre la prestación efectiva, en los párrafos 56 a 57 señala que al tratarse de partes relacionadas considera pertinente remitirse a las Directrices de la OCDE, pues señala la existencia de capítulo VII referente a los servicios intragrupo, a partir de cual afirma que *"para la determinación de los precios de transferencia de los servicios intragrupo uno de los problemas que se plantea es saber si el servicio se ha prestado realmente"* a partir de cual señala que si una empresa independiente, bajo circunstancias comparables, hubiera satisfecho la necesidad –del coste por sí mismo o hubiera requerido de un tercero, a manera de pregunta y respecto de lo que advierte que no se cuestiona el requerimiento o no del servicio intragrupo, sino que *"frente al escenario de los servicios intragrupo, la OCDE establece como "esencial" aportar a la autoridad tributaria información fiable, a fin de que esta pueda verificar que es el proveedor de los servicios el que ha soportado esos costes; no obstante, en la especie la actora señala que a más de la asignación de casa matriz "no existen otros requisitos", lo cual es contrario además a la normativa nacional antes citada, donde de forma diáfana señala que "siempre y cuando dichos gastos correspondan a la actividad generadora realizada en el país", lo cual no ha podido ser verificado en la especie."* refiriéndose una vez más a un tema de justificación dentro del proceso.

7.2.8. Con relación a este aspecto, en el párrafo 58 reforzando su argumento se remite a conceptos generalmente aceptado en la tributación internacional y expresa que *"el fenómeno de costos asignados, gastos incurridos, overhead costs o servicio intragrupo, si bien debido a su naturaleza indirecta, los mismos tienen una razonabilidad económica y financiera en la medida que generen beneficios presentes y futuros a su receptor"* y de manera concluyente manifiesta que *"la verificación de gastos indirectos se da, cuando la norma de forma diáfana señala que proceden los gastos indirectos asignados, "siempre y cuando", éstos, correspondan a la actividad generadora realizada en el país, lo cual no se ha verificado en la especie, pues no hay prueba al respecto, y además la defensa técnica de PRODUBANCO es enfática en señalar que "no existen otros requisitos" a más de la asignación de casa matriz, para la deducibilidad del mismo, alegación que como se ha analizado dista de la realidad normativa del rubro analizado; incumpliendo por tanto la accionante, con el mandato del artículo 169 del COGEP, y su obligación de probar los hechos propuestos afirmativamente en la demanda."* Lo que le permite afirmar que no se ha desvirtuado el valor establecido como no deducible por concepto de pagos al exterior entre PRODUBANCO y PCF, en consecuencia, se confirma la glosa.

7.2.9. De lo transcrito, se observa que los jueces de instancia realizan un ejercicio argumentativo suficiente a fin de establecer la legalidad de los valores determinados por concepto de pagos al exterior entre relacionadas, sin que se haya demostrado el servicio recibido, pues su análisis se encamina a verificar si para la contribuyente constituye un gasto deducible en el cálculo de la base imponible del IR con lo que desvirtuaría la glosa. Para la solución de este problema, establece los hechos fácticos a fin de verificar la naturaleza de los valores glosados, de los cuales concluye se trata de costos indirectos, aceptando así una de los reparos propuestos por el Banco y de ahí continúa su análisis a fin de observar si estos costos pueden ser o no deducibles a fin de desvanecer la glosa, pues esta condición es la que se discute, para lo cual se remite a las condiciones previstas en el Art. 30 RLRTI y respecto de las cuales observa que no se cumple con aquella que se refiere a que siempre y cuando correspondan a la actividad generadora realizada en el país, pues ni en sede administrativa ni judicial se ha logrado verificar que correspondan a su actividad generadora de ingresos, razón por la que los jueces resuelven que estos costos indirectos no son deducibles. En esencia la construcción del silogismo jurídico guarda coherencia entre sus premisas (fáctica y normativa) misma que le lleva a establecer una conclusión que a criterio de esta Sala de Casación es lógica, sustentada en norma jurídica y es además comprensible.

7.3. Glosa pagos al exterior a VISA INTERNACIONAL SERVICIOS DE PAGO ESPAÑA SRL. VISPE (en la sentencia H.C.4).- Glosa recurrida por el caso 2 del Art. 268 del COGEP por falta de motivación pues, afirma que el Tribunal de instancia por un lado, efectúa un análisis que no tiene que ver con el objeto de la controversia, y por otro, se observa una contradicción entre sus premisas y la conclusión al haber aceptado sus alegaciones pero resuelve confirmar la glosa y que además, los jueces de instancia en su análisis cita normas que no son pertinentes al caso.

7.3.1. Sobre estas acusaciones, esta Sala de Casación observa que, en la sentencia los jueces invocan de igual manera el contenido de los Arts. 82 del CT, 169 y 311 del COGEP, normas que expresamente se refiere a las presunciones de los actos administrativos y la carga de la prueba. Para así abordar los aspectos por los cuales se estableció la glosa: **a)** Sobre los contratos con Visa International Service Association, estado de Delaware, Estados Unidos [en adelante *VISA*] y Visa International Servicios de Pago España, Bilbao, España [en adelante *VISPE*], y la explicación gráfica de cómo –según el SRI- se llevan a cabo las transacciones entre *PRODUBANCO* con *VISA* y *VISPE*; **b)** Sobre el certificado de residencia fiscal; **c)** Sobre el certificado de auditores independientes; **d)** Sobre retenciones en la fuente del impuesto a la renta por pagos al exterior e información de *VISPE*. (párrafos 63 a 64). El Tribunal refiere que el análisis se concreta a dos alegaciones: **1)** se declare la nulidad de la glosa porque existiría motivación indebida; y **2)** subsidiariamente, se deje sin efecto la misma por haber sido establecida fuera de la medida legal. (párrafo 65), y en atención a esto inicia su estudio.

7.3.2. Sobre la alegación de indebida motivación de los párrafos 66 a 68, luego de referirse al contenido del acta de determinación ahora impugnada y afirmar que se ha efectuado una revisión material de la misma (prima facie), lo que se evidencia es una inconformidad con lo resuelto por la autoridad tributaria, señala que la misma cumple con los requisitos señalados a esa fecha por la Corte Constitucional para que se encuentre motivada (razonabilidad, lógica y comprensibilidad). Sobre los reparos específicos tiene lo siguiente:

A) En cuanto a la primera alegación (párrafos 69 a 76) de que al utilizar información del sitio INFOCID las conclusiones del SRI respecto de la capacidad de VISPE no son técnicas, no tiene sustento fáctico, se basa en supuestos presentados sesgadamente y por no provenir de las autoridades de España no es fiable. Los jueces de instancia se remiten al contenido del Art. 68 del CT, para afirmar que se trata del ejercicio de una facultad reglada en la cual el sujeto activo consideró entre otros elementos información pública del sitio INFOCID del 2015 respecto de VISPE, descartando así la falta de motivación con sustento en la información utilizada, pues la determinación efectuada se fundamenta en varios elementos y no exclusivamente a esa. Incuso efectúa un ejercicio ejemplificador al respecto y de manera expresa afirma que: *"…particular que permite establecer que centrar la alegación de "falta de motivación" exclusivamente a la información de INFOCID, redunda en segmentar –a conveniencia la determinación sin considerar en su conjunto los fundamento de la administración tributaria."* Por otro lado, sobre sobre el pago de regalías, cuyo cuestionamiento del SRI es que son pagos que no se subsumen a regalías, los jueces afirman que tiene como antecedente los mismos fundamentos y no solo con

la información de INFOCID, análisis que ha permitido al SRI a considerar que si bien conforme el Art. 13 LRTI son deducibles los gastos efectuados en el exterior y que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención a la fuente del IR, señalando que lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, pero que conforme el Art. 30 RLRTI *("en caso de que se utilice a un intermediario, ubicado en un país con el cual se ha suscrito un convenio de doble tributación [en adelante CDI], con el fin de realizar una triangulación y beneficiarse de la exención de la retención en la fuente, el SRI puede determinar el impuesto a pagar.")*. A partir de esto efectúa un análisis sobre el CDI citando doctrina y organizaciones internacionales especializadas, se refiere al "treaty shopping" respecto de la que aclara que, en el caso en concreto, el Tribunal la cita como una problemática sobre el abuso de un CDI, pero ya en lo concerniente a la especie expresa en los párrafos 75 y 76 que: *"sin que corresponda profundizar en su aplicación al caso concreto, (...) el SRI observa y así lo sustenta en el acto impugnado, que por las transacciones determinadas por servicio de procesamiento y los pagos en Estados Unidos son efectuados a VISA (beneficiario efectivo); y más aún, conforme la determinación y así lo corroboró la perito Elizabeth Revelo en audiencia de juicio, las liquidaciones de compras de bienes y prestación servicios se emitieron como una de las exigencias para el pago al exterior, las mismas se emiten a nombre del contribuyente "Visa Inc." y no a VISPE"*, razón por la cual desecha la pretensión de la entidad financiera de dejar sin efecto el acto impugnado por falta de motivación.

B) Sobre la segunda alegación (párrafos 77 a 82), por haberse utilizado principios y normas de precios de transferencia para interpretar el contrato y el concepto de regalía, cuando PRODUBANCO y VISPE no son partes relacionadas, afirmado que existe deturpación de la motivación, es decir un error flagrante de apreciación y no como falta de apreciación; afirma el actor que su alegación se circunscribe a que la aplicación de las normas y estándares de las directrices de la OCDE, no se subsume al caso y sobre esto advierten lo siguiente: **i)** Que no es controvertido que PRODUBANCO Ecuador no es parte relacionada con VISPE España, no obstante en la determinación tributaria se plantea la intervención de un tercero, (VISA) quien presta el servicio y recibe los pagos en EEUU, y esta última si es relacionada con la sociedad española y es quien por las transacciones relacionadas con los programas y la participación de PRODUBANCO en el sistema de pagos Visa, (presta el servicio), el cual se procesan mediante plataforma de hardware y software con exclusivo control de VISA, que no están ubicadas en España. **ii)** Del acto administrativo y la proposición de la demanda los jueces tienen que en la relación comercial entre PRODUBANCO y VISPE aparece VISA que si es parte relacionada con VISPE, lo cual justifica la aplicación de las Directrices de la OCDE y la puntualización de aspectos sobre precios de transferencia y por tanto concluye que no se trata de un mero antojo del SRI; una vez se refiere del teatry shopping, por el uso y abuso de CDI, y que la referida normativa se subsume al caso, *"en cuanto la relación entre la relación entre VISPE y VISA es observada por la autoridad fiscal, al ser esta última la que presta el servicio de procesamiento de tarjetas de crédito en Estados Unidos, al ser quien recibe los pagos en dicho país, el cual no tiene suscrito un CDI con Ecuador, no obstante con base el CDI-EQ-ESP, PRODUBANCO paga a VISA y no a VISPE, pues las liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios están emitidos a nombre de Visa Inc. (Grupo Visa)"*, desechando de esta manera la alegada deturpación en la emisión de la glosa, ratifica la aplicación de la normas de precios de transferencia por la verificación del servicio entre las partes relacionadas y también es rechazada. Con lo que se tiene no existe falta de motivación en la confirmación de esta glosa.

C) Finalmente, sobre la alegación de que la glosa se estableció fuera de la medida legal (párrafos 83 a 89), por cuanto afirma que respecto a la prestación de servicios por terceros, *"el SRI desconoce sin competencia la naturaleza de los negocios tecnológicos y la forma en que el Grupo Visa organiza sus negocios globales; así como, respecto al pago a terceros que esto está previsto y autorizado por la legislación ecuatoriana, todo esto en el contexto que nace de la firma de un contrato de adhesión"*. Los juzgadores inician su estudio efectuando un recuento de los hechos puestos a su conocimiento, de los que se destaca: **i)** Que el SRI no objeta las prácticas mercantiles entre *PRODUBANCO* y *VISPE*, pues devienen de los acuerdos con su relacionada *PFC*, tiene como fundamento la autonomía de la voluntad de las partes. **ii)** Que la prestación del servicio en USA a favor de la actora, y los pagos efectuados en el mismo país como tal no revisten de cuestionamiento como consecuencia de la realidad contractual de *PRODUBANCO* con

terceros, no obstante de tal realidad, tiene implicaciones tributarias. **iii)** El SRI señala el uso del *CDI-EQ*-ESP que libera de la retención en la fuente por renta ecuatoriana para residentes españoles en este caso a través de *VISPE*, pero es quien sólo aparece nominalmente en el contrato, pues, existe intermediación en la cesión de uso de intangibles. **iv)** Las liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios emitidas por *PRODUBANCO* son a nombre de Visa Inc. y no a nombre de *VISPE* que es con quien se suscribió el contrato, beneficiario del comprobante de retención que no tiene residencia en España, a fin de la aplicación del *CDI-EQ-ESP*. **vi)** Finalmente, los auditores externos que opinan sobre los pagos para aplicar el *CDI-E-ESP*, no desglosan los concepto de fee y regalías, y la autoridad advierte inconsistencias en los valores informados y los contabilizados. En función del art. 30 del RLRTI (en lo referente al uso de intermediarios y triangulación de un CDI), el SRI determina los pagos realizados.

D) Ante ello el Tribunal de instancia, aplica los Arts. 3 y 22.1 del Reglamento de Comprobantes de Venta, de Retención y Complementarios y concluye que *"conforme las liquidaciones de compras antes indicadas que corresponden a los pagos efectuados por PRODUBANCO al exterior, éstas fueron emitidas a favor de Visa Inc. esto es el proveedor, razón social que como se ha indicado es una sociedad relacionada, pero diferente a VISPE que es con quien PRODUBANCO mantiene acuerdo de voluntad por escrito, y además es quien tiene su residencia en España y como tal beneficiaria del CDI-EQ-ESP mas no Visa Inc. (…) conforme la operación contractual analizada entre PRODUBANCO y VISPE, bajo ningún concepto debe entenderse o contextualizarse que este Tribunal está afirmando o concluyendo de modo alguno, que PRODUBANCO haya diseñado o implementado el mecanismo de treaty shopping para afectar la tributación de rentas en el Ecuador"*, pues afirma que sólo es el adquirente del servicio en los términos impuestos por su proveedor

7.3.3. Con todos estos antecedentes, el Tribunal de instancia resuelve que, conforme la normativa nacional indicada, habiendo emitido liquidaciones de pago a favor de *VISA* y no *VISPE*, y efectuado pagos a un lugar diferente -y un servicio presentado en un lugar diferente- al amparado por el *CDI-EQ-ESP,* estaba en la obligación de retener en la fuente, como lo hizo en los meses de enero a marzo de 2015 y retuvo el impuesto a la renta por pagos conforme la relación contractual con *VISPE*; y sobre observación de la actora a inconsistencia en relación al certificado de auditores externos independientes, señalan que no existe prueba alguna para justificar sus afirmaciones de conformidad con el primer inciso del art. 162 del COGEP; afirmando de esta manera que, la determinación efectuada es consecuencia de la aplicación de la normativa aplicable y confirma la referida glosa.

7.3.4. Del análisis realizado y las transcripciones hechas, se evidencia que la sentencia responde a las alegaciones propuestas por la actora en su demanda, pero son descartadas una a una con sustento en que, no es exclusivamente sobre la base de sus afirmaciones que se efectúa la determinación tributaria, pues el Art. 68 del CT le faculta al SRI hacer un análisis integral de los hechos y la aplicación del derecho; todo esto lleva a establecer a esta Sala de Casación que en la sentencia de instancia la construcción de las premisas (fáctica y normativa), guardan coherencia y lógica con el objeto de la controversia.

7.3.5. Esta Sala Especializada en múltiples fallos reiterados ha expresado que la motivación no es sino, la subsunción de ciertas premisas fácticas (hechos probados) a las normas de derecho que rigen la decisión, es decir premisas jurídicas que demuestran esta subsunción. En el caso de análisis, las razones por las que el recurrente la considera inmotivada, no han podido ser evidenciadas por esta Sala, y es oportuno traer a colación lo que la Corte Constitucional sobre la motivación concluye: *"24. Cabe señalar, además, que para la Corte la garantía de la motivación no se refiere a la corrección del razonamiento judicial, sino, exclusivamente, a explicar de forma suficiente los fundamentos de la decisión adoptada"* (Sentencia No. 1507-15-EP/21 de 20 de enero de 2021); todas ellas razones por las que se rechaza el recurso al amparo del caso 2 del Art. 268 del COGEP.

8. RECURSO DE CASACIÓN DEL DIRECTOR ZONAL 9 DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.- La administración tributaria recurrente por el caso 2 del Art. 268 del COGEP acusa la falta de motivación de la sentencia, infringiendo los Arts. 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 89 y 90.5 del COGEP y 130.4 del COFJ, pues a su criterio carecen de razonabilidad, lógica y compresibilidad afirmando que las premisas vertidas no guardan relación con el silogismo, lo cual no permite comprender la decisión, respecto de las siguientes glosas:

8.1. Glosa por exceso en provisión de créditos comerciales superiores e inferiores a $40.000 USD (H.C.5.1).- Los jueces de instancia inician su estudio afirmando que, la impugnación de esta glosa se funda en la motivación que la sustenta y de forma subsidiaria, la existencia de errores jurídicos y técnico, respecto de los cuales el Tribunal de instancia expresa:

8.1.2. En los (párrafos 97 y 99) después de establecer las circunstancias que llevaron al SRI a determinar la referida provisión, los juzgadores afirman que: **i)** Identifican en términos generales los argumentos de la autoridad fiscal, donde se indica la norma, la información requerida, el procedimiento seguido, se llega determinar las diferencias generales constantes en los cuadros 25 y 26 del acta impugnada. **ii)** En cada cuadro consta como nota que, se entregó a *PRODUBANCO* junto con el acta física un CD, que contiene una carpeta de "Anexos del Acta de Determinación" puntualizando que *"forma parte integrante del presente documento"* [esto es la determinación] con los archivos Excel denominados "Comercial>40.000", "Comercial<40.000", respectivamente, que según la autoridad tributaria *"(…) contiene el cálculo efectuado por la Administración Tributaria de manera que el contribuyente pueda verificar el origen y forma de cálculo de las provisiones".*- Es decir, forma parte de la determinación el medio magnético, el cual contendría los cálculos que hizo la autoridad, con el fin de que *PRODUBANCO* pueda verificar el origen y forma de cálculo de las provisiones. (El resaltado nos corresponde). **iii)** De la explicación dada por la perito Revelo (párrafos 100 a 102), se puede entender los parámetros y criterios que consideró el *SRI* en la determinación, no obstante, nada de ello consta en la motivación de la determinación impugnada; donde además, la perito fue contundente en señalar, por un lado, que existió un error en la determinación de un valor aproximado de $ 175.000,00 USD; y por otro lado, que para el cálculo de la provisión el SRI consideró el saldo antes del mitigante, cuando la normativa establece que debe considerarse después del mitigante. **iii)** El Tribunal no objeta la forma en que se levantó la glosa, pero conforme lo disponen los Arts. 68 y 81 del Código Tributario, es obligación de la administración explicar y fundamentar su determinación, pero en la especie, respecto de los saldos de los cuadros 25 y 26 de la referida acta, constante en el archivo Excel, no existe explicación suficiente sobre las diferencias levantadas que lleven a un entendimiento diáfano de su contenido. **iv)** Se refiere a otros cuestionamientos que corroboran la deficiencia en la determinación tributaria a partir de archivo de excel y de conformidad con el Art. 76. 7, l) de la Constitución, observando lo manifestado por la Corte Constitucional ha desarrollado los requisitos mínimos que se debe considerar para que una actuación de autoridad pública esté motivada (*Casos 0839-16-EP y 1320-13-EP*); concluye el acto impugnado por sí solo no explica su sustento al punto de que se requirió explicaciones externas (extra acto impugnado), con lo que establece la nulidad de esta glosa.

8.1.3. El recurrente indica que dentro del considerando H.C.5. la sentencia emitida por el Tribunal A quo carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, pues las premisas vertidas en ella, en el silogismo no guardan relación con su decisión, lo cual a su vez determina que no sea posible comprender lo resuelto en la causa; detalla los puntos establecidos en la sentencia que permiten observar la falta de motivación: 1) Respecto de la razonabilidad menciona que, la Sala no cita ninguna norma legal o precedente jurisprudencial que sustente su conclusión relacionada con los hechos puestos en su conocimiento. 2) Sobre la lógica añade que el estándar obliga a que en la sentencia exista coherencia y concatenación entre las premisas y la conclusión final, así mismo la carga argumentativa en los razonamientos, afirmaciones y la decisión adoptada, más allá de mencionar las normas citadas por la propia administración en el acto de determinación. 3) Respecto a la comprensibilidad indica que las ideas establecidas por el Tribunal A quo en su fallo no son de fácil entendimiento.

8.1.4. De las transcripciones efectuadas, se observa que siendo lo objetado por la actora la glosa por provisiones, por falta de motivación además de los errores jurídicos y técnicos, los jueces de instancia se remiten a la determinación tributaria y constatan que es en el archivo de Excel en donde la administración soporta las diferencias, sin embargo, el Tribunal de instancia observa que nada de eso consta en el acto de determinación tributaria, cuyas presunciones son las cuestionadas dentro de este proceso judicial, observa a partir del informe de la perito Revelo, las inconsistencias y la escasa explicación sobre el levantamiento de estas diferencias, e incluso errores del cálculo de la provisión teniendo en cuenta si debe efectuarse antes o después del mitigante; circunstancia que a criterio de los jueces de instancia expresan que la

motivación a más de ser inconsistente, es insuficiente su explicación, lo que contraviene los parámetros establecidos por el máximo órgano de justicia constitucional a partir del Art. 76.7.l CRE, lo que deja en clara evidencia que las construcción del silogismo jurídico es coherente, lógico y razonable, permitiendo a diferencia de lo señalado por la administración que sea comprensible, entendiéndose las razones por las que resuelve declara la nulidad de esta glosa objeto del recurso de casación.

8.2. Glosas consumo, vivienda y microcréditos (H.C.5.2).- En estas glosas, se discute el exceso en los créditos y provisiones, (párrafos 108 a 115) y es igualmente objeto del recurso de casación, por "falta de motivación".

8.2.1. Los jueces establecen las circunstancias que rodean su determinación, conforme consta del acto impugnado, y al respecto señalan que: **i)** Las diferencias se determina sin el detalle de las mismas, en los cuadros 27, 28 y 29. **ii)** Consta como nota que se entregó a *PRODUBANCO* junto con el acta física un CD, que contiene una carpeta de "Anexos del Acta de Determinación" puntualizando que *"forma parte integrante del presente documento"* [esto es la determinación] con los archivos Excel denominados "Consumo", "Vivienda" y "Microcréditos", respectivamente, que según la autoridad tributaria *"(…) contiene el cálculo efectuado por la Administración Tributaria de manera que el contribuyente pueda verificar el origen y forma de cálculo de las provisiones"*.- Es decir, forma parte de la determinación el medio magnético, el cual contendría los cálculos que hizo la autoridad, con el fin de que *PRODUBANCO* pueda verificar el origen y forma de cálculo de las provisiones. (El subrayado nos corresponde). **ii)** Con lo manifestado por la perito Revelo, expresa que existe indicación de los fundamentos de hecho y de derecho pero al cuantificar los valores determinados no se entiende, ni existe explicación de cómo en cada hoja de cálculo llegan a los valores determinados. **iii)** Que el archivo presentado al no tener fórmulas de cálculo no se entiende ni el origen ni forma de cálculo de las provisiones; y finalmente, en efecto no es un papel de trabajo como afirma la defensa técnica del SRI, sino es parte constitutiva del acta de determinación que conforme el Art. 68 CT, es producto de la facultad determinadora y contiene lo resultados a los que llegó la administración. **iv)** Cita nuevamente el Art. 76,7,l) de la Constitución, y los fallos de la Corte Constitucional ha desarrollado los requisitos mínimos que se debe considerar para que una actuación de autoridad pública esté motivada (***Casos 0839-16-EP y 1320-13-EP***); y de manera concluyente señala que en la especie, si bien las referidas glosas por exceso en provisión de créditos a consumo, vivienda y microcréditos son razonables en cuanto se enuncian las fuentes jurídicas y fácticas, al verificarse su lógica, se observa las conclusiones a las que llegó el SRI, pero no se entiende su origen y composición, lo que hace la glosa en cuestión no cumpla los requisitos mínimos de motivación y declara la nulidad de estas glosas.

8.2.2. En este sentido, sobre estas glosas también objetadas en instancia por la actora en cuanto a su motivación y alegando errores jurídicos y técnicos, los jueces de instancia se remiten a la determinación tributaria y la forma en cómo se establecieron las diferencias, cuestionando de ellas, en específico la forma en que se llega a dichos valores, pues en su criterio, de conformidad con el Art. 68 del CT, es obligación de la administración tributaria justificar la forma en cómo se llega a los resultados en la verificación de las declaraciones, los cuales para los jueces es carente de explicación lo que contraviene los parámetros establecidos por la Core Constitucional, lo que deja en clara evidencia que las construcción del silogismo jurídico en la sentencia recurrida es coherente, lógico y razonable, lo que contrario a lo señalado por la administración, esté debidamente motivada.

8.2.3. Una vez más se recuerda que, la motivación no es sino, la subsunción de ciertas premisas fácticas (hechos probados) a las normas de derecho que rigen la decisión, es decir premisas jurídicas que demuestran esta subsunción; además, como lo sostiene la Corte Constitucional no porque el razonamiento jurídico del fallo sea contrario a los intereses de la entidad pública recurrente significa que exista "falta de motivación", cuando evidentemente lo que pretende es que se corrija la argumentación jurídica que ha servido al Tribunal de instancia para adoptar su decisión; todas ellas razones por las que se rechaza el recurso al amparo del caso 2 del Art. 268 del COGEP.

8.3. Análisis de CASO 5: Glosa amortización contabilizada en exceso (H.C.2).- Pese a que la procuradora fiscal de SRI en la audiencia de casación, no fundamentó esta causal, al haber sido admitida por el conjuez de la Sala en el respectivo auto de admisión, corresponde analizarlo y resolverlo. El ente de control tributario afirma que sobre esta glosa se ha incurrido en el yerro de **errónea interpretación** al examinar el rubro

"amortización del activo Consolidado PRM" (H.C.2.1) al señalar que el Art. 1 del Capítulo VI referente al Diferimiento de los gastos de personal que se originen dentro del proceso de fusión o conversión, permite amortizar el activo **hasta** los 24 meses y no **en** 24 meses, ocasionando que las cuotas no sean iguales conforme lo dispone la norma lo que ocasione que el Tribunal señala que no es necesario tomar en cuenta las amortizaciones anteriores.

8.3.1. En la sentencia, teniendo en cuenta que este caso aparte de la aceptación de los hechos ciertos y probados establecido por los jueces, tenemos que: **1)** No es controvertido que el valor en análisis corresponde a activos intangibles, donde el concepto *"Consolidación PRM"* atañe al gasto contabilizado y registrado en el ejercicio fiscal 2015. **2)** El activo diferido corresponde a los desembolsos incurridos por el pago de indemnizaciones al personal que se separó durante el proceso de optimización resultado de la consolidación de Banco Promérica y el Produbanco.

8.3.2. Al respecto, los jueces de instancia concluyen que lo controvertido radica en la interpretación del Art. 1 del Capítulo VI *"Diferimiento de los gastos de personal que se originen dentro del proceso de fusión o conversión"* de la sección primera *"Disposiciones generales"* de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, se cuestiona que la actora haya amortizado el diferido en 17 meses, pues según el SRI debían ser amortizados en 24 meses, como ocurrió en las liquidaciones del año 2014 que se amortizaron en 24 meses, por lo que el *SRI* realizó el cálculo de las liquidaciones del 2015 por 24 meses.

8.3.3. En la sentencia se tiene que la norma tributaria reconoce la amortización de los activos conforme la técnica contable para las instituciones del sistema financiero (Art. 12 LRTI), a partir de lo que considera oportuno efectuar un análisis de los términos "podía" y "hasta", que en su criterio es la razón de la observación de la glosa, para lo que se remite al Art. 13 del Código Tributario y señala: *"conforme la redacción de la norma técnica aplicada por las partes para sustentar sus alegaciones en esta instancia, por un lado, el contribuyente "podía", es decir no era mandatorio sino que existe un margen de discrecionalidad regulado en su actuar; y por otro lado, esta posibilidad de amortizar el activo diferido, comprendía un período de tiempo de "hasta" 24 meses, más no "en" 24 meses; donde la preposición "hasta" reviste un papel determinante para el contribuyente quien estaba investido de la posibilidad de escoger hasta 24 meses; caso contrario, si la norma no estableciere esta prerrogativa a PRODUBANCO –ni a las demás instituciones financieras a las que les sea aplicable, debería señalar expresamente –la norma-que la amortización será "en" 24 meses"* .

8.3.4. Ahora bien, la norma denunciada de erróneamente interpretada señala dos parámetros a cumplir: 1) podrán ser amortizados hasta en un plazo máximo de 24 meses y 2) que se efectúe en cuotas iguales. Sobre el primer punto la norma no conmina a que deba efectuarse exclusivamente en 24 meses, por lo que la interpretación dada por los juzgadores no contraviene el texto literal de la norma en cuanto al tiempo, ya que no ha inobservado ningún parámetro de esta al especificar que existe un rango de discrecionalidad al haber sido efectuado en 17 meses (hecho probado). Sin embargo, del análisis efectuado que responde al entendimiento de la norma en cuanto a las cuotas, existe un error cuando el Tribunal de instancia se refiere a **"cuotas anuales"** cuando del texto literal de la norma se lee **"cuotas iguales"** , condición que es motivo de la glosa, es decir, aun cuando la amortización se efectúe en un menor plazo, debe ser calculada en dividendos iguales, lo cual conforme el acto impugnado se afirma no se cumplió (hecho probado). En ese sentido, la alegación de la administración en cuanto al incumplimiento de las condiciones para la amortización de los gastos personales que se originaron por las indemnizaciones del proceso societario que sufrió PRODUBANCO S.A., se encuentra conforme a derecho y al no haberse desvanecido dicho reparo se ratifican las diferencias establecidas por este rubro dentro del acto impugnado. Esto se considera la motivación para casar la sentencia en esta glosa exclusivamente.

9.- Decisión

9.1. 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:

9.2. 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 16 de agosto del 2021 en el proceso No. 17510-2020-00136, en cuanto se refiere al recurso de casación propuesto por PRODUBANCO S.A.

9.3. CASAR PARCIALMENTE el recurso propuesto por el Servicio de Rentas Internas, conforme se señala en el ítem 8.3.4. de esta sentencia.
9.4. En cuanto a la caución rendida por la entidad bancaria recurrente, el Tribunal de instancia resolverá de conformidad a lo señalado en el Art. 275 del COGEP.
9.5. Sin costas.
9.6. Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.
9.7. 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 (E) (PONENTE)** DRA. GILDA ROSANA MORALES ORDÓÑEZ **JUEZA NACIONAL** DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

El caso 2 no prospera por cuanto de la revisión de la sentencia no se evidencia que exista una falta de motivación en los términos referidos por los recurrentes, sino más bien la inconformidad de cada parte respecto a las glosas que fueron en contra. En cuanto al caso 5, no se evidencia que el Tribunal haya dado un alcance distinto a las normas de depreciación de bienes no utilizados sin embargo sobre la norma que prevé la amortización del activo respecto de los gastos de personal que se originen por las indemnizaciones derivadas de procesos de fusión o conversión, se observa un error del cual se genera el yerro de interpretación por lo cual se configura el vicio y se ratifica este rubro.

VI

Juicio Nro. *09501-2021-00292*
Fecha: *martes 30 de abril del 2024, las 14h55*

TEMA: El caso quinto del artículo 268 del COGEP. Deducibilidad de los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio.

SÍNTESIS

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario conoció en casación la impugnación presentada por el Servicio de Rentas Internas (SRI) contra la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Guayaquil, dictada el 10 de febrero de 2022, que declaró parcialmente con lugar la demanda. El SRI interpuso recurso de casación basado en el numeral quinto del artículo 268 del COGEP. El Tribunal de Casación decidió no casar la sentencia impugnada, argumentando lo siguiente:

El caso se refiere al ejercicio fiscal 2016, por lo que a ese año es aplicable el artículo 10.2 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) vigente a fines de 2015, que establece los requisitos para la deducibilidad de intereses de deudas vinculadas al giro del negocio. La controversia gira en torno a si el artículo 30 del Reglamento a la LRTI podía exigir como condición adicional que el crédito no provenga de instituciones domiciliadas en paraísos fiscales. El Tribunal señaló que, conforme al artículo 4 del Código Tributario, las condiciones para la deducibilidad deben estar establecidas en la ley, no en el reglamento. Por tanto, el Reglamento no puede introducir nuevas restricciones que no se encuentren contempladas en la LRTI, como lo hace el artículo 30 del Reglamento. En consecuencia, el Tribunal concluyó que este artículo reglamentario no era aplicable al ejercicio 2016, y confirmó la correcta interpretación legal realizada por el Tribunal de instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2021-00292

Juez Ponente: Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 30 de abril del 2024, las 14h55.

VISTOS: El abogado Juan Sebastián Vela Mariño procurador fiscal debidamente designado por la Directora Zonal 8 y por el Director de Grandes Contribuyentes del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra del fallo de fecha 10 de febrero de 2022, las 8h07, y del auto de aclaración notificado el 2 de marzo de 2022, dictados por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en el juicio de impugnación No. 09501-2021-00292.

1. Antecedentes procesales

1.1. Objeto de la controversia.- De la sentencia de instancia se desprende que la controversia radica en: "5.3. Considerando que el acto administrativo impugnado lo constituye la Resolución No. 109012020RREC483679 de fecha 23 de diciembre de 2021, suscrita por la Directora Zonal 8 del Servicio de Rentas, se acordó, conjuntamente con las partes, para guiar el debate en la presente causa, los puntos de controversia siguientes: (i) ESTABLECER SI LA PARTE ACTORA DESVIRTÚA LAS GLOSAS DETERMINADAS EN EL ACTA DE DETERMINACIÓN No. 09202024901140087 RATIFICADA EN LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA. (ii) ESTABLECER SI LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA ADOLECE DE FALTA DE MOTIVACIÓN CON LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE TAL SITUACIÓN".

1.2. Resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario en el fallo antes referido resolvió: "DECLARAR

PARCIALMENTE CON LUGAR LA DEMANDA presentada por la compañía EMPACADORA GRUPO GRANMAR S.A. EMPAGRAN en contra de la Directora Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, en los términos constantes en el presente fallo. EN VIRTUD que la demanda ha sido aceptada parcialmente y, en base a lo establecido en el Art. 324 del Código Orgánico General de Procesos, una vez en firme esta sentencia y luego de la reliquidación conforme lo resuelto, se dispone que la suma rendida por concepto de caución para suspender los efectos del acto impugnado y cuyo comprobante de transacción del Banco del Pacífico obra de fojas 343 del proceso judicial, deberá servir como abono a la obligación, de existir un saldo será devuelto al demandante".

1.3. Recurso de casación. Mediante escrito de fecha 28 de abril de 2022, 16h50, el procurador fiscal del Servicio de Rentas Internas interpone recurso de casación en contra del fallo antes referido, con fundamento en el caso segundo del artículo 268 del COGEP por incumplimiento del requisito de motivación; y, por el caso quinto del artículo 268 del COGEP por errónea interpretación del artículo 4 del Código Tributario, CT, que causó la falta de aplicación del artículo 30 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

1.4. Calificación. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario calificó el recurso de casación en auto de 4 de mayo de 2022, las 11h23, en los términos de los artículo 266 y 269 del COGEP, y dispuso elevar el expediente a la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.5. Admisión: En auto de 21 de noviembre de 2023, 11h55, el doctor Fernando Cohn Zurita, en su calidad de Conjuez de la Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 270 del COGEP dispuso a la parte recurrente, aclarar su recurso de casación, atendiendo las observaciones que constan en dicho auto. Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2023, 16h49, la institución casacionista atendió el pedido de aclaración de su recurso. En auto de 29 de noviembre de 2023, 14h11, el Conjuez de la Sala referido resolvió aceptar el recurso de casación interpuesto en los siguientes términos: "3) En el escrito del 28 de noviembre de 2023, la parte recurrente aclara el cargo planteado por la causal quinta, al detallar aquello que le fue requerido (cumpliendo en consecuencia el requisito previsto en el numeral 4 del Art. 267 del COGEP), y abandona la formulación de cargos bajo la causal segunda. 4) Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 270 del COGEP, SE ADMITE EL RECURSO DE CASACIÓN, EXCLUSIVAMENTE POR LOS CARGOS PLANTEADOS BAJO LA CAUSAL QUINTA".

2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa realizado el 17 de abril de 2024, las 10h54, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional, Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), y José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional, Ponente en la causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CN-J2021 de 12 de febrero del 2021 el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalada con la acción de personal No. 166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. En virtud del acta de sorteo de 9 de febrero de 2024, mediante oficio No. 0155-SG-CNJ-MMV-2024 de 9 de febrero 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 Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita, con los mismos deberes y atribuciones del titular.

2.3. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformado

por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Validez procesal

No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no adolece de nulidad alguna, por lo que se declara el proceso válido.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. Para fundamentar el recurso respecto del caso quinto del artículo 268 del COGEP, la casacionista señala que el caso quinto invocado aplica para la Glosa por operaciones crediticias efectuadas con residentes en paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes, cuya resolución consta desde el numeral 7.1.1 de la sentencia recurrida, y cuyas partes pertinentes transcribe y cita textualmente en su recurso, para a continuación decir que en la transcripción se observa la errónea interpretación que en la sentencia se hace del artículo 4 del CT, porque se trata a la "deducción" y a los "requisitos" para ejercer la deducción como si fueran una misma figura jurídica, violando así el principio de la lógica de la identidad.

4.2. Que, para hacer patente la errónea interpretación del artículo 4 del CT es necesario: primero entender qué es el principio de la lógica de la identidad. Así, el autor Luis Cueva Carrión, en su obra "Valoración jurídica de la prueba penal", al referirse sobre la ley de la lógica de la identidad, enseña que: 'A la ley de la identidad se la enuncia así: lo que es, es; el ser es el ser; una cosa es la misma cosa; una cosa es una y la misma cosa. En forma abstracta: A es A. Esta ley significa que, necesariamente, debe existir identidad plena y total entre un concepto y las partes que lo componen; es decir, del pensamiento consigo mismo. [...]. El principio de identidad, además, es diferenciador, puesto que, si un objeto es idéntico a sí mismo, es diferente a los demás.'.".

4.3. Que una vez que se ha explicado qué es el principio de la lógica de la identidad, es necesario aplicar dicho principio a los conceptos de: **i)** deducción impositiva; y, **ii)** requisito, y se concluirá que son figuras jurídicas distintas. Deducción impositiva: Suma que, conforme a la legislación tributaria, puede detraerse del monto imponible, particularmente a los efectos del impuesto a la renta o a las ganancias. Requisito: Circunstancia o condición necesaria para la existencia o el ejercicio de un derecho o una facultad, para la validez y eficacia de un acto jurídico y para exigencia de obligaciones o deberes. [...].

4.4. Que de los conceptos antes transcritos se observa con claridad la diferencia que existe entre deducción impositiva y requisito, porque mientras el primero es el derecho a detraerse una suma del monto imponible, el requisito en cambio es la condición necesaria para que exista ese derecho de deducción, y es aquí donde se evidencia la errónea interpretación del artículo 4 del CT porque en la sentencia se trata a la "deducción" y a los "requisitos" para ejercer la deducción como una misma figura jurídica, y es por esta razón que en la sentencia se concluye que de acuerdo al principio de reserva de ley, contenida en el artículo 4 del CT, los requisitos de deduciblidad solo pueden estar en la ley y no en el reglamento, lo cual es equivocado y demuestra la errónea interpretación que se dio al antedicho artículo.

4.5. Que, una vez demostrada la errónea interpretación del artículo 4 del CT corresponde explicar cuál es el sentido correcto de dicha norma. Entonces, primero se debe resaltar que deducción impositiva y requisito, son dos figuras jurídicas distintas y que el artículo 4 del CT se refiere exclusivamente a la "deducción". Que, establecido que el artículo 4 del CT se refiere exclusivamente a la "deducción", se sigue que, solo las sumas que pueden detraerse del monto imponible deben estar prescritas en una ley, mientras que los requisitos o condiciones necesarias para ejercer ese derecho de deducción pueden estar tanto en una ley como en un reglamento.

4.6. Que, en este punto corresponde demostrar la incidencia del vicio en la decisión del juzgador: La errónea interpretación del artículo 4 del CT, provocó que los juzgadores resolvieran que no puede aplicarse el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la LRTI, que contiene un requisito de deducibilidad redactado a manera de prohibición: "No serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicción de menor imposición". Que, resolver que no puede aplicarse el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la LRTI, a su vez provocó que el Tribunal resuelva dar de baja la glosa por improcedente.

4.7. Ahora, si los juzgadores hubieran interpretado correctamente el artículo 4 del CT, en primer lugar, hubieran concluido que los requisitos de deducibilidad pueden estar prescritos tanto en una ley como en un Reglamento, luego, hubieran resuelto aplicar el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la LRTI y hubieran decidido ratificar la

glosa. En virtud de lo expuesto queda demostrada la incidencia del vicio de errónea interpretación del artículo 4 del CT en la decisión del juzgador.

4.8. Respecto de la falta de aplicación del artículo 30 del Reglamento para la Aplicación de la LRTI señala que se evidencia fácilmente de la expresión utilizada por los juzgadores en la sentencia recurrida: no puede aplicarse dicha norma reglamentaria para establecer la glosa que ha sido impugnada por la actora. "Por tanto, en aplicación del principio de reserva de ley, contemplado en el Art. 4 del Código Tributario, que establece: Las Leyes Tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y DEDUCCIONES; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código; no puede aplicarse dicha norma reglamentaria para establecer la glosa que ha sido impugnada por la actora. Más Aún que en la reforma al artículo 30 del Reglamento, ya eliminó la no deducibilidad de dichos gastos, TODA VEZ QUE SE ESTABA CONTRARIANDO LO QUE ESTABLECE LA LEY y mediante la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID 19 (…). Por tanto, al haberse establecido una glosa con sustento en una norma reglamentaria contrariando el principio de reserva de ley denominado también principio de legalidad, el Tribunal resuelve dar de baja la glosa por improcedente".

4.9. Que, los requisitos de deducibilidad pueden estar prescritos tanto en la ley como en el reglamento, por lo que el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la LRTI es aplicable a los hechos que constan en la sentencia. Luego, si se hubiera aplicado el requisito de deducibilidad contenido en el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la LRTI, el Tribunal hubiera concluido que los intereses, por el valor de USD. 6'435.664,95, que EMPAGRAN pagó a las entidades del exterior, residentes en paraísos fiscales y/o regímenes fiscales preferentes son NO deducibles y consecuentemente hubiera ratificado la glosa; sin embargo, los jueces resolvieron no aplicar la norma reglamentaria y por ende dar de baja la glosa, con lo que se demuestra la trascendencia de la falta de aplicación del artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la LRTI en la decisión de los juzgadores.

4.10. Que, en relación a los hechos que se tienen por ciertos en la sentencia estos son subsumidos en la norma que no ha sido aplicada, esto es, el artículo 30 del Reglamento para la Aplicación de la LRTI vigente para el ejercicio fiscal 2016, que contenía un requisito de deducibilidad redactado a manera de prohibición: "No serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicción de menor imposición". La falta de aplicación del artículo 30 referido es la norma que necesariamente debía ser aplicada para resolver sobre el asunto que se traba la litis. La errónea interpretación del artículo 4 del Código Tributario que es una norma de derecho sustantivo, es el vicio por el cual se aplica indebidamente una norma jurídica al caso concreto, aunque el juzgador da a la norma un sentido o alcance que no tiene.

4.11. Contestación al recurso. Corrido traslado con el recurso admitido, mediante escrito de fecha 18 de enero de 2024, 14h46, comparece el abogado Víctor Hugo Corozo León en calidad de apoderado especial y procurador judicial de la compañía Empacadora Grupo Granmar S.A. EMPAGRAN, para dar contestación al recurso interpuesto y señala que siendo que la acusación que la recurrente efectúa a la sentencia, radica en que según aquella, los jueces habrían interpretado erróneamente el artículo 4 del Código Tributario, que contiene el principio de Reserva de Ley, conocido también, como principio de legalidad, es importante analizar entonces, si la interpretación dada por los juzgadores, es realmente errada, esto es, si los juzgadores le dieron a dicha norma, un alcance mayor, menor o distinto del que le dio el legislador. Que, el legislador tributario, establece que sólo por Ley se pueden establecer tributos y determinarse, los objetos imponibles, los sujetos activos y pasivos de dichos tributos, la cuantía de los mismos, las formas de determinarlos, las exenciones y deducciones, pues solo en base al principio de legalidad de los tributos, puede garantizarse la seguridad jurídica a la que refiere el artículo 82 de la Constitución de la República, toda vez que para garantizar, ese principio, solamente la Ley, es la que debe establecer los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria, así como los relativos a la responsabilidad de los sujetos pasivos, así como los derechos de aquellos, pues solo de esa manera se garantiza el derecho ciudadano de saber y estar seguro de la existencia de normas previas y claras, conocidas por todos, las que deben, ser obligatoriamente aplicadas por las autoridades competentes.

4.12. Que, el artículo 4 del Código Tributario es claro en establecer que solo con norma de rango

de Ley, pueden establecerse Tributos, determinarse, los objetos imponibles, los sujetos activos y pasivos de dichos tributos, la cuantía de los mismos, las formas de determinarlos, las exenciones y deducciones, veamos si en el caso concreto de la sentencia recurrida, los juzgadores, interpretaron erróneamente dicha norma, al disponer la aplicación de una norma con rango de ley y no una norma reglamentaria.

4.13. Que, con respecto a la deducción de intereses pagados por créditos otorgados por entidades financieras del exterior, la norma contenida en el numeral segundo del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, establecía y en su contexto general aún establece, que los intereses por créditos contraídos, con motivo del giro del negocio, se consideran deducibles, no estableciendo la Ley, prohibición alguna, al hecho que, dichos créditos hubieren sido adquiridos a instituciones financieras residentes o domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones con regímenes fiscales preferentes o de menor imposición o en países que no habían sido calificados como tales, es decir, que por mandato expreso de la Ley, todos los valores pagados por los contribuyentes, por concepto de intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, debían ser considerados como deducibles.

4.14. Que, del análisis efectuado por los juzgadores, en virtud del control de legalidad que aquellos estaban obligados a efectuar a los actos impugnados, aquellos, luego de efectuar una correcta argumentación jurídica, resolvieron que, el hecho de "haberse establecido una glosa con sustento en una norma reglamentaria", contrariaba el principio de Reserva de Ley o de Legalidad, habiendo resuelto como era procedente, dar de baja la glosa determinada a cargo de su representada. Que, se evidencia, no solo que la interpretación dada por los juzgadores al artículo 4 del Código Tributario, es la correcta, sino además, que la norma correcta que debía aplicarse para efectos de determinar la deducibilidad de los gastos por intereses por créditos obtenidos del exterior, era el numeral segundo del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y no el segundo inciso segundo del artículo 30 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que contrariaba a la antes mencionada norma legal, criterio que es ratificado por el mismo Ejecutivo, que mediante Decreto Ejecutivo No. 973, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 736 del 19 de abril del 2016, expidió las Reformas Reglamentarias en materia tributaria para la aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, mediante el cual, en el numeral 6 del artículo 2 que refiere a las Reformas al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, expresamente sustituye el texto de los incisos penúltimo y último del numeral segundo del artículo 30 del referido Reglamento y excluyendo la prohibición de deducibilidad que constaba en dicha norma, precisamente, porque aquella, contrariaba lo dispuesto en la Ley.

5. Problema jurídico

En base a los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, corresponde determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el caso quinto del artículo 268 del COGEP por errónea interpretación del artículo 4 del Código Tributario que causó la falta de aplicación del artículo 30 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

6. Análisis del Tribunal de Casación

6.1. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, admitido por el Conjuez de la Sala, considera:

6.2. 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.". Errónea interpretación.- "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".

6.2.1. La norma señalada como infringida es: a) Artículo 4 del Código Tributario. "Reserva de ley. Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás

materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.".

6.3. Falta de aplicación "ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia".

6.3.1. La norma señalada como infringida es: a) Artículo 30 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. "Deducción por pagos al exterior. Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas… (...) II Intereses por créditos. Serán deducibles los intereses pagados por créditos del exterior, adquiridos para el giro del negocio, hasta la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador, siempre que estos y sus pagos se encuentren registrados en el Banco Central del Ecuador, y que cumplan las demás condiciones establecidas en la ley. Para créditos del exterior, con partes relacionadas, además se deberán cumplir las siguientes condiciones: (...) A efectos de la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador que se debe aplicar a los créditos externos, será aquella vigente a la fecha de registro del crédito en el Banco Central del Ecuador para créditos del exterior, no serán deducibles los intereses en la parte excedente de las tasas autorizadas. No serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicción de menor imposición".

6.4. El ejercicio económico objeto de la controversia en instancia corresponde al 2016.

6.5. El Art. 10.2 de la LRTI en su texto vigente a fines del 2015 (y por tanto vigente para el ejercicio 2016) disponía que son deducibles los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, siempre que: **(i)** se encuentren sustentados en comprobantes de venta; **(ii)** no excedan de la tasa definida mediante Resolución por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera; **(iii)** de tratarse de crédito externo, esté registrado en el Banco Central del Ecuador; **(iv)** los créditos no superen el 300% del patrimonio del contribuyente.

6.6. El Art. 30 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno disponía, en su texto vigente a fines del 2015 hasta su reforma en abril del año 2016 prescribía que "... [n]o serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición".

6.7. De lo detallado en la sentencia en cuanto a la demanda y su contestación (apartados 4.1.3 y 4.2.2) y en el análisis de la "Glosa por operaciones crediticias efectuadas con residentes de paraísos Fiscales o regímenes Fiscales Preferentes" (apartado 7.1.1), no se cuestiona la cuantía de intereses pagados ni el domicilio de los prestamistas en paraísos fiscales o de menor imposición; por lo que es esencial establecer si se han producido o no los yerros acusados, en el sentido de que debía tomarse en cuenta el elemento ya señalado (domicilio de los prestamistas en paraísos fiscales o de menor imposición) para desconocer la deducibilidad de los intereses pagados.

6.8. La parte recurrente sostiene que, al haber aplicado el Tribunal exclusivamente el Art. 10.2 de la Ley de Régimen Tributario Interno y no el Art. 30 de su Reglamento, interpretó erróneamente el Art. 4 de la LRTI, estimando la casacionista que el reglamento no excede sus límites cuando detalla como elemento necesario para que aplique la deducibilidad, que el crédito no provenga de una institución financiera domiciliada en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, puesto que, para la recurrente, vía reglamento se puede establecer un requisito para que proceda una deducción.

6.9. El Art. 4 del Código Tributario prevé el principio de reserva de ley, que consiste en que solo las normas con categoría de ley fijarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos y los recursos.

6.10. El Art. 7 del mismo cuerpo legal dispone que ningún reglamento podrá modificar o alterar el sentido de la ley ni crear obligaciones impositivas o establecer exenciones no previstas en ella; no podrá suspender la aplicación de leyes, adicionarlas, reformarlas, o no cumplirlas, a pretexto de interpretarlas.

6.11. Las condiciones para que un gasto sea deducible deben estar fijadas en la ley, conforme prescribe el Art. 4 del Código Tributario, siendo artificiosa la distinción que hace la parte recurrente entre deducibilidad y requisitos para su aplicación, puesto que la norma reglamentaria está excluyendo la deducibilidad por la ocurrencia de una circunstancia que para el año 2016 no estaba prevista en la norma con categoría de ley. Lo que

el reglamento puede normar es la forma en que los elementos fijados en la ley se cumplan. Así, por ejemplo, si la ley establece que debe registrarse un crédito del exterior para que sea deducible, la norma reglamentaria podría detallar la forma de realizar ese registro. Lo que no puede hacer la norma reglamentaria es incluir una condición de deducibilidad no prevista en la ley, pues ello implicaría la modificación de esta última, lo cual está proscrito por el Art. 7 de la LRTI.

6.12. Por tanto, no es procedente la alegación de la parte recurrente en el sentido que una nueva condición o limitación para que opere una deducción podría estar incluida en una norma reglamentaria. En consecuencia, el Tribunal ha interpretado correctamente el Art. 4 del Código Tributario al desestimar la aplicación del Art. 30 del Reglamento a la LRTI, que previó una exclusión de deducibilidad que a la época no constaba en la LRTI.

6.13. Sin perjuicio de lo antes señalado, se aprecia que la parte recurrente no ha apreciado las razones por las que la norma reglamentaria fue incluida y posteriormente modificada, ni la temporalidad de su efectiva vigencia.

6.14. Dada la costumbre en nuestro país, de "apurar" reformas legales a fines de año para poder cubrir urgencias presupuestarias del año siguiente, las reformas reglamentarias que se realizan para ponerse a tono con las modificaciones de la ley, se pueden realizar recién en el año siguiente. Muchas de esas disposiciones reglamentarias suelen repetir, innecesariamente, en gran parte de los casos, las disposiciones de la ley; sin embargo, no debe considerarse que los elementos del hecho generador y las condiciones de la deducibilidad son los que constan en el reglamento, sino que deben estar incluidos en la norma con categoría de ley.

6.15. Justamente para este caso debe considerarse que: **(i)** el numeral 2 del Art. 10 de la LRTI establece las condiciones para que los gastos por pago de intereses en créditos sean deducibles, y el Art. 13 del mismo cuerpo legal prevé los casos en que los pagos al exterior sean deducibles, aunque no se realicen retenciones; **(ii)** el Art. 13 de la LRTI tuvo una reforma con ocasión de la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 del miércoles 29 de Diciembre del 2010; **(iii)** en efecto, en el numeral 2 del apartado 2.4 de la Segunda Disposición Reformatoria del COPCI se sustituyó el numeral 3 del Art. 13 de la LRTI, excluyendo de la deducibilidad los pagos de intereses de créditos externos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición; **(iv)** como consecuencia de esa reforma legal tributaria, se emitió una reforma reglamentaria, mediante Decreto Ejecutivo No. 732, publicado en Registro Oficial 434 del martes 26 de abril del 2011, en cuyo artículo 6 se dispuso agregar en el último inciso del Parágrafo II del artículo 30 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, lo siguiente: "No serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición"; **(v)** mediante el numeral 5 de la Disposición Reformatoria Segunda de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 652 del viernes 18 de diciembre de 2015 (vigente en consecuencia a partir del año 2016, en aplicación del Art. 11 del Código Tributario), se reformó el numeral 3 del Art. 13 de la LRTI, sin que conste ya en el nuevo texto la exclusión referente al domicilio del prestamista, constando como requisito únicamente lo referente al límite de tasa; **(vi)** la norma reglamentaria (Reglamento a la LRTI) se actualizó (mediante el Decreto Ejecutivo No. 973, publicado en Registro Oficial Suplemento 736 del martes 19 de abril del 2016; artículo 2, numeral 6), para ya no hacer constar en el Art. 30 el requisito del domicilio del prestamista, ya que, como se detalló en el apartado anterior, el legislador lo eliminó del Art. 13 de la Ley (con vigencia a partir del año 2016).

6.16. En conclusión, no fueron (ni pudieron ser) las normas reglamentarias, sino las legales las que instituyeron (COPCI a fines de 2010, aplicable a partir del ejercicio económico 2011) y posteriormente suprimieron (Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, a fines de 2015, aplicable a partir del año 2016) la exclusión de deducibilidad por el domicilio del prestamista en paraísos fiscales o de menor imposición; por tanto, resulta un despropósito que la administración pretenda que un rezago reglamentario derivado de una disposición legal que quedó sin efecto para el ejercicio 2016, pueda subsistir por la falta de armonización a la disposición con jerarquía de ley promulgada a fines del año 2015.

6.17. Por las razones antedichas, se desestiman los cargos planteados.

7. Decisión

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 NO CASAR el fallo impugnado.** 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.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **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 desestima el cargo de errónea interpretación del art. 4 del Código Tributario, que el recurrente sustentaba en el supuesto de que vía reglamentaria (art. 30 del Reglamento para la Aplicación de la LRTI) se pueden establecer condiciones de deducibilidad no previstas en la LRTI (art. 10.2). La Sala concluyó que el reglamento puede únicamente normar la forma en que un requisito de deducibilidad previsto en la ley se considere cumplido, pero no innovar la ley, Adicionalmente, la Sala aclaró que la norma reglamentaria fue introducida en el año 2011 con ocasión de una norma con categoría de ley (COPCI), de fines del año 2010, que estableció la exclusión de deducibilidad de pagos de intereses cuando el prestamista está domiciliado en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, pero que, posteriormente, dicha exclusión fue suprimida por reforma legal de fines del año 2015, vigente a partir del ejercicio económico 2016. En consecuencia, la disposición reglamentaria perdió su soporte a partir del 1 de enero de 2016, independientemente de que recién en abril de ese año se armonizó a la nueva disposición con rango de ley, mediante reforma.

VII

Juicio Nro. *17510-2019-00175*
Fecha: *miércoles 15 de mayo del 2024, las 16h13*

TEMA: El caso quinto del artículo 268 del COGEP. El a quo dejó de analizar la legalidad de la resolución que negó el pago indebido por un dictamen al que le dieron el carácter de vinculante. Dispone la Sala que el a quo se pronuncien respecto de si existió o no pago indebido.

SÍNTESIS

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario conoció en casación la impugnación interpuesta por BAYER S.A. contra la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Quito, que había rechazado su demanda. El recurso fue planteado con base en el numeral quinto del artículo 268 del COGEP, y se centró en la indebida aplicación del artículo 93 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPCI.

El punto medular de la controversia fue el carácter vinculante de los dictámenes de consulta emitidos por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE). El Tribunal de Casación analizó que, conforme al artículo 141 del COPCI —vigente al momento de la consulta—, los dictámenes de consulta son vinculantes únicamente para la administración y solo respecto del consultante. Esta disposición representa un cambio respecto del régimen anterior (Ley Orgánica de Aduanas), en el cual los dictámenes podían tener carácter obligatorio tanto para la administración como para el consultante. En cambio, el artículo 93 del reglamento mencionado dispone que los dictámenes de consulta tienen carácter general y obligatorio tanto para la administración como para el consultante, lo que, a juicio de la Sala, vulnera el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 425 de la Constitución, ya que una norma reglamentaria no puede contradecir ni ampliar el alcance de una disposición legal.

El Tribunal de instancia había dado al dictamen de SENAE un carácter obligatorio para el importador (BAYER S.A.), lo cual fue considerado como una aplicación indebida de la norma reglamentaria sobre una disposición legal expresa, afectando los derechos del contribuyente. Según la Sala, el hecho de que el dictamen sea vinculante solo para la administración implica que ésta debe respetar su contenido frente al consultante, pero no obliga al contribuyente a ajustarse a dicho criterio, ni impide que impugne los actos administrativos que deriven del mismo.

Por tanto, el Tribunal de Casación resolvió casar la sentencia impugnada y ordenó que los mismos jueces del Tribunal Distrital se pronuncien nuevamente, esta vez sobre el fondo de la controversia, es decir, si existió o no un pago indebido, dejando sin efecto la consideración errónea que se hizo sobre el carácter vinculante del dictamen.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2019-00175

Juez Ponente: Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 15 de mayo del 2024, las 16h13.

VISTOS: El abogado Gabriel Pinto Navarrete, procurador judicial de la compañía BAYER S.A. interpone recurso de casación en contra del fallo dictado el 15 de junio de 2020, las 9h53, 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. 17510-2019-00175.

1. Antecedentes procesales

1.1. Objeto de la controversia.- De la sentencia de instancia se desprende que la controversia radica en: *"Conforme lo resuelto en la audiencia preliminar, este Tribunal fijó como objeto de la controversia, sin observaciones de las partes: " Determinar la validez y legalidad de la resolución Nro. SENAE-DDT-2019-0105-RE emitida el 6 de febrero de 2019 por el Director Distrital de Tulcán del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, y establecer si procede o no la devolución de USD. 3.404,67, que la actora considera indebidamente pagados, en la importación realizada al amparo del refrendo de aduana No. 073-2018-10-00096882, considerando al efecto, los argumentos de las partes".*

1.2. Resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario en el fallo antes referido resolvió: *"rechaza la demanda de pago indebido propuesta por la compañía BAYER S.A. a través de su representante legal y, en consecuencia,declara la validez y legalidad de la resolución No. SENAE-DDT-2019-0105-RE emitida por el director distrital de Tulcán el 6 de febrero de 2019".*

1.3. Recurso de casación.- Mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2020, 14h41, el procurador judicial de la compañía BAYER S.A. interpone recurso de casación en contra del fallo antes referido, con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación de los artículos 138 del Código Tributario, 138 del Código Orgánico de la Función Judicial, COJF, sentencia No. 045-11-SEP-CC de la Corte Constitucional, artículos 65 y 80 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, artículos 76, numeral 7 literal l), 132 y 425 de la Constitución de la República, 89 del Código Orgánico GEneral de Procesos, COGEP; por el vicio de errónea interpretación del artículo 141 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, e indebida aplicación del artículo 93 Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI.

1.4. Calificación.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario calificó el recurso de casación en auto de 8 de octubre de 2020, las 10h24, en los términos de los artículo 266 y 269 del COGEP, y dispuso elevar el expediente a la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.5. Admisión: En auto de 21 de agosto de 2023, 11h10, la doctora Mónica Heredia Proaño, en su calidad de Conjueza de la Sala, de conformidad con el segundo inciso del artículo 270 del COGEP dispuesto que la parte recurrente aclare y complete su recurso de casación acorde a lo previsto en el artículo 267 del COGEP y en dicho auto. Mediante escrito de 28 de agosto 2023, 16h55, la parte recurrente dio cumplimiento a lo dispuesto en auto de 21 de agosto de 2023. En auto de 5 de septiembre de 2023, 12h01, la Conjueza de la Sala resolvió la admisión del recurso interpuesto en los siguientes términos: *"8.1. ADMITIR el recurso de casación presentado por la compañía BAYER S.A., por intermedio de su procurador judicial, abogado Gabriel Pinto Navarrete; por el que acusa los siguientes cargos contenidos en el caso quinto del artículo 268 del COGEP: a) falta de aplicación del artículo 138 del Código Tributario; b) falta de aplicación del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); c) falta de aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional No. 045-11-SEP-CC; d) errónea interpretación del artículo 141 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) e indebida aplicación del artículo 93 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera del COPCI; y falta de aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República"* .

2. Competencia

2.1. Mediante sorteo de la causa realizado el 22 de enero de 2024, las 14h01, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional, Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E), y José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional, Ponente en la causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero del 2021 el

Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llama a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalada con la acción de personal No. 166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021.

2.2. En virtud del acta de sorteo de 9 de febrero de 2024, mediante oficio No. 0155-SGCNJ-MMV-2024 de 9 de febrero 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 Dr. Fernando Antonio Cohn Zurita, con los mismos deberes y atribuciones del titular.

2.3. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Validez procesal

No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no adolece de nulidad alguna, por lo que se declara el proceso válido.

4. Fundamentación del recurso de casación

4.1. Para fundamentar su recurso, la compañía casacionista al referirse al artículo 138 del Código Tributario señala que los vicios de la sentencia se van configurando desde el momento en que el Tribunal de forma exegética aplica como si fuera un acto normativo el contenido de la consulta de aforo realizada por la autoridad demandada al producto "Bolfo Shampoo" por las siguientes razones: Si la consulta de aforo efectivamente fuere un acto normativo, los contribuyentes que consultan a la administración deberían tener el derecho de impugnar la consulta, pero el artículo 138 del Código Tributario, que el Tribunal dejó de aplicar, ordena que los consultantes, en este caso Bayer, *"no podrán interponer reclamo, recurso o acción judicial alguna contra el acto que absuelva su consulta".*

4.2. Por tanto, si la consulta es un acto inimpugnable por ley, y el Tribunal A quo bajo el criterio esgrimido señala que al ser un acto normativo no podría modificar su contenido, sino limitarse a su aplicación, entonces las consultas absueltas por las administraciones tributarias podrían ser resueltas en contra de norma expresa, pero bajo el criterio de ser actos normativos, el Tribunal A quo se vería en la obligación de aplicarlas sin mayor análisis. Que, lo que el Tribunal A quo está realizado al no validar la legalidad de la consulta que se aplicó por parte de la Administración Tributaria, produjo que la sentencia recaiga en vicios, en razón que se encontraba en la obligación de realizar un control de legalidad al acto impugnado, y no solo limitarse a validar la existencia del "supuesto" acto normativo.

4.3. Esto debido a que el artículo 138 del Código Tributario ordena que los contribuyentes pueden ejercer sus derechos de impugnación contra los actos de determinación, en este caso la Resolución No. SENAE-DDT-2019-0105-RE, pero en parte alguna de su texto, sobre el alcance de los efectos de la consulta, se determina que el Tribunal A quo debe aplicar la consulta como un acto normativo e irrefutable, esto porque ello limitaría el accionar de la función judicial subordinándola a la aplicación de una interpretación de un ente administrativo, que tiene intereses propios en los actos objeto de impugnación (siendo juez y parte). Que, por tanto el yerro de la falta de aplicación del artículo 138 del Código Tributario, empieza a ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia, debido a que el Tribunal A quo si lo aplicaba debía considerar que la consulta por su naturaleza de no impugnación no podía ser considerado acto normativo, y previo a su aplicación debía realizarse un control de legalidad, control que no lo efectuó al momento de resolver la causa. Con base a lo señalado, la falta de aplicación del artículo 138 del Código Tributario es determinante en la parte dispositiva de la sentencia, debido a que su falta de aplicación provocó que el Tribunal A quo no realice valoración de prueba alguna presentada por las partes y fueron aceptadas por el Tribunal, vulnerándose el derecho a la defensa de las partes.

4.4. Que, el yerro de considerar a la consulta de aforo como un acto normativo se basa en el hecho de que si efectivamente la consulta de aforo fuere un acto normativo, la presentación de una impugnación por parte de los consultantes debería ser conocida por la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo ordenado en el artículo 138 del COFJ. Que, si la consulta fuere un acto normativo, el artículo 138 del Código Tributario y el artículo 185 del COFJ entrarían en conflicto, debido a que el primero señala que la consulta es un acto inimpugnable y el segundo señala que

es competencia de la CNJ conocer las acciones de impugnación contra *"otras normas de carácter general de rango inferior a la ley"*. El yerro en el que recae el Tribunal A quo al momento de dictar sentencia y considerar a la consulta de aforo como un acto normativo, es determinante en la parte dispositiva de la sentencia, debido a que no se realiza un análisis de prueba alguna presentada por las partes, en razón de que en el numeral 8.5. de forma clara señala que no existiría pago indebido en la impugnación en: *"vista la existencia de una consulta de clasificación arancelaria, publicada en el Registro Oficial, con anterioridad a la fecha de la importación con refrendo 073-2018-10-00096882"*.

4.5. Que, en el evento que el Tribunal A quo no hubiere recaído en el yerro de considerar como un acto normativo a la consulta arancelaria, al dejar de aplicar lo ordenado en el artículo 138 Código Tributario y artículo 138 del COFJ, el efecto directo de esto hubiere sido que habría tenido la obligación de realizar el control de legalidad al acto impugnado y con ello realizar una valoración de las pruebas aportadas por las partes, con el objeto de determinar si el producto denominado "BOLFO SHAMPOO" debía ser clasificado en la subpartida arancelaria No. 3808.91.19.00 al ser un producto de "Uso veterinario", generando por tanto valores a pagar correspondientes al 0% de derechos AD VALOREM y 0% de IVA; y, no en la subpartida arancelaria No. 3307.90.90.00 correspondiente a productos "cosméticos".

4.6. Que, siendo determinante el yerro que se acusa a la sentencia, en razón que por no considerar la naturaleza jurídica del alcance de la consulta tributaria se omitió realizar el control de legalidad al acto impugnado y con ello el no valor las pruebas aportadas por las partes. Que, de validarse el criterio de que la consulta de aforo es un acto normativo, esto causaría que existiese una vulneración al principio de legalidad y seguridad jurídica, debido que ello tendría entre otros los siguientes dos efectos: a) Que la administración tributaria mediante estos actos (consulta tributaria) podría subordinar a la Función Judicial, porque la aplicación de sus criterios sería irrefutable; y, b) Que la CNJ sería la competente para conocer las impugnaciones contra estos "actos normativos", contraviniendo norma expresa contenida en el artículo 81 del Código Tributario, que refiere la inimpugnabilidad de las consultas tributarias; yerros que vulneran derechos de la actora y son claros y que crearían un precedente futuro.

4.7. Que, el objeto de la Litis se centraba en un caso en el que la arbitraria decisión de la Administración Aduanera afectó de manera directa los derechos de la actora, violentando el principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva y que en la sentencia recurrida el Tribunal A quo deja de aplicar la sentencia de Corte Constitucional No. 045-11-SEP-CC. Que, los yerros que se acusan a la sentencia recurrida dictada por el Tribunal A quo se enmarcan en la idea de sustentar que una consulta de aforo cuenta con la suficiente fuerza de ley como para interponerse sobre los derechos constitucionales, siendo que claramente la Corte Constitucional ha determinado que los actos de consulta aduanera son simplemente un "instrumento de auxilio legal" y que al ser actos administrativos no deberían surtir efectos que violen garantías constitucionales.

4.8. Que, los Jueces del Tribunal A quo al momento de dictar sentencia y no aplicar la sentencia de la Corte Constitucional señalada dentro del presente proceso tributario, tuvo como efecto que se acepte la demanda, sin realizar otro análisis o prueba que demuestre la naturaleza del producto denominado "Bolfo Shampoo" como "Producto veterinario farmacológico", como sería el informe pericial realizado por la Dra. Liliana Naranjo, que obra del proceso, en el que señala (foja 45 del proceso): *"En el caso del BOLFO SHAMPO es un PRODUCTO VETERINARIO FARMACOLOGICO que sirve para eliminar los ECTOPARASITOS externos presentes en los animales y actúa como ANTIPARASITARIO EXTERNO y NO SE CONSIDERA COSMÉTlCO que de acuerdo a la definición de productos de embellecimiento animal sirve para limpiar, perfumar, modificar su aspecto y proteger o mantenerlos en buen estado y prevenir o corregir los malos olores corno se menciona y NO ES ESTA LA ACTIVIDAD DEL PRODUCTO BOLFO SHAMPOO"*. La falta de aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional No. 045-11-SEP-CC, en la sentencia recurrida, se produce el momento que el Tribunal A quo embiste erróneamente a la consulta de aforo con la calidad de un acto normativo, cuando la Corte Constitucional ha determinado que los actos de consulta aduanera son simplemente un "instrumento de auxilio legal" y que al ser actos administrativos no deberían surtir efectos que violen garantías constitucionales.

4.9. Que, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia en varios de sus fallos ha considerado la diferencia

entre actos normativos y los actos administrativos propiamente. A los primeros los concibe como actos de carácter general contra quienes se deben interponer el recurso objetivo o de anulación por tratarse de una norma jurídica expresa, mientras que los actos administrativos de conformidad con el ERJAFE pueden ser impugnados en sede administrativa o judicial por generar efectos jurídicos individuales de forma directa al administrado. Es también importante considerar que los efectos de un acto administrativo inciden directamente sobre un sujeto en particular o sobre una comunidad, pero jamás para la generalidad de los ciudadanos como sí lo hace el acto normativo. Para los actos normativos como para los actos administrativos se debe aplicar un control de legalidad por parte de la Función Judicial del Estado para evitar arbitrariedades en la prosecución de la justicia.

4.10. Que, al momento de adoptar una postura en sentencia, el Tribunal A quo otorga a las consultas aduaneras las fuerzas de un acto normativo mediante los cuales se aprueban y expresa, de forma escrita, el establecimiento supresión o cambio de derechos y obligaciones al ser considerados normas jurídicas (tal como son la Constitución y las leyes). Que, efectuando el control de legalidad podemos ver que el artículo 132 de la Constitución establece que *"la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común"* en este sentido desde la Constitución se otorga al acto normativo el carácter general y por ello la ley es el acto normativo, aprobado por el órgano legislativo competente. Por tanto, cuando se refiere al acto normativo aquello se dirige al órgano legislativo competente en donde se origina la misma, siendo así que las leyes sean estas orgánicas y ordinarias surgen como actos normativos desde la instancia legislativa.

4.11. Que, siendo que el criterio aplicado es del acto normativo ¿Es lógico pensar que cualquier aseveración plasmada en una consulta aduanera tiene la misma fuerza de ley que una norma o que la misma Constitución?, ¿Sería correcto asegurar que no existe forma de que el criterio de la Administración Aduanera sea sometido a un control de legalidad o sea impugnable por el sujeto afectado? Que, se puede evidenciar los yerros en los que recae la sentencia recurrida, ya que no se logra evidenciar el carácter legal de una consulta aduanera; y la revisten con un poder absoluto para constituir la base de una sentencia; pasando sobre las normas especializadas, y violentando derechos y garantías constitucionales como lo son la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

4.12. Siendo que los yerros sobre la naturaleza jurídica de la consulta son claros para casar la sentencia se debe considerar lo siguiente: el Tribunal A quo realiza un vago intento para sustentar su argumentación sobre la vinculación y varios otros elementos que hacen que la consulta de clasificación arancelaria sea plena e irrefutable para dirimir controversias, para ello cita en el numeral 8.4.2. el artículo 93 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera del COPCI, y señala que la sentencia recurrida en ningún momento logra esclarecer el carácter jurídico de las consultas aduaneras, cuando considera a ésta como su único y absoluto sustento para emitir una motivación dentro del fallo. No siendo suficiente la oscuridad de criterios que maneja, además señala el carácter de obligatoriedad que una consulta aduanera tiene frente a la administración y frente al administrado, fundamento que lo sostiene cuando en la parte pertinente del numeral 8.4.2. señala: *"El dictamen de la consulta es de aplicación general y obligatoria, tanto para el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador como para el consultante".*

4.13. Que, el Tribunal A quo pudo evidenciar que la consulta es *"vinculante para la administración tributaria, así como para el consultante"*, pero llega a esta conclusión al aplicar una norma jerárquicamente inferior, esto es el artículo 93 del Reglamento del COPCI, norma que es contraria a lo ordenado por el artículo 141 de COPCI, es decir el alcance que el Tribunal A quo da a la consulta tributaria nace de la errónea interpretación que dio al artículo 141 del COPCI, debido a que si lo aplicado de forma correcta hubiere llegado a la conclusión de que el dictamen de la consulta de clasificación arancelaria únicamente es "vinculante para la administración, respecto del consultante" y no es vinculante para el que consulta porque se considera un acto inimpugnable, yerro que una vez más llevó al Tribunal A quo a aplicar la consulta sin realizar un mayor análisis a las pruebas aportadas por las partes, bajo el yerro que el consulta también es vinculante para el consultante este caso BAYER, como lo señaló en la sentencia recurrida en su numeral 8.5.

4.14. Respecto del yerro de errónea interpretación del artículo 141 del COPCI señala que coloca al administrado en un estado de vulneración de derechos como lo es a la defensa y al acceso a la justicia debido a que lo que la Administración Aduanera (independientemente del criterio

que maneje) es una decisión de última ratio que ni siquiera un órgano judicial pueden dejarla sin efecto. Por su parte, la consecuencia directa en el escenario que los yerros que se acusan a la sentencia recurrida no hubieren existido, habrían sido que en sentencia se habría ratificado que en el producto "BOLFO SHAMPOO" es un producto de uso veterinario porque así se encuentra inscrito en los registros de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro AGROCALIDAD, y en razón de que las características de este producto se subsumen en las definiciones establecidas en la Decisión 483 de la Comunidad Andina de Naciones (Anexo I), así como, en la Resolución 0003 "MANUAL PARA EL REGISTRO DE EMPRESAS Y PRODUCTOS DE USO VETERINARIO" emitida por el Director Ejecutivo de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro - AGROCALIDAD.

4.15. Que, existe una antinomia que debió haber sido resuelta por el Tribunal A quo aplicando la jerarquía normativa, esto es: a. El artículo 141 del COPCI es una ley orgánica, misma que señala que la consulta es vinculante únicamente para la administración respecto al consultante. b. El artículo 93 del RCOPCI es un reglamento, mismo que está modificando a la ley, al hacer extensiva la naturaleza vinculante de la consulta tanto a la administración, como al consultante. Este yerro de errónea interpretación artículo 141 COPCI producto de la indebida aplicación del artículo 93 que busca modificar el sentido de una norma jerárquicamente superior, colocó a Bayer en un estado de vulneración de derechos, tanto a la defensa, como al acceso a la justicia debido a que la Administración Aduanera al absolver una consulta emite una decisión de última ratio que ni siquiera un órgano judicial pueden dejarla sin efecto por las razones antes expuestas.

4.16. La correcta interpretación que debió el Tribunal A quo dar al artículo 141 del COPCI debía enmarcarse en el hecho que la consulta no es vinculante para Bayer, y por tanto si bien la consulta se constituía un elemento de la ratio decidendi, ésta no podía ser considerada un acto normativo que no permitía prueba en contrario como efectivamente realizó el Tribunal A quo, más aún cuando existían pruebas que fueron admitidas y que constan en el numeral 5.3. de la sentencia recurrida. Que, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador al inobservar que "BOLFO SHAMPOO" está calificado como "producto veterinario" por la autoridad de control y al aplicarle un régimen arancelario distinto, ha ejercido atribuciones que no son de su competencia, según los artículos 211 y 218 del COPCI, extralimitando sus facultades a la esfera que únicamente le compete al ahora Ministerio de Agricultura y Ganadería; transgrediendo además, lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador. Esto en razón que el producto "BOLFO SHAMPOO", cuenta con Registro Nacional No. 2A-B 1-2-7263-AGROCALIDAD que lo califica como un producto farmacológico de uso veterinario, mismo que obra de fojas del proceso, así como se demostró por medio del informe pericial realizado por la Dra. Liliana Naranjo, que obra a fojas 45 del proceso.

4.17. Contestación al recurso.- Corrido traslado con el recurso admitido, no se ha dado contestación alguna.

5. Problema jurídico

En base a los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, corresponde determinar si la sentencia impugnada ha incurrido en el caso quinto del artículo 268 del COGEP por falta de aplicación del artículo 138 del Código Tributario; del artículo 185 del COFJ; de la sentencia de la Corte Constitucional No. 045-11-SEP-CC, artículo 425 de la Constitución de la República; en errónea interpretación del artículo 141 del COPCI o en indebida aplicación del artículo 93 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera del COPCI.

6. Análisis del Tribunal de Casación

6.1. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, admitido por la Conjueza de la Sala, considera:

6.2. 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."*. **Falta de aplicación** *"ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia"*.

6.2.1. Las normas señaladas como infringidas son:

a) Artículo 138 del Código Tributario.- *"Efectos de la consulta.- La presentación de la consulta no exime del cumplimiento de deberes formales ni del*

pago de las obligaciones tributarias respectivas, conforme al criterio vertido en la consulta. Si los datos proporcionados para la consulta fueren exactos, la absolución obligará a la administración a partir de la fecha de notificación. De no serlo, no surtirá tal efecto. De considerar la administración tributaria, que no cuenta con los elementos de juicio necesarios para formar un criterio absolutorio completo, se tendrá por no presentada la consulta y se devolverá toda la documentación. Los sujetos pasivos o entidades consultantes, no podrán interponer reclamo, recurso o acción judicial alguna contra el acto que absuelva su consulta, ni la administración tributaria podrá alterar posteriormente su criterio vinculante, salvo el caso de que las informaciones o documentos que sustentaren la consulta resulten erróneos, de notoria falsedad o si la absolución contraviniere a disposición legal expresa. Sin perjuicio de ello los contribuyentes podrán ejercer sus derechos contra el o los actos de determinación o de liquidación de obligaciones tributarias dictados de acuerdo con los criterios expuestos en la absolución de la consulta.". **b) Artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.-** *"Competencia de las salas de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario.- (...) La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá:... Por su parte, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario conocerá: 1. Los recursos de casación en las causas en materia tributaria incluso la aduanera; 2. Las acciones de impugnación que se propongan en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quien tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas. La resolución se publicará en el Registro Oficial; y, 3. Los demás asuntos que establezca la ley.".* **c) Sentencia de la Corte Constitucional No. 045-11-SEP-CC.-** *"(...) La consulta de aforo, en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Aduanas, denota la capacidad de la administración para emitir actos administrativos con efectos generales. La consulta de aforo se constituye en un instrumento de auxilio legal a importadores y exportadores, a fin de que puedan conocer oficialmente la partida arancelaria que se aplicará a las mercaderías que se importen o exporten, es decir, dota de seguridad jurídica al conocer con anterioridad los criterios que serán aplicados por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, atinentes a la determinación arancelaria".* **d) Artículo 425 de la Constitución de la República.-** *"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".*

6.3. Errónea interpretación.- *"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".*

6.3.1. La norma señalada como infringida es: **a) Artículo 141 del COPCI.-** *"Consulta de clasificación arancelaria. Cualquier persona podrá consultar a la Directora o el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador respecto de la clasificación arancelaria de las mercancías, cumpliendo los requisitos señalados en el Código Tributario y el reglamento a este Código. Su dictamen será vinculante para la administración, respecto del consultante y se publicará en el Registro Oficial".*

6.4. *La aplicación indebida se produce (…) cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. Para Calamandrei, al vicio de aplicación indebida puede llegarse "(…) por dos distintos modos que son perfectamente aplicables en nuestra técnica: porque, o puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), o pueda padecerse equivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto".*

6.4.1. La norma señalada como infringida es: **a) Artículo 93 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera del COPCI.-** *"Absolución de la Consulta.- Las consultas aceptadas al trámite, deberán*

ser absueltas dentro del término de veinte días de formuladas. El dictamen de la consulta es de aplicación general y obligatoria, tanto para el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador como para el consultante y servirá para clasificar la mercancía materia de la consulta, importada o exportada a partir de la fecha de notificación del dictamen al consultante. La absolución de la consulta deberá ser publicada en el Registro Oficial y en la Página Web de la Institución, y servirá de referencia para otros trámites de importación o exportación de mercancías de iguales características. El criterio publicado será válido mientras no se modifique la nomenclatura determinada en la consulta".

6.5. Entre los reproches de la parte recurrente, en primer lugar se aborda el de indebida aplicación del art. 93 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPCI, que prevé que el dictamen de la consulta es de aplicación general y obligatoria, tanto para el SENAE como para el consultante.

6.6. En el párrafo 27 de su recurso, la parte actora menciona que esa aplicación indebida se dio en el apartado 8.4.2 de la sentencia. En dicho apartado el Tribunal señala que la absolución de la consulta de clasificación arancelaria es un acto normativo conforme lo ha señalado el máximo órgano jurisdiccional dentro del recurso 110-2008, en el que, a su vez, de acuerdo a lo manifestado por el recurrente, se cita el art. 48 de la Ley Orgánica de Aduana.

6.7. En este punto hay que detenerse un tanto a fin de plasmar la evolución normativa y la forma en que, antes del COPCI, se diferenciaban las consultas tributarias en general y las consultas de clasificación arancelaria.

6.8. En efecto, cuando estaba en vigencia la Ley Orgánica de Aduanas, su art. 48 previó que el dictamen del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en respuesta a una consulta de clasificación arancelaria de mercancías, tenía aplicación general y obligatoria. En cambio, los arts. 135 y 138 del Código Tributaria disponían que la absolución de la consulta *"será vinculante para la administración tributaria" // "la absolución obligará a la administración",* sin que pueda ser la absolución objeto de reclamo o acción judicial, quedando en todo caso los contribuyentes habilitados para ejercer sus derechos contra los actos de determinación o de liquidación de obligaciones tributarias dictados de acuerdo con los criterios expuestos en la absolución de la consulta.

6.9. En suma, las consultas tributarias, salvo las que correspondían a clasificación arancelaria durante la vigencia de la Ley Orgánica de Aduanas, obligan solo a la administración, esto es, si el contribuyente ajusta su conducta a lo consultado, la administración deberá garantizar el efecto que estableció en su dictamen, sin poder desconocerlo (con las excepciones que marca el art. 138 del Código Tributario); sin embargo, el contribuyente no está atado a ese criterio de la administración, pues, aunque no puede impugnar la absolución, sí puede impugnar los actos administrativos concretos que en base a ese dictamen la administración emita.

6.10. Con la expedición del COPCI, el legislador decidió modificar el efecto de las consultas de clasificación arancelaria, orientándose a un sentido similar al previsto en el Código Tributario. Así, el art. 141 dispuso que el dictamen *"será vinculante para la administración, respecto del consultante"*. Ya el dictamen no sería de aplicación obligatoria para los terceros, ni siquiera para el consultante; sino solo para la administración y exclusivamente respecto de quien había formulado la consulta.

6.11. A nivel reglamentario, burlando el evidente giro que el legislador (en el COPCI, respecto de la LOA) le había dado a los pronunciamientos aduaneros sobre clasificación arancelaria, en el art. 93 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPCI se menciona que el *"dictamen de la consulta es de aplicación general y obligatoria, tanto para el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador como para el consultante"*, teniendo para terceros un valor referencial. En suma, vulnerando el art. 425 de la Constitución, a nivel reglamentario se retornó a uno de los alcances que tenía la LOA y que el legislador había suprimido con la expedición del COPCI: que el dictamen vincule al consultante.

6.12. El dictamen específico del SENAE, según se detalla en el apartado 8.4.1 de la sentencia, fue publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 631 del 12 de julio de 2016 (que de acuerdo a la reseña que en la sentencia se hace de la contestación a la demanda, consta en oficio SENAE-DNR2015-0307-OF del 13 de marzo de 2015; lo cual puede verificarse en las páginas 204 a 212 de dicho Registro Oficial, es decir, que se trata de un dictamen emitido cuando ya estaba en vigencia el COPCI). Por tanto, fue improcedente que el Tribunal haya considerado aplicable el art. 93 del Reglamento al COPCI ya mencionado, sobre todo cuando para dicho efecto cita una sentencia que alude a una norma legal que ya no estaba en vigencia (art. 48 de la LOA), distinta a

la disposición con jerarquía de ley vigente al momento de la absolución de la consulta (art. 141 del COPCI que es diametralmente distinto).

6.13. Uno de los efectos de que el dictamen sea solo vinculante para la administración aduanera, es que esta podrá efectuar determinaciones y negar reclamos de pago indebido en función de su pronunciamiento, pero ello no impide que el contribuyente impugne dichos actos administrativos (derivados de la consulta que no vincula al importador), los que pueden ser objeto de revisión judicial, como todo acto administrativo, de acuerdo al art. 173 de la constitución.

6.14. Por tanto, sin que sea necesario analizar los restantes cargos planteados por el recurrente, y habida cuenta que el Tribunal dejó de analizar la legalidad de la resolución que negó el pago indebido, por la sola existencia del dictamen al que los jueces indebidamente le dieron el carácter de vinculante para el importador, se constata la procedencia del reproche de la parte actora.

6.15. Si el Tribunal hubiera dejado de aplicar el art. 93 del Reglamento antes citado y hubiese aplicado el art. 141 del COPCI en su recto sentido (esto es, sin la deformación que le provoca el art. 93 del Reglamento), le correspondía al Tribunal justamente analizar si existió un pago en exceso o indebido (art. 122 del Código Tributario) por un yerro de la administración tributaria en cuanto a la clasificación arancelaria, derivada de un error en el dictamen.

6.16 Por las razones expuestas, se casa la sentencia. A fin de que exista un pronunciamiento desde la fase de instancia, respecto de si existió o no pago indebido (y de que se cumpla el principio de inmediación previsto en el art. 6 del COGEP y se garantice el derecho a recurrir consagrado en el art. 266 del COGEP, respecto de dicho asunto que no se abordó en Tribunal), se dispone los mismos jueces del Tribunal emitan sentencia en función de las pruebas practicadas.

7. Decisión

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 CASAR** el fallo impugnado y que se dé cumplimiento a lo detallado en el apartado 6.16 de la presente sentencia.

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.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) DR. FERNANDO ANTONIO COHN ZURITA **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 considera procedente el cargo de indebida aplicación del art. 93 del Reglamento del Título de Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPCI (que contraría el art. 141 del COPCI), en que el Tribunal se amparó para darle un efecto vinculante al consultante de la clasificación arancelaria de un producto. La Sala determinó que no siendo vinculantes los dictámenes para los consultantes, estos pueden impugnar los actos administrativos que se basen en las absoluciones de consulta, al amparo del art. 173 de la Constitución.

Gaceta Judicial

Número 9 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *10281-2017-01559*
Fecha: *martes 2 de enero 2024, las 15h43*

TEMA: Peculado. Análisis doctrinario de delito.

SÍNTESIS

En la presente resolución, la Sala de casación rechaza los recursos de casación interpuestos por los procesados, y, para llegar a tal determinación, estudia la tipicidad del delito de peculado, y determina que los hechos del caso concreto se adecúan a la norma, además, estudia el carácter excepcional de la declaratoria de nulidad procesal, prevista en el artículo 650.10 del COIP; asimismo, destaca la importancia de la especificidad y la necesidad de que los argumentos esgrimidos por los recurrentes se concreten al cargo planteado; finalmente, el suscrito Tribunal establece; que la reparación integral no debe ser entendida como una pena. En detenido análisis, se desvirtúan todos los argumentos *in procedendo e in judicando* esgrimidos por los recurrentes.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 10281-2017-01559

Juez Ponente: Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, martes 2 de enero 2024, las 15h43.
En la presente resolución, el infrascrito Tribunal rechaza los recursos de casación interpuestos por los procesados, y, para llegar a tal determinación, estudia la tipicidad del delito de peculado, y determina que los hechos del caso concreto se adecúan a la norma, además, estudia el carácter excepcional de la declaratoria de nulidad procesal, prevista en el artículo 650.10 del COIP; asimismo, destaca la importancia de la especificidad y la necesidad de que los argumentos esgrimidos por los recurrentes se concreten al cargo planteado; finalmente, el suscrito Tribunal establece que la reparación integral no debe ser entendida como una pena.
VISTOS.- En audiencia de 07 de julio de 2023, el suscrito Tribunal declaró la improcedencia de los recursos de casación interpuestos por los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, procesados; por ese motivo, conforme lo dispuesto en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República (en adelante, CRE); 5.18, 560.4 y 621 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), se reduce a escrito la mentada decisión, al tenor de las siguientes consideraciones:

PRIMERO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

1.1 El Consejo de la Judicatura, en ejercicio de las potestades conferidas en los artículos 181.3 de la CRE y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, con la finalidad de renovar la Corte Nacional de Justicia, por tal razón, una vez concluido este proceso, emitió la Resolución No. 08-2021, designando a las nuevas Juezas y Jueces que se integraron al máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país; por su parte, la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución No. 02-2021, de 05 de febrero de 2021, integró sus distintas salas especializadas.
1.2 El 23 de junio de 2023, las 10h46, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 160.1 del COFJ, y el artículo 1.b) de la Resolución No. 04-2021, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, conformó el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, mediante resorteo, designando a los doctores Marco Rodríguez Ruiz, Walter Macías Fernández y Felipe Córdova Ochoa, Jueces Nacionales.

1.3 El doctor Felipe Córdova Ochoa interviene en la presente causa en calidad de Juez Nacional ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del COFJ.

1.4 La Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de casación, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7. k) de la CRE; 184 y 186.1 del COFJ; y, 656 y 657 del COIP.

1.5 La infracción imputada a los recurrentes, los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO,** se materializó en el territorio ecuatoriano, por tal razón, el prenombrado ciudadano se encuentra sometido a la jurisdicción penal ecuatoriana, de conformidad con lo prescrito en el artículo 398 del COIP.

1.6 En razón de los antecedentes expuestos, se colige que el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación planteados por los procesados.

SEGUNDO:
LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA *IN EXAMINE* Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1 En audiencia de 25 de octubre de 2017, celebrada ante el juez de la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, Fiscalía formuló cargos en contra del señor **GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO,** por considerar que cuenta con los indicios suficientes, para imputar al prenombrado ciudadano la comisión del delito de peculado, tipificado en el artículo 278 del COIP. Es decir, el proceso *sub judice* inició con vigencia del COIP[1]; por consiguiente, el medio de impugnación interpuesto por la encausada debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en este cuerpo normativo.

2.2 El proceso penal signado con el número **10281-2017-01559** ha sido tramitado conforme las reglas adjetivas previstas en el COIP; por tal razón, al no haber sido alegada por los sujetos procesales, o detectada por este Tribunal, se descarta la existencia de una omisión sustancial, que determine la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 652.10 del COIP; por lo que, se declara la validez de todo lo actuado en esta causa.

TERCERO:
ANTECEDENTES.

3.1 Hechos.

La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, por unanimidad, emitió la sentencia de 30 de noviembre de 2018, en la cual, fijó la siguiente secuencia fáctica:

> "...En el caso que se analiza y se juzga tenemos que los procesados Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja, que desempeñaba las funciones de Digitador-Bodeguero de la Unidad Nacional de Almacenamiento y a su cargo estaba la entrega de la urea que el Estado ecuatoriano, a través del MAGAP entregaba con subsidio a los pequeños agricultores, previa aprobación del ahora coprocesado Segundo Ricardo Guachalá Benítez, que formulaba los pedidos y los autorizaba para que finalmente concurra el agricultor a solicitar el despacho de la Urea previo un depósito de 10 USD por quintal; mas, por la demanda de urea, los procesados en este juicio vendían a 13 USD, de los cuales 10 USD se depositaba en el Banco Nacional del Fomento y los 3 USD se repartían entre Segundo Ricardo Guachalá Benítez, Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja y Aida Lucia Molina, cada dos días, en la misma oficina o de acuerdo a la cantidad de urea que se despechaba cada semana. Además, mediante documentación falsa organizaban carpetas de solicitud de urea que las aprobaba Segundo Ricardo Guachalá Benítez; Aida Lucia Molina ingresaba al Sistema esos pedidos que constaban en esas carpetas; finalmente Segundo Ricardo Guachalá Benítez aprobaba esas carpetas inconsistentes, que contenían información y documentación falsa, habiéndose dispuesto en su provecho los procesados la cantidad de 5.256 USD que era la diferencia que les quedaba a ellos en razón de que el valor que debería cobrarse a los agricultores por cada saco de urea era el de 10 USD y ellos lo vendía a 13 USD. A más de esto los procesados vendieron 617 sacos de urea al valor de 34. 50 USD que les dio un valor total de 21.286.50 que lo utilizaron en su exclusivo y propio beneficio, contando para ello con documentación falsa que supuestamente era presentada por los

[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.

agricultores beneficiarios de la urea, conforme se dejó expuesto en los considerandos precedentes de esta sentencia, vale decir jamás se entregó esta cantidad de urea a los beneficiarios...".

3.2 Antecedentes procesales.

3.2.1 En audiencia de 25 de octubre de 2017, celebrada ante el juez de la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, Fiscalía formuló cargos en contra del señor GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO, por considerar que cuenta con indicios suficientes para imputar a este ciudadano la comisión del delito de peculado, tipificado en el artículo 278 del COIP, por ese motivo, en esta diligencia, se dio inicio a la etapa de instrucción fiscal, por un tiempo de noventa (90) días. Posteriormente, en audiencia de 25 de enero de 2018, Fiscalía vinculó a la instrucción fiscal al señor SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ, por ese motivo, el tiempo de la instrucción fiscal aumentó en treinta (30) días.

3.2.2 Luego, mediante providencia de 17 de mayo de 2018, la Unidad de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO**, en relación al delito tipificado en el artículo 178 del COIP.

3.2.3 El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, en sentencia de primera instancia, dictada el 04 de octubre de 2018, las 14h20, declaró la responsabilidad penal de los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO,** por considerar que adecuaron su conducta a la hipótesis fáctica del delito de peculado, tipificado en el primer inciso del artículo 257 del Código Penal; sin embargo, por considerar acreditadas las atenuantes previstas en el artículo 29, numerales 5, 6 y 7 ibidem, y, por someterse a la cooperación eficaz, el mentado órgano jurisdiccional impuso a **GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO** la pena de un año con seis meses de reclusión mayor ordinaria, mientras que, a **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ**, le impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, en razón de la de la verificación de las atenuantes antes referidas.

3.2.4 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO, procesados,** interpusieron recurso de apelación, por ese motivo, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, mediante sentencia de 30 de noviembre de 2018, las 15h39, resolvió rechazar este medio de impugnación, y confirmar en todas sus partes el fallo de primer nivel.

3.1.5 En el ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO, procesados,** plantearon recurso extraordinario de casación, en contra del fallo dictado por el Tribunal de segunda instancia, por lo que, mediante providencia de 10 de diciembre de 2018, las 14h35, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia Imbabura, concedió el recurso de casación a los encartados, y remitió el proceso a la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

3.1.6 Mediante providencia de 27 de junio de 2023, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación de sus medios de impugnación.

CUARTO:
DEBATE SUSCITADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS POR LOS SEÑORES SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO, PROCESADOS.

4.1.-Fundamentación de los recursos de casación.

4.1.1 Segundo Ricardo Guachala Benítez, procesado.- Conforme se desprende del audio y del acta de la audiencia desarrollada ante el infrascrito Tribunal, el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez, por intermedio de su defensa técnica, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que impugna la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre del 2019.
- Que los hechos se dieron cuando el abogado Franklin Patricio Chávez presentó una denuncia, por presuntas irregularidades en la autorización, comercialización y entrega de urea, dentro de un programa del Gobierno para agricultores de escasos recursos económicos, en la Unidad Nacional de Almacenamiento del Ministerio de Agricultura y Ganadería, donde laboraba su patrocinado, desde el año 1986 hasta el año 2015.
- Que Fiscalía solicitó una auditoría especial, en la cual, se establecieron presuntas

responsabilidades penales, tanto de su patrocinado, como del otro procesado.

- Que las nulidades totales o parciales no se presentan en sede de casación, sin embargo, en el artículo 652.10 literal a) y b) del COIP, se determina que se puede declarar la nulidad por falta de competencia del juez, y porque la sentencia no reúna los requisitos exigidos por la ley, esto es, el artículo 622.11.
- Que, en la sentencia impugnada, no consta la firma del doctor Olavo Hernández Hidrobo, y, respecto a ello, a fojas 36 del expediente consta una razón actuarial, donde se indica que el mentado juez habría solicitado licencia de vacaciones, desde 26 al 28 de noviembre de 2019; sin embargo, la sentencia impugnada es del 30 de noviembre.
- Que el remedio para suplir la falta de firma del juez es la declaratoria de nulidad, desde la audiencia de fundamentación del recurso de apelación.
- Que el fundamento para solicitar la nulidad es el artículo 76.3 de la CRE, y el artículo 129.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el artículo 76.7.a) de la CRE, es decir, ser juzgado por un juzgador competente, independiente e imparcial, al tenor también del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- Que sin la firma del señor juez, doctor Olavo Hernández Hidrobo, el Tribunal de la Sala Multicompetente de Ibarra no se integró debidamente, lo que impide que la sentencia surta efectos.
- Que lo expuesto contraviene el artículo 1 de la CRE, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el sistema procesal penal como medio de realización de la justicia, del artículo 169.
- Que plantea además la indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal, cuando debió aplicarse el artículo 5.3 del COIP, y, por supuesto, el artículo 304.a) del Código de Procedimiento Penal anterior, en relación al artículo 619.5.
- Que el yerro se encuentra en la parte resolutiva de la sentencia y en el considerando décimo primero, donde se determinó que su patrocinado cometió el delito de peculado, adecuando su conducta al tipo penal del artículo 257, hoy artículo 278 del COIP.
- Que, en el fallo impugnado, se indicó que su patrocinado autorizó, cuando eso no es verdad, pues, quien autorizaba era el director del Ministerio de Agricultura y Ganadería en Imbabura, también el director zonal de la Unidad Nacional de Almacenamiento.
- Que, en el considerando décimo primero de la sentencia recurrida, se determinó que su patrocinado tiene la presunción de participación, ello no se traduce en una valoración conforme al artículo 457 del COIP, de aplicar las leyes más favorables, ya que el proceso inició en torno a unos hechos, que se habrían verificado desde el primero de enero del año 2010, hasta el 31 de agosto del año 2013.
- Que, en este sentido, se hizo una indebida aplicación de este artículo, sin considerar que no existió el dolo.
- Que, en el acápite octavo del fallo impugnado, se menciona al perito contable, señor Perito Darwin Enríquez, quien manifiesta en forma concreta que no se pudo establecer perjuicio alguno, y tampoco se pudo establecer ningún tipo de beneficio en relación a su patrocinado, y entiendo también al otro recurrente.
- Que por ello, no se puede adecuar la conducta de su defendido al tipo penal, pues, no se hizo una apropiación para él, para su familia, o para terceras personas.
- Que no se analizaron los verbos rectores del tipo penal.
- Que, además, se contravino expresamente lo dispuesto en el artículo 457 del COIP. Que este yerro está en el acápite décimo primero de la sentencia recurrida.
- Que el remedio para este yerro está en dictar una sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 304.a) del Código Penal anterior, y el artículo 619.5 del COIP.
- Que, en el fallo impugnado se determinó que su patrocinado intervino en el hecho como autor directo, de acuerdo al artículo 42.1, es decir, se efectuó una interpretación extensiva, prohibida en el artículo 4 del Código Penal, y prohibida en el artículo 13 del COIP.
- Que, en ese tiempo, no existía la autoría directa, existía el autor, el cómplice y el encubridor.
- Que se contravino expresamente esta disposición, porque no se analizó la legalidad y la autenticidad de las pruebas.
- Que el fallo recurrido descontextualizó los hechos y las pruebas, dictando una sentencia ad hominem, en contra del principio *pro personae*, en contra del sistema garantista y del derecho penal mínimo.
- Que, en el considerando décimo primero se realizó un recuento del desfile probatorio del Tribunal A-quo, sin considerar si existe o no, lo dispuesto en el artículo 455 del COIP.
- Que no existe un silogismo jurídico para llegar a la conclusión.

- Que, en el acápite octavo de la sentencia, no se consideró lo dispuesto en la garantía del artículo actual 507.1, anterior artículo 140.3, es decir, la declaración del procesado como medio de prueba, como medio de defensa a su favor.
- Que, en el caso de que no se dicte la nulidad, se case la sentencia en base a los argumentos esgrimidos.

4.1.2 Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, procesado.- Conforme se desprende del audio y del acta de la audiencia desarrollada ante el infrascrito Tribunal, el señor Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, por intermedio de su defensa técnica, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que impugna la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, el 30 de noviembre del 2018.
- Que plantea la contravención expresa al texto de los artículos 77.14 de la CRE; 5.7 y 652.7 del COIP, que regentan el principio constitucional y procesal del *non reformatio in peius.*
- Que el yerro se encuentra en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el numeral quinto, donde se determina que los sentenciados, por concepto de reparación integral, deben restituir por partes iguales el valor de 26.542,50 dólares, en dinero efectivo, a la Unidad Nacional de Almacenamiento, en el plazo de 30 días, una vez que se ejecutoríe la sentencia.
- Que el valor detallado resulta del análisis que consta en el considerando décimo primero de la sentencia, que modificó el valor señalado en el fallo de primera instancia, que determinó que los procesados deben restituir la suma de 5.256 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, que es producto de la venta irregular de los 1572 sacos de urea subsidiada por el Estado, pues los mismos se vendían a 13 dólares a los agricultores, siendo el valor real subsidiado de 10 dólares.
- Que, en mérito de una colaboración eficaz de su patrocinado, se estableció la verdad de los hechos y el modus operandi, a través del cual, se perpetró el ilícito, determinándose que los procesados vendían la urea, que tenía un valor de 10 dólares, a 13 dólares, los 10 dólares se hacían consignar en la cuenta de la entidad pública, y los 3 dólares eran repartidos entre los partícipes.
- Que los 1.572 quintales de urea, por 3 dólares, nos da un aproximado de 5.000 dólares, que estableció el juzgador de primer nivel.
- Sin embargo, siendo los únicos recurrentes, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura hace una corrección de cálculo, incrementando el monto de reparación integral a 26.000 dólares, sin hacer un análisis específico del por qué se llegó a esa conclusión.
- Que se ha incurrido en la prohibición establecida en las normas antes referidas, violando su texto por contravención expresa, por lo que, se ha cumplido con los principios de taxatividad, especificidad, trascendencia, del recurso de casación.

4.2 Contradicción.

4.2.1 Fiscalía General del Estado.- La delegada de la Fiscal General del Estado, con la finalidad de contradecir los planteamientos esgrimidos por el procesado, explicó en lo principal lo siguiente:

- Que, en virtud del principio de acierto y legalidad, se presume la estricta legalidad de los elementos fácticos y probatorios, que ya fueron analizados por la Corte de apelaciones.
- Que, en cuanto pedido de nulidad de la defensa técnica del señor Guachala, se debe destacar que el recurso de casación tiene pro finalidad verificar la correcta aplicación de las normas jurídicas en la sentencia impugnada.
- Que tenemos jurisprudencia de la Corte, que determina que, cuando se haya dictado la sentencia, y uno de los jueces, en el momento de notificar la sentencia por escrito, no se encuentra presente, la sentencia no carece de ninguna nulidad.
- Que no existe falta de competencia, ni existe infracción de los artículos 76.3 y 76.7.a) de la CRE.
- Que no se ha violado el derecho de la defensa en ninguna de las etapas.
- Que el señor Guachala autorizaba la venta de la urea que costaba 10 dólares, en 13 dólares, para que los 3 dólares sea beneficio de los procesados y otra persona; de esa forma, perjudicaron al Estado, y cumplieron con los verbos rectores del artículo 257 del fenecido Código Penal.
- Que los procesados abusaron de su cargo, para arbitrariamente disponerse de 3 dólares por cada funda de urea, por ende, actuaron con dolo, conciencia y voluntad.
- Que la defensa técnica del señor Guachala pretende que se vuelva a valorar la prueba, lo cual, por disposición legal está vedado al Tribunal de Casación.
- Que la defensa del señor Guachala también se ha referido a un peritaje, el cual, según aseveró en su fundamentación, habría concluido que no existe perjuicio para el Estado, sin embargo, en la sentencia existe claramente la disposición de reparación integral, por el valor del cual se han dispuesto los procesados recurrentes en este

caso, por ende, no habría una indebida aplicación del artículo 457 del COIP.
- Que en la sentencia no existe una pizca de duda, respecto a la conducta de los procesados.
- Que los jueces de instancia adecuaron correctamente los hechos al derecho.
- Que la defensa técnica del señor Guachala no cumplió el principio de trascendencia, por esa razón, solicita que se declara improcedente su recurso.
- En cuanto al recurso del señor Gustavo Abelardo Idrobo Albuja, que ha indicado que existe una contravención expresa del artículo 77.14 de la CRE, el artículo 5.7 del COIP y el artículo 652 de la misma norma jurídica, porque su pena ha sido agravada: eso no es correcto.
- Que la defensa técnica arguyó que existiría una contravención expresa, empero, la contravención expresa se verifica cuando, a los hechos, se aplica una norma que no tiene relación, lo cual, no ha sucedido.
- Que los hechos se adecuan correctamente al derecho.
- Que, igualmente, el recurso de casación del señor Gustavo Idrobo no cumplió con el principio de trascendencia, por lo que, solicita que se declare improcedente este recurso de casación.

4.3 Réplica.

4.3.1 Segundo Ricardo Guachala Benítez, procesado.

En el ejercicio del derecho a la réplica, la defensa técnica de la señor Segundo Ricardo Guachala Benítez, expresó en lo principal lo siguiente:
- Que existe falta de competencia, y ratifica su pedido de nulidad, por violación del artículo 32 del COFJ, debido proceso, garantías judiciales, e incluso, del plazo razonable.
- Que debe hacer mención al principio de legalidad del artículo 76.3 de la CRE, asimismo, a la tutela judicial efectiva.
- Que se vino abajo el artículo 66, de derechos, libertades y garantías de la institución. Que debe manifestar que esto afecta al artículo 82, es decir, a la legalidad, fundamentalmente, a lo que dispone las normas sobre la legalidad.
- Que la potestad de administrar justicia emana del pueblo, y esta se la ejerce a través de los señores jueces, en este caso, no se cumplió por parte de los señores jueces, por el tiempo.
- Que a Fiscalía debe indicarle que nunca se debe entender a la casación de forma subjetiva, es decir, autística.
- Que, una vez más, solicita que se declare la nulidad y se case la sentencia.

4.4 Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, procesado.

En el ejercicio del derecho a la réplica, la defensa técnica del señor Segundo Ricardo Guachala Benítez, expresó en lo principal lo siguiente:
- Que la señora fiscal ha definido la indebida aplicación, y no la contravención expresa.
- Que los jueces de la Sala Multicompetente de Imbabura han omitido la aplicación de los preceptos legales y constitucionales previstos en el artículo 76.14 de la CRE, el artículo 5.7 del COIP y el artículo 652.7 del COIP, que regentan la prohibición del principio *non reformatio in peius*.
- Que solicita que el recurso de casación sea aceptado.

QUINTO: CONSIDERACIONES EN TORNO AL RECURSO DE CASACIÓN.

5.1 Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República[2], el principio dispositivo rige *"...la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias..."*; este principio impone a los jueces el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los argumentos esgrimidos por las partes procesales, por tal razón, en sede de casación, los jueces no pueden pronunciarse fuera del límite fijado por los planteamientos que los recurrentes han desarrollado en la correspondiente audiencia, excepto, cuando del debate desarrollado entre las partes procesales, se desprende la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 657.6[3] del COIP, o, cuando se precise el ejercicio de tal potestad, por adolecer el fallo impugnado de un error trascendente, y a todas luces, evidente. Dicho esto, consideramos pertinente realizar las siguientes consideraciones, en torno a la naturaleza del recurso de casación:

[2] Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

[3] Art. 657.- Trámite.- El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.

5.2 El recurso de casación es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segundo nivel, por tal razón, en el caso concreto, la labor intelectiva del infrascrito Tribunal debe circunscribirse en el contenido de la **sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre de 2018, las 15h39.**

5.3 El control de legalidad efectuado en sede de casación, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables la correcta aplicación de la ley en la resolución del asunto litigioso (artículos 76.1 y 172 de la Constitución de la República[4]), y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este examen no supone el inicio de una nueva instancia, ya que, no otorga a los Jueces la facultad de modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales (artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, segundo inciso[5]); estas facultades le corresponden privativamente a los Jueces de instancia (artículo 10 del COFJ[6]); por ese motivo, Roxin señala que: *"...[l]a casación es un recurso limitado, dado que, solo permite el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal..."* [7].

5.4 Sin embargo, no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, dado que, el carácter limitado de este medio de impugnación, impone al recurrente la obligación de justificar que la lesión al ordenamiento jurídico deviene de un vicio *in iudicando*, es decir, un vicio originado en el raciocinio del juzgador, al momento de aplicar o interpretar el derecho sustantivo en la resolución de la causa, ya sea, por no considerar la norma jurídica pertinente, por emplear una norma jurídica distinta a la que correspondía, o, por deformar el alcance de la norma jurídica aplicada en el fallo objetado (artículo 3490 del Código de Procedimiento Penal, primer inciso). De manera coincidente con los postulados fijados en nuestro ordenamiento jurídico, Humberto Murcia Ballén, citado por Germán Pabón Gómez, señala que, *"...por cuanto el error, desde el punto de vista jurídico, es la falsa declaración de la voluntad de la ley, relativa a la cuestión controvertida, los vicios in iudicando, también llamados vicios de juzgamiento, son los yerros en que incurre el juez al dirimir el conflicto, ya sea porque elige mal la norma sustancial, lo que conduce a aplicar un texto impertinente, dejando de aplicar el que corresponde, o a aplicar éste, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene..."* [8]. Además, para que un recurso de casación prospere, el yerro *in judicando* debe ser trascendente, es decir, debe tener tal incidencia, que, de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido sustancialmente distinta.

5.5 Para finalizar esta digresión, resulta necesario señalar que, si bien no constituyen materia de casación, los vicios de procedimiento, o errores *in procedendo,* pueden ser analizados por el Tribunal de casación, en razón de la regla prevista en el artículo 652.10 del COIP, que establece lo siguiente: *"...si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso…"*. Insistimos, los yerros *in procedendo* no constituyen propiamente cargos de casación, sin embargo, pueden ser estudiados, siempre que representen la violación al derecho sustantivo [9],

---

[4] Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...).
Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (...).

[5] Art. 349.- Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.
No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

[6] Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad.- (...) La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

[7] ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal* Penal, Editores El Puerto: Buenos Aires-Argentina. P. 466.

[8] PABÓN GÓMEZ, Germán; (2022). *De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio*, Ibañez: Bogotá-Colombia. P. 43-44.

[9] Violación a la garantía de juez competente (art. 652.120.a) del COIP). Violación a la garantía de motivación de la sentencia (art. 652.10.b) del COIP). Violación del derecho a la defensa (art. 652.10.c) del COIP).

y que el yerro se ajuste a las exigencias legales y jurisprudenciales[10].

5.6 En razón de las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, se determina que el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación coloca al recurrente en la obligación de observar las siguientes exigencias, al momento de fundamentar su recurso:

- Los errores susceptibles de casación, por regla general, son los denominados errores *in iudicando* (excepcionalmente los errores *in procedendo)*, por tal razón, la hipótesis planteada en esta sede, debe ser construida mediante la confluencia de la violación a una norma jurídica sustantiva, y la adecuación de dicha transgresión a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP (principios de especificidad[11] y taxatividad[12]).
- El yerro *in iudicando* planteado en sede de casación debe sustentarse a la luz de los principios de autonomía[13], trascendencia[14] y no debate de instancia[15].

SEXTO:
PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LOS CASACIONISTAS.

6.1 Partiendo de los presupuestos desarrollados en el apartado que antecede, al infrascrito Tribunal le corresponde realizar un estudio, que se circunscriba en los argumentos esgrimidos por los impugnantes en la audiencia de fundamentación de sus recursos de casación, con la finalidad de extraer de dichos argumentos, los problemas jurídicos que deben ocupar el análisis del infrascrito Tribunal. En tal virtud, corresponde señalar que, del estudio de los planteamientos esgrimidos por la defensa técnica de la casacionista, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

i. ¿La sentencia impugnada, incurrió en una causa de nulidad procesal?

ii. ¿La sentencia impugnada, incurrió en la indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal?

iii. ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP?

iv. ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 77.14 de la CRE, y los artículos 5.7 y 652.7 del COIP?

SÉPTIMO:
RESPUESTA RAZONADA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR LOS CASACIONISTAS.

7.1 ¿La sentencia impugnada, incurrió en una causa de nulidad procesal? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez.

7.1.1 Sobre el alcance de la nulidad procesal.- El artículo 1 de la Constitución de la República establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en el cual, la vigencia, respeto y garantía de los derechos fundamentales constituyen el fundamento de la actividad estatal. Entre los derechos consagrados en la carta magna, están aquellos que cobran importancia dentro de los procesos judiciales, como son, la tutela judicial efectiva, el debido proceso[16], y la

---

[10] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017, que establece una regla de precedente, para la aplicación del artículo 652.10.c) del COIP, determinando que: *"para declarar la nulidad de un proceso en materia penal, en razón de la causal c) del número 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, será necesario que la judicatura enuncie de forma explícita la norma o normas procesales penales cuya inobservancia habría ocasionado la violación de trámite; así como, la pertinencia de su aplicación a dicho trámite, como análisis previo a determinar si dicha violación de trámite acarreó o no una violación del derecho a la defensa; y, como análisis posterior, las razones por las cuales la violación de trámite tuvo influencia en la decisión de la causa".*

[11] Esto es, la necesidad de que el recurrente identifique la norma jurídica transgredida.

[12] Esto es, la necesidad de que el recurrente adecúe la violación de la norma jurídica identificada, a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP.

[13] Es necesario que cada cargo de casación posea una argumentación independiente.

[14] Se requiere que el yerro alegado haya tenido incidencia en la decisión de la causa.

[15] El recurrente no puede incurrir en pedidos que involucren la valoración de la prueba, o la modificación de los hechos fijados en el fallo impugnado.

[16] Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la Corte Constitucional* ha expuesto:"(…) En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales)(…) Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma *in pejus,* y el doble procesamiento por el mismo hecho etc." (Caso 002-08-CN, Registro Oficial Suplemento 602, de 1 de junio de 2009).

seguridad jurídica[17]; estos derechos se encuentran consagrados en los artículos 75, 76 y 82 del texto constitucional. Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal, aplicable desde la esfera procesal al caso *in examine,* contiene un sinnúmero de garantías normativas, encaminadas a materializar la tutela judicial, la seguridad jurídica y el debido proceso; así, en el ámbito de la impugnación procesal, el artículo 652 del mentado cuerpo de leyes, desarrolla la siguiente regla:

> Art. 652.- Reglas generales.- La impugnación se regirá por las siguientes reglas: (...) 10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, **estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso** desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. **Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.** Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento: **a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición.** b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código. c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. (Énfasis añadido).

7.1.2 Este precepto jurídico otorga a los jueces la facultad de declarar la nulidad de la causa, cuando uno de los sujetos procesales haya ocasionado un vicio *in procedendo* en su sustanciación, es decir, cuando haya violado una norma que regula la tramitación del proceso. Pero ¿Qué debemos entender por nulidad? La nulidad es *"...una sanción que resta eficacia o priva de sus efectos al acto o a los actos procesales irregulares..."* [18]; por tal razón, el efecto que produce la nulidad, se manifiesta en la regresión del proceso, hasta el momento de la violación a la ley.

7.1.3 La nulidad se relaciona con los siguientes aspectos: *"...con un defecto de forma en el ejercicio o desarrollo del acto procesal; con una sanción al acto irregular; con el incumplimiento de algún requisito que la ley prescribe para la validez del acto; con la sanción civil o penal que la ley establece como reacción a la violación del procedimiento establecido; con una consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos; con un estado de anormalidad del acto; con una privación de efectos imputada a los actos del proceso, una sanción de ineficacia con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad…"* [19].

7.1.4 El ejercicio de esta potestad, es decir, la declaración de nulidad procesal, se caracteriza por su excepcionalidad, pues, de conformidad con el principio de formalidad condicionada, consagrado en el artículo 169 de la Constitución de la República, el *"…sistema procesal es un medio para la realización de la justicia..."*; por consiguiente, la mera inobservancia de formalidades procesales, no puede afectar a la recta administración de justicia. Incluso, para salvaguardar este interés, nuestro ordenamiento jurídico otorga a los jueces la facultad de convalidar los vicios *in procedendo*, cuando éstos involucren la inobservancia de meras formalidades; circunstancia que se desprende del contenido del artículo 130.8 del Código Orgánico de la Función Judicial:

> "Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones

[17] Sobre la seguridad jurídica, la Corte Constitucional, en sentencia No. 021-10-SEP-CC de fecha 11 de mayo del 2010 indica lo siguiente: "Es la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho, sin embargo, la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico. Esta Corte estima que la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de la normatividad jurídica en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas normas sean justas y provoquen desenlaces justos, y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta" (Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0585-09-EP).

[18] VAZQUEZ ROSSI, Jorge (1997). *Derecho Procesal Penal, Tomo II.* Rubinzal Culzoni: Buenos Aires-Argentina. p. 483.

[19] CARRASCO POBLETE, Jaime (2011). *La Nulidad Procesal Como Técnica Protectora de los Derechos y Garantías de las Partes en el Derecho Procesal Chileno.* Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 18 - Nº 1, 2011. pp. 49-84.

> jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión (...)".

7.1.5 La doctrina también ha destacado el carácter excepcional de la nulidad, por ese motivo, se considera pertinente acudir a los postulados esgrimidos por los estudiosos del Derecho, en torno a este instituto procesal. En este orden de ideas, vale destacar el criterio de Enrique Véscovi, quien sostiene que la regla general es la validez del proceso, y la excepción, la nulidad[20]. Asimismo, Jesús Hernández Galilea refiere que la nulidad constituye una *"...técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos —o cuya producción se pretende— por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección..."* [21]. Para Wilmer Quispe Umasi, la nulidad procesal *"...es la consecuencia jurídica, de carácter excepcional, producida por un vicio o defecto trascendente en la estructura de un acto procesal, que afecta su validez y genera la deconstitución de sus efectos..."* [22] . Claus Roxin, en su obra sobre Derecho Procesal Penal, explica que la nulidad prospera solo *"...en casos excepcionales e infrecuentes en los que la subsistencia de una sentencia fuera directamente intolerable por violar el espíritu de la StPO*[23] *y principios elementales del orden jurídico..."* [24].

7.1.6 En el ámbito nacional, Jorge Zavala Baquerizo ha referido que: *"...la nulidad es ante todo una declaración de voluntad proveniente del órgano jurisdiccional penal, provocada de oficio, o a petición de parte, por la cual, deja sin efecto jurídico, total o parcialmente, un proceso penal sustanciado sin respetar las solemnidades esenciales, (…) para la iniciación, trámite y conclusión del proceso penal..."* [25]. Igualmente, al referirse a la nulidad, el tratadista Ricardo Vaca Andrade explica que: *"...la causa de nulidad [debe influir] en la decisión de la causa (...) es decir, [debe ser] esencial o determinante como para afectar la recta administración de justicia, o para perjudicar, sobre todo, los derechos del procesado acusado, principalmente, aquellos que tienen que ver con el debido proceso..."* [26]. En idénticos términos, Armando Cruz Bahamonde ha referido que: *"...la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad..."* [27].

7.1.7 Estas referencias doctrinarias resultan pertinentes, pues, la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido expresa y categóricamente el carácter excepcional de la nulidad, al declarar que *"...si bien la nulidad es una institución que persigue un fin constitucionalmente válido, y lo hace de manera idónea, no siempre será una medida necesaria y proporcional, en relación al efecto de retardo en la administración de justicia que indefectiblemente causa..."* [28].

7.1.8 En definitiva, la violación a una norma jurídica de carácter procedimental da lugar a la declaratoria de nulidad; sin embargo, el ejercicio de esta potestad jurisdiccional es excepcional, por tal razón, en el artículo 652.10 del COIP, el legislador ha incorporado las siguientes causales taxativas:

a) Falta de competencia de la o el juzgador.
b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en el COIP.
c) Cuando exista violación de trámite.

7.1.9 En el caso concreto, la defensa técnica del procesado ha solicitado que se declare la nulidad

---

[20] VÉSCOVI, Enrique (2006). Teoría General del Proceso. Editorial Temis: Bogotá-Colombia. p 264.
[21] HERNANDEZ GALILEA, Jesús (1995). La Nueva Regulación de la Nulidad Procesal. Editorial Forum: Barcelona-España. p. 66.
[22] QUISPE UMASI, Wilmer (2016). La Nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal: Alcances de la Capacidad Nulificante del Tribunal Superior. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. 6(1), 2016 (ISSN 2072-7976), pp. 125.
[23] Código de Procedimiento Penal.
[24] ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal (2000). Editores del Puerto: Buenos Aires-Argentina. p. 442.
[25] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2007). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX. Editorial Edino: Guayaquil-Ecuador. p. 321.
[26] VACA ANDRADE, Ricardo (2020). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo I. Ediciones Legales: Quito-Ecuador. P. 745.
[27] CRUZ BAHAMONDE, Armando (2001). Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil. pág. 274.
[28] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017.

procesal, por cuanto, la sentencia de segunda instancia habría inobservado el requisito establecido en el COIP, específicamente, en el artículo 622.11, y ello, en razón de que uno de los integrantes del Tribunal de apelación, no firmó físicamente el fallo impugnado; por ese motivo, el recurrente ha planteado además la falta de competencia del Tribunal ad-quem.

7.1.10 Ahora bien, de la revisión del expediente judicial[29] se tiene que, por debida diligencia[30], el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, mediante providencia de 03 de junio de 2019, dispuso que, por intermedio de secretaría, se oficie a *"...la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, a fin de que certifique por qué no consta la firma del señor doctor Hernández Hidrobo Olavo Marcial, Juez Provincial, en la sentencia de fecha viernes 30 de octubre de 2018, las 15h39"*. Por ese motivo, el doctor Galo Morán Jiménez, secretario relator de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, informó lo siguiente:

> "...En cumplimiento a lo ordenado en providencia de 03 de junio de 2019, me permito certificar que: Conforme a la razón que consta del proceso, el Dr. Olavo Hernández Hidrobo, hizo uso de permiso con cargo a vacaciones lo días: LUNES 26 AL MIÉRCOLES 28 DE NOVIEMBRE DEL 2018 y la sentencia se dicta el 30 DE NOVIEMBRE DE 2018, una vez que se encontraba reintegrado a sus funciones el Dr. Olavo Hernández Idrobo, la misma que fue notificada a las partes procesales, en sus casilleros electrónicos y judiciales, el VIERNES 30 DE NOVIEMBRE DE 2018, LAS 15H39, luego de haber firmado electrónicamente tanto los señores Jueces Provinciales, Dr. José Eladio Coral, Juez Ponente, Dr. Olavo Hernández Hidrobo y Dr. Farid Manosalvas Granja, Jueces Provinciales, conforme a la impresión del documento que me permito acompañar, y por un lapsus calami no se le ha hecho firmar manualmente en la sentencia, al Dr. Olavo Hernández Hidrobo, por ser involuntario este error nos permitimos expresar nuestras disculpas".

7.1.11 De la cita que antecede, y de las constancias procesales, concretamente, de las fojas 14 y 15 del cuadernillo de la Corte Nacional de Justicia, se desprende que el doctor Olavo Hernández Hidrobo suscribió electrónicamente la sentencia impugnada, además, el secretario de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura certificó que la firma física del prenombrado juzgador, no fue plasmada en el documento, en razón de un *lapsus calami,* por tal motivo, este órgano jurisdiccional no encuentra que sea necesario ejercer una facultad eminentemente excepcional, como es la declaratoria de nulidad, toda vez que, incluso, de conformidad al artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Mensajes de Datos, *"...La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio..."*. Por las razones expuestas, se considera innecesario declarar la nulidad procesal de la causa, en desmedro de la recta y célere administración de justicia, por lo que, se descarta los alegatos del recurrente en este punto, por no demostrarse falta de competencia de los juzgadores, ni omisión de uno de los requisitos de la sentencia. En tal virtud, dando respuesta al problema jurídico, se determina que el fallo dictado por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, el 30 de octubre de 2018, no incurrió en una causa de nulidad procesal.

7.2 ¿La sentencia impugnada, incurrió en la indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez.

7.2.1 Para solventar este problema jurídico, resulta preciso delimitar el ámbito conceptual de la causal de indebida aplicación de la ley, por tal razón, consideramos menester manifestar que esta modalidad de violación a la ley se verifica cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, llegan al convencimiento del acaecimiento de ciertos hechos, sin embargo, yerran al momento de subsumirlos a la norma

[29] Fojas 14 del expediente de la Corte Nacional de Justicia.

[30] Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.
Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

jurídica, pues, los adecuan al supuesto descrito en un precepto que no guarda identidad con los hechos fijados; es decir, aplican la norma jurídica que resulta impertinente para la resolución de la causa.

7.2.2 En virtud de los antecedentes expuestos, es posible colegir que el cargo casacional planteado por el impugnante (indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal), representa un reproche en la labor de adecuación típica de los juzgadores de segundo nivel, es decir, en el ejercicio de subsunción de los hechos al derecho. A continuación, desarrollamos los parámetros mínimos, que permiten al impugnante acreditar la violación de una norma jurídica, bajo la modalidad de indebida aplicación de la ley:

> **1.-** En primer lugar, el recurrente está obligado a identificar los hechos del caso concreto, es decir, debe extraer de la sentencia impugnada, la secuencia fáctica que se consideró probada por los juzgadores de instancia.
>
> **2.-** En segundo lugar, y por tratarse de un tipo penal, el recurrente debe analizar los elementos que configuran la estructura del tipo que propone como indebidamente aplicada.
>
> **3.-** Una vez descritos los hechos, y destacados los elementos del tipo penal que se considera indebidamente aplicado, el casacionista debe identificar en qué elemento de la norma jurídica no se ajustan los hechos fijados en la sentencia.
>
> **4.-** Finalmente, el recurrente debe señalar la norma jurídica que resultaba pertinente.

7.2.3 Explicado el alcance del cargo casacional propuesto por el recurrente, y explicada la forma en que debía sustentarse este reproche, corresponde a este Tribunal analizar los argumentos esgrimidos por el impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso. Para tal efecto, resulta pertinente iniciar este estudio indicando que, si bien el recurrente planteó un cargo casacional acorde a las exigencias de especificidad y taxatividad, su disertación contravino la exigencia de debida fundamentación, pues, supuso un debate propio de instancia, que no guardó armonía con la verdad procesal, es decir, con aquello que se declaró probado en la sentencia de segundo nivel; por esa razón, efectuamos las siguientes consideraciones:

7.2.4 En primer lugar, resulta imperioso destacar que, en la presente causa, los jueces dieron por acreditado un acontecer fáctico, en virtud del cual, se determinó que los señores Segundo Ricardo Guachala Benítez y Gustavo Abelardo Albuja Idrobo, en el ejercicio de sus cargos públicos, y en beneficio propio, abusaron de los bienes públicos que se encontraban en su poder, específicamente, los sacos de urea que debían entregarse dentro de un programa estatal, a los pequeños agricultores, a quienes los procesados les cobraron un monto mayor al que debían cobrar; este relato se encuentra consignado en el considerando décimo primero de la sentencia impugnada, bajo las siguientes reflexiones:

> "...En el caso que se analiza y se juzga tenemos que los procesados Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja, que desempeñaba las funciones de Digitador-Bodeguero de la Unidad Nacional de Almacenamiento y a su cargo estaba la entrega de la urea que el Estado ecuatoriano, a través del MAGAP entregaba con subsidio a los pequeños agricultores, previa aprobación del ahora coprocesado Segundo Ricardo Guachalá Benítez, que formulaba los pedidos y los autorizaba para que finalmente concurra el agricultor a solicitar el despacho de la Urea previo un depósito de 10 USD por quintal; mas, por la demanda de urea, los procesados en este juicio vendían a 13 USD, de los cuales 10 USD se depositaba en el Banco Nacional del Fomento y los **3 USD se repartían entre Segundo Ricardo Guachalá Benítez, Gustavo Abelardo Hidrobo Albuja** y Aida Lucia Molina, cada dos días, en la misma oficina o de acuerdo a la cantidad de urea que se despechaba cada semana. Además, **mediante documentación falsa organizaban carpetas de solicitud de urea que las aprobaba Segundo Ricardo Guachalá Benítez**; Aida Lucia Molina ingresaba al Sistema esos pedidos que constaban en esas carpetas; finalmente Segundo Ricardo Guachalá Benítez aprobaba esas carpetas inconsistentes, que contenían información y documentación falsa, habiéndose dispuesto en su provecho los procesados la cantidad de 5.256 USD que era la diferencia que les quedaba a ellos en razón de que el valor que debería cobrarse a los agricultores por cada saco de urea era el de 10 USD y ellos lo vendía a 13 USD. A más de esto los procesados vendieron 617 sacos de urea al valor de 34. 50 USD que les dio

un valor total de 21.286.50 que lo utilizaron en su exclusivo y propio beneficio, contando para ello con documentación falsa que supuestamente era presentada por los agricultores beneficiarios de la urea, conforme se dejó expuesto en los considerandos precedentes de esta sentencia, vale decir jamás se entregó esta cantidad de urea a los beneficiarios.

7.2.5 De la cita que antecede, se desprende que los hechos probados se adecúan al tipo penal peculado, y para justificar aquello, a continuación, identificaremos los elementos que configuran la tipicidad del peculado.

<table>
<tr><th colspan="5">Elementos Típicos del Delito de Peculado
Art. 257 del Código Penal</th></tr>
<tr><td colspan="5">Tipo de Delito: Delito mera actividad.- no se requiere un resultado separado espacial y temporalmente de la acción típica.</td></tr>
<tr><td rowspan="6">ELEMENTOS OBJETIVOS</td><td>Sujeto activo</td><td colspan="3">1. Funcionario público
2. Persona encargada de un servicio público</td></tr>
<tr><td>Sujeto pasivo</td><td colspan="3">Sociedad</td></tr>
<tr><td>Verbo rector</td><td>Abusar</td><td>Elementos descriptivos</td><td>1. En beneficio propio
2. En beneficio de terceras personas</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Objeto</td><td rowspan="2">Objeto jurídico (bien jurídico) Es un delito pluriofensivo, transgrede de valores de la administración pública y de los funcionarios públicos</td><td colspan="2">Administración pública: Correcto funcionamiento de la administración pública, regularidad funcional, corrección y buena marcha de las instituciones públicas.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Funcionarios públicos: probidad, fidelidad, transparencia e imparcialidad.</td></tr>
<tr><td>Objeto material</td><td colspan="3">Bienes jurídicos transgredidos</td></tr>
<tr><td>Elementos normativos</td><td>Dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles</td><td>Elemento descriptivo</td><td>Que estuvieren en su poder en razón de su cargo</td></tr>
<tr><td>ELEMENTO SUBJETIVO</td><td colspan="4">Dolo: conocimiento y voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo</td></tr>
</table>

7.2.6 Es necesario indicar que en la fundamentación de este cargo casacional, el recurrente, ni identificó los hechos probados, ni los confrontó con la tipicidad del delito de peculado, siendo necesario que desarrolle este ejercicio, pues, la impertinencia del tipo penal está supeditada a la incorrecta subsunción de los hechos al derecho; los argumentos planteados por el impugnante fueron genéricos, pues, se limitaron a mencionar que no se ha demostrado el dolo, pero no se construyó dicha alegación, sobre la base del contenido de la sentencia impugnada.

7.2.7 Dicho esto, es necesario indicar que los elementos típicos del delito de peculado, singularizados en la tabla que antecede, fueron descritos en el considerando décimo primero de la sentencia de segundo nivel, ya que, el relato fijado en este segmento de la sentencia objetada, se adecúa al sujeto activo, ya que, se ha justificado que los procesados fueron funcionarios públicos, además, se justificó el núcleo de la conducta, o verbo rector, pues, está probado que los bienes muebles, es decir, los costales de urea, se encontraban en poder de los procesados en razón de su cargo, y fueron abusados por ellos, pues, a pesar que debían ser vendidos a los pequeños agricultores en la suma de diez dólares, los procesados cobraron la trece dólares a los agricultores, para beneficiarse del exceso en el pago cobrado por cada costal entregado; es decir, se describe tanto el verbo rector, como los elementos descriptivos y el elemento normativo del delito de peculado. Asimismo, existe dolo, pues, los hechos probados describen de manera categórica que, luego de los cobros excesivos, los procesados

procedían a repartirse el dinero, es decir, sabían que abusaban de los bienes que estaban en su poder, al punto de materializar un beneficio personal, como consecuencia de dicho abuso.

7.2.7 Por otro lado, ha manifestado el recurrente que no se ha probado el perjuicio económico al Estado, sin embargo, conforme se advierte del estudio del tipo penal imputado al recurrente, no existe un elemento típico, que precise de la justificación de un perjuicio económico. Es importante mencionar que el delito de peculado no es un delito de resultado, pues, se verifica con la sola realización de la conducta, esto es, el abuso de los bienes que se encuentren en poder del sujeto activo, en beneficio propio o de un tercero; conforme se advierte en la tabla previamente desarrollada, el peculado es un delito pluriofensivo, que no se concreta en la mera protección de los recursos económicos del Estado, sino en los valores que la sociedad ha considerado relevantes en el ejercicio de la administración pública, y en las labores de los servidores públicos, por ese motivo, la doctrina ha coincidido al manifestar que los bienes jurídicos que protege el peculado son la regularidad funcional, la eficiencia de la administración pública, la correcta marcha de las entidades públicas, y paralelamente, la probidad, imparcialidad, transparencia y fidelidad de los funcionarios públicos en el desarrollo de sus cargos. Los procesados no fueron condenados por generar un perjuicio para el fisco, fueron condenados por defraudar la confianza que la sociedad depositó en ellos, al abusar, en beneficio propio, los recursos públicos que deben ser administrados con probidad.

7.2.8 En conclusión, dando solución al problema jurídico previamente singularizado, se determina que la sentencia de segundo nivel no incurrió en el vicio de indebida aplicación del artículo 257 del Código Penal.

7.3 ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Segundo Ricardo Guachala Benítez.

7.3.1 Previo a solventar este problema jurídico, el infrascrito Tribunal estima pertinente delimitar el ámbito conceptual de la causal invocada por el recurrente, por esa razón, consideramos pertinente señalar que la contravención expresa al texto de la ley se verifica cuando los jueces de segundo nivel yerran en el proceso intelectivo de construcción de su fallo, por no aplicar la norma jurídica que estaban conminados a emplear. Doctrinariamente, esta causal es conocida como "error de omisión", pues, está caracterizada por la falta de aplicación de la norma jurídica aludida por el objetante.

7.3.2 Sin embargo, para justificar la incursión de los jueces en este yerro de derecho, no basta la mera identificación de la norma jurídica que se considera ignorada, ya que, existen normas que no tienen razón de ser empleadas en una sentencia; esta causal requiere que el casacionista explique con solvencia: por qué resultaba pertinente aplicar dicha norma en el fallo objetado. Lo dicho nos coloca en la necesidad de establecer los parámetros argumentativos mínimos, que permiten al casacionista acreditar la pertinencia de aplicación de una norma jurídica en el caso concreto; por tal razón, en las líneas subsiguientes, efectuamos las siguientes consideraciones:

7.3.3 Cuando el precepto jurídico supuestamente ignorado, está construido bajo la confluencia de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, como ocurre con los tipos penales, el recurrente debe iniciar su exposición identificando los hechos del caso concreto, pues, solo de esa forma, podrá justificar la identidad entre tales hechos, y el supuesto fáctico consignado en la norma jurídica supuestamente soslayada. Vale señalar que, en estos casos, la contravención expresa al texto de la ley se verifica cuando el impugnante ha logrado acreditar la identidad entre la norma y los hechos probados. Sin embargo, existen normas que no siguen la lógica descrita en el acápite que antecede, pues, consagran derechos, principios, reglas, mandatos o proscripciones, que deben observarse irrestrictamente en la sustanciación de las causas penales. En estos casos, como primer elemento argumentativo, el recurrente debe justificar la necesidad de que dichas normas sean observadas por los jueces de segunda instancia, para tal efecto, es importante que el recurrente circunscriba su fundamentación al acto procesal objetado, esto es, la sentencia de segundo nivel, ya que, existen ciertos principios, reglas o mandatos, que si bien son de inexorable obediencia para los operadores de justicia, deben emplearse ante el advenimiento de determinadas circunstancias, o en ciertos momentos procesales; pensemos por ejemplo en el principio de objetividad, o el principio de favorabilidad: no se puede exigir al juez actuar con objetividad, ya que, este principio debe ser observado por el fiscal; tampoco puede exigirse la aplicación del principio de favorabilidad en todos los casos, puesto que, este principio resulta aplicable solo cuando exista *"conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho"*. Solo cuando el recurrente ha

justificado la necesidad de que la norma jurídica invocada sea aplicada en la sentencia de segundo nivel, y ha evidenciado su falta de aplicación, habrá justificado la incursión del Tribunal ad-quem en el vicio de contravención expresa al texto de la ley.

7.3.4 En el caso concreto, el casacionista ha propuesto el cargo de contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP. Esta norma jurídica consagra una serie de criterios que los jueces deben observar en el ejercicio de la valoración de la prueba. Dicho esto, debemos advertir que en el fallo de segundo nivel, los jueces valoraron la prueba, *ergo*, este precepto resultaba aplicable. Queda así justificada la pertinencia de aplicación de esta norma jurídica en el fallo impugnado, sin embargo, para verificar si existe falta de aplicación de esta norma jurídica, en la sentencia materia de este recurso, debemos estudiar los planteamientos del recurrente.

7.3.5 Sin embargo, antes de estudiar los argumentos del casacionista, debemos hacer hincapié en lo siguiente: el artículo 457 del COIP se refiere a cuatro criterios para la valoración de la prueba, esto es: legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica; por consiguiente. Si el recurrente pretendía justificar la inobservancia de esta norma, debía observar la exigencia de especificidad, es decir, debía identificar el criterio concreto, que fue inobservado por los jueces de instancia. Sin embargo, al momento de justificar este cargo casacional, el recurrente quebrantó este deber, pues, se limitó a desarrollar una serie de reproches, que no tienen relación con el cargo casacional planteado, como son:

- Que se interpretó extensivamente la ley, porque en el Código Penal existía la autoría, y en el COIP la autoría directa, que no es lo mismo.
- Que el fallo recurrido descontextualizó los hechos y las pruebas.
- Que se dictó una sentencia ad hominem, en contra del principio *pro personae*.
- Que se dictó una sentencia en contra del sistema penal garantista y del derecho penal mínimo.
- Que en el considerando décimo primero se realizó un recuento del desfile probatorio del Tribunal A-quo, sin considerar el artículo 455 del COIP, esto es, el nexo causal.
- Que no existe un silogismo jurídico para llegar a la conclusión.
- Que, en el acápite octavo de la sentencia, no se consideró lo dispuesto en la garantía del artículo 507.1 COIP, anterior artículo 140.3, es decir, la declaración del procesado.

7.3.6 De lo expuesto, se colige que el recurrente planteó enunciativamente su cargo casacional, pues, en ningún momento concretó su argumentación en el contenido del artículo 457 del COIP, que insistimos, se refiere a los cuatro criterios que el legislador ha previsto para la valoración de la prueba. Incluso, hay que decir que los argumentos, que de manera impertinente ha planteado el impugnante, devienen en imprecisos, por las siguientes razones:

- No es cierto que en el Código Penal no existía la modalidad de autoría directa, pues, dentro de las expresiones que el Código Penal utilizaba para abordar el concepto de autor, está incluida la definición que el COIP usa para referirse al autor directo, es decir, aquel que domina el hecho, y decide materializarlo de manera directa. Por ende, sostener que, antes de la vigencia del COIP, no existía la modalidad de autoría directa, resulta por demás impreciso.
- Además, el recurrente ha incurrido en la prohibición consignada en el segundo inciso del artículo 656 del COIP, ya que, de manera insistente, ha pretendido que los integrantes de este Tribunal valoremos la prueba, indicando que no se tomó en cuenta su declaración, que los hechos y las pruebas fueron alterados, que no se tomó en cuenta el nexo causal. No obstante, como ya advertimos en líneas anteriores, los hechos probados en el caso concreto, se ajustan armónicamente a los elementos típicos del delito imputado al recurrente, por lo que, insistir en estos planteamientos, además de violentar la exigencia de no debate de instancia, evidencia la mera inconformidad del impugnante.
- Por otro lado, el recurrente manifestó que no se construyó un razonamiento silogístico, que permita extraer razonadamente una conclusión; sin embargo, esta aseveración es enunciativa, dado que, no tiene relación con el cargo planteado.
- Asimismo, no tienen relación con el cargo propuesto, y devienen en meros enunciados, los alegatos del recurrente que indican que se violentó el sistema procesal garantista, el principio de legalidad, el derecho penal mínimo, el principio *pro personae*.

7.3.7 Por las razones expuestas, concluimos que la sentencia emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre de 2018, no incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 457 del COIP.

7.4 ¿La sentencia impugnada, incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 77.14 de la CRE, y los artículos 5.7 y 652.7

del COIP? Este problema jurídico se desprende de la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Gustavo Abelardo Albuja Idrobo.

7.4.1 Conforme expresamos en líneas precedentes, la causal de contravención expresa al texto de la ley involucra la falta de aplicación de la norma jurídica pertinente en la resolución de la causa. Dicho esto, vale mencionar que las normas jurídicas aludidas por el impugnante hacen alusión al principio *non reformatio in pejus*, y tienen el siguiente contenido:

> CRE
> Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: (...) 14. Al resolver la impugnación de una sanción, **no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.**
> COIP
> Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...) 7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, **no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.**
> Art. 652.- Reglas generales.- La impugnación se regirá por las siguientes reglas: (...) 7. El tribunal de alzada, al conocer la impugnación de una sanción, **no empeorará la situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente.** (El énfasis nos corresponde).

7.4.2 Las normas jurídicas trascritas en el acápite que antecede, como ya advertimos supra, se refieren al principio *non reformatio in pejus,* que en definitiva, le impone una prohibición al juez de alzada, en virtud de la cual, no puede empeorar la situación del procesado, siempre que éste haya sido el único en recurrir la sentencia cuestionada. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado la siguiente línea:

> 17. La prohibición de reforma en perjuicio del recurrente, denominada *non reformatio in peius*, rige para todos los recursos y está compuesta esencialmente por dos elementos: *(i) la interposición del recurso únicamente por parte del procesado; y, (ii) la prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente.*
> *i) Interposición del recurso únicamente por parte del procesado*
> 18. El primero de los componentes debe entenderse a la luz del principio acusatorio, consagrado constitucionalmente, por el que se divide la actividad investigativa, a cargo de la Fiscalía, y la jurisdiccional, a cargo de jueces y juezas. Por este principio no es posible condenar en primera instancia sin acusación fiscal. Sin acusación no puede haber juicio y sin juicio no puede haber condena. De este principio se deriva que, si la Fiscalía no plantea un recurso y el procesado sí lo hace, **no se puede agravar la pena** en otra instancia judicial. En consecuencia, los tribunales de alzada, por el principio acusatorio, tienen prohibición de cambiar las sentencias penales perjudicando al procesado en el plano sancionatorio, cuando el recurso fue planteado únicamente por la defensa (...).
> *ii) La prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente*
> 32. **La prohibición de la reformatio in peius guarda relación con la agravación de la pena.** La pena debe entenderse en el sentido más amplio posible. El sistema penal puede contemplar distintos tipos de penas; tales como privativas de libertad, no privativas de libertad, restrictivas de los derechos de propiedad, multas. A fin de evitar incurrir en la transgresión que supone la *reformatio in peius*, debe analizarse el empeoramiento de la situación jurídica con relación a la utilización de cualquiera de las penas o medidas previstas en el ordenamiento jurídico penal y a la situación del procesado o condenado [31].

7.4.3 Del análisis de la cita que antecede, es posible dilucidar una respuesta al problema jurídico

[31] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017.

planteado por el recurrente, pues, conforme la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, el principio *non reformatio in pejus* se configura cuando confluyen los siguientes elementos: a) cuando el procesado es el único recurrente, y b) cuando se ha empeorado la situación jurídica inicial del procesado. Ahora bien, ¿Qué implica el empeoramiento de la situación jurídica del procesado? La Corte Constitucional es enfática al manifestar que el empeoramiento de la situación jurídica del procesado recurrente tiene relación con la pena. Ahora bien, de conformidad con el artículo 58 del COIP, las penas son privativas de la libertad, no privativas de la libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. El artículo 59[32] del COIP se refiere a las penas privativas de la libertad, que deben cumplirse en los Centros de Rehabilitación Social, mientras que los artículos 60[33] y 69[34] del COIP, determinan cuales son las penas no privativas de la libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. Dentro de los tipos de penas no se encuentra la reparación integral, pues, esta figura no es una pena, por ende, el incremento en la suma de reparación integral que advierte el recurrente no refleja un empeoramiento en su situación inicial; insistimos, habrá empeoramiento, en la medida en que se agrave la pena impuesta al procesado. La reparación integral es un derecho de la víctima, que

[32] Art. 59.- Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años. La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión. En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.

[33] Art. 60.- Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:
1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. (Sustituido por el Art. 15 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019; y por el Art. 1 de la Ley s/n R.O. 525-5S, 27-VIII-2021).- Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo, arte, cargo público, oficio, industria o comercio; así como para ejercer la gerencia, dirección, administración o gestión de una sociedad o compañía, entidad sin fines de lucro o cualquier tipo de actividad económica, nacional o extranjera, bien sea deforma directa o indirecta.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación.
14. (Agregado por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 del Referéndum, efectuada el 4 de febrero de 2018, R.O. 181-S, 15-II-2018; y Sustituido por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- Inhabilitación para contratar con el Estado que se aplicará en sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos de: peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, ofertas de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada; pena no privativa de la libertad que será comunicada al organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública.

[34] Art. 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad.- Son penas restrictivas de los derechos de propiedad:
1. Multa, cuyo valor se determina en salarios básicos unificados del trabajador en general. La multa debe pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia se ejecutoríe. No obstante, cuando la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para cancelarla en las condiciones antes previstas, la o el juzgador podrá autorizar que su cumplimiento se realice de la siguiente manera:
a) Pago a plazos o por cuotas durante el mismo tiempo de la condena.
b) Condonación de una parte de la multa si, además, se demuestra extrema pobreza.
c) Servicio comunitario equivalente, únicamente en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses.
2. Comiso penal (...).
3. Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción. Toda pena lleva consigo, según sea el caso, destrucción de los efectos que de la infracción provengan y de los instrumentos con que se ejecutó a menos que pertenezcan a una tercera persona no responsable de la infracción.
La o el juzgador podrá declarar de beneficio social o interés público los instrumentos o efectos de la infracción y autorizar su uso.

ha sido abordado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> "...Con relación a la reparación integral, la LOGJCC establece algunas formas y medidas de reparación.11 La reparación tiene relación directa entre el daño recibido por la víctima y las formas de reparar ese daño. La sanción penal no está contemplada en la Constitución ni en la ley como una forma de reparación. La razón es que la sanción penal tiene directa relación con la persona que ha cometido una infracción y no con el daño recibido por la víctima. De hecho la sanción penal tiene como finalidad la rehabilitación de la persona que ha cometido la infracción penal. Por esta razón, no podría considerarse la sanción penal como una forma de reparación de la víctima, como tampoco podría considerarse que se repara a las víctimas menoscabando las garantías penales de las personas procesadas [35].

7.4.4 En conclusión, la reparación integral no es sinónimo de pena, es un derecho de la víctima, contemplado en el artículo 11 del COIP, por tal razón, el cálculo que efectuó el Tribunal de apelación, en virtud del cual, se aumentó el monto de la reparación integral, no comporta una violación al principio *non reformatio in pejus*, pues, el empeoramiento en la situación del procesado, que contempla este principio, tiene relación con la pena, y no con los derechos de las víctimas; por consiguiente, este Tribunal concluye que la sentencia impugnada no incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 77.14 de la CRE, y los artículos 5.7 y 652.7 del COIP, más aún, si tenemos en cuenta que el recurso de apelación es un recurso amplio, por lo tanto, el aspecto de la reparación integral, al ser un derecho de las víctimas, puede ser sometido a un nuevo examen en esta sede.

OCTAVO:
DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** por unanimidad, y al amparo de los numerales tercero y quinto del artículo 657 del COIP, resuelve declarar improcedente los recursos de casación interpuestos por los señores **SEGUNDO RICARDO GUACHALA BENÍTEZ Y GUSTAVO ABELARDO ALBUJA IDROBO,** procesados, por cuanto no han justificado la violación a la ley en la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 30 de noviembre de 2018. NOTÍFÍQUESE

f) DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. MARCO RODRÍGUEZ RUIZ **JUEZ NACIONAL** DR. WALTER MACÍAS FERNANDEZ **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

En la presente resolución, el infrascrito Tribunal rechaza los recursos de casación interpuestos por los procesados, y, para llegar a tal determinación, estudia la tipicidad del delito de peculado, y determina que los hechos del caso concreto se adecúan a la norma, además, estudia el carácter excepcional de la declaratoria de nulidad procesal, prevista en el artículo 650.10 del COIP; asimismo, destaca la importancia de la especificidad y la necesidad de que los argumentos esgrimidos por los recurrentes se concreten al cargo planteado; finalmente, el suscrito Tribunal establece que la reparación integral no debe ser entendida como una pena.

[35] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-17-SEP-CC, de 25 de enero de 2017.

II

Juicio Nro. 23281-2020-04117
Fecha: lunes 8 de enero 2024

TEMA: Imposibilidad de alegar un punto de derecho en casación, cuando el mismo, no fue propuesto debatido y alegado en los debates de la apelación.

SÍNTESIS

Esta sentencia analiza los parámetros constitucionales de motivación de la decisión judicial y los requisitos técnicos y argumentales de un cargo de casación por la causal de contravención expresa. Se establece que en los medios de impugnación la carga procesal corresponde al recurrente, por lo que no se puede alegar en casación la omisión de un punto de derecho si esto no fue propuesto en el debate de la apelación. Con lo que se declara que la sentencia está motivada e improcedente el recurso de casación al sustentarse en puntos que no fueron debatidos en apelación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23281-2020-04117

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, lunes 8 de enero 2024.

VISTOS:

PRIMERO: ANTECEDENTES

I. Antecedentes procesales.

1. El Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, en sentencia de 15 de marzo de 2022, las 16h58, declaró a Edisson Nell Zambrano Párraga autor directo del delito de homicidio, tipificado y sancionado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal — COIP, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de once años, multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general y como medida de reparación se ordenó el pago de quince mil dólares a favor de la víctima de la infracción. El procesado presentó recurso de apelación.

2. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en sentencia de 15 de septiembre de 2022, las 09h47, negó el recurso de apelación propuesto por el procesado y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

3. De esta decisión, los procesados presentaron recurso de casación.

II. Hechos acusados y hechos probados

4. La hipótesis fáctica de la acusación se contiene en lo siguiente:

4.1.1. TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALÍA.- El Dr. Fabián González, actuando en representación del Órgano Acusador Oficial expuso su alegato de apertura en los siguientes términos: esta tarde nos reunimos para conocer y juzgar la conducta del hoy procesado EDISSON NELL ZAMBRANO PÁRRAGA, por los hechos que habrían ocurrido el día 09 de agosto del año 2020 aproximadamente a las 03h00, se debe indicar que se habían trasladado a una fiesta en el recinto Nuevo Israel, a la cual había concurrido el hoy occiso IVÁN SALVADOR VÁSQUEZ QUIÑONES con su hermano el señor JOSÉ ANDRÉS VÁSQUEZ QUIÑONES así como también se encontraban más personas en el lugar, indicando que a esta fiesta concurren la noche anterior, es decir, el 08 de agosto del año 2020, es así que mientras transcurría la fiesta, encontrándose varias personas en el lugar y estando en la casa del señor ERNESTO LEONARDO ZAMBRANO GARCÍA festejando el cumpleaños, ya en horas de la madrugada del 09 de agosto del año 2020, en el interior del domicilio se produce una discusión y pelea entre el hoy occiso IVÁN SALVADOR VÁSQUEZ QUIÑONES,

con el hoy procesado EDISSON NELL ZAMBRANO PÁRRAGA, así como también más familiares del señor ZAMBRANO que había organizado la fiesta, es decir, el señor JESÚS FERNANDO ZAMBRANO GARCÍA, el señor ÁNGEL SAÚL RIVAS CONFORME, es así que posterior a esta discusión salen afuera del domicilio y efectivamente se produce una riña en la cual al hoy procesado conocido en ese momento con el alias de "YACO", procede a agredir directamente al hoy occiso IVÁN SALVADOR VÁSQUEZ QUIÑONES, mismo que luego de haber sido herido con arma blanca sale corriendo hacia un terreno y producto de esta herida fallece por shock hipovolémico con anemia aguda como consecuencia de sección total de arteria humeral mediana y axilar de la extremidad superior derecha, herida producida con objeto cortopunzante, es decir, con arma blanca. Se debe también dar a conocer que el mismo día de los hechos agentes de la Policía Judicial tomaron procedimiento y aprehendieron de los ciudadanos JESÚS FERNANDO ZAMBRANO GARCÍA, ÁNGEL SAÚL RIVAS CONFORME y de JORGE LEONEL VÁSQUEZ QUIÑONES, éste último hermano del hoy occiso y luego de que había encontrado sin vida a su hermano hoy occiso, porque el momento de la pelea habrían salido corriendo los hermanos Vásquez Quiñones. Posteriormente fue vinculado el hoy procesado EDISSON NELL ZAMBRANO PÁRRAGA, quien es "YACO" como se había manifestado al inicio durante la flagrancia. Fiscalía con la prueba testimonial, pericial y documental probará que efectivamente el responsable del delito de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 144 del COIP, es el hoy procesado EDISSON NELL ZAMBRANO PÁRRAGA. Indicando además para que no exista confusión en el presente caso, que posteriormente el señor VÁSQUEZ QUIÑONES JORGE LEONEL, aproximadamente a las 05h00 se había suscitado otra pelea en la que resultan lesionados tanto el señor JORGE LEONEL VÁSQUEZ QUIÑONES como el señor ZAMBRANO GARCÍA JESÚS FERNANDO; y probará que efectivamente tuvo participación en calidad del autor del mismo el señor ZAMBRANO PÁRRAGA EDISSON NELL, conforme el Art. 42, numeral 1, literal a) del Código Orgánico Integral Penal[1].

5. Luego del análisis correspondiente, la Corte de Apelaciones, como hechos probados fijó:

QUINTO.- En lo referente a las alegaciones de la defensa del señor EDISSON NELL ZAMBRANO PARRAGA, en audiencia de apelación NO tiene asidero fáctico ni legal, debido a que la presente causa no tuvo como antecedente una investigación previa sino que fue iniciada por flagrancia, mal puede entonces alegar falta de notificación con la investigación; y respecto que los testigos presentados por fiscalía no demuestran la responsabilidad del procesado en la muerte del señor Iván Salvador Vásquez Quiñonez, no merece ninguna consideración ya que el análisis de lo manifestado por los testigos presentados por fiscalía no son referenciales sino directos por haber observado como se produjo la muerte del occiso por el obrar del procesado conforme quedó explicado; y, sobre que en el parte policial se afirma que se utilizó un machete mientras que en el informe pericial médico se determina que fue utilizado arma corto punzante, hay que recordar que el parte policial es meramente referencial e informativo no tiene el carácter de prueba, mal hace entonces el defensor del procesado en afirmar que existe contradicción de un documento que no tiene valor frente a una prueba debidamente actuada en audiencia de juicio, motivos por los cuales se rechazan todas las alegaciones realizadas por el recurrente en audiencia de apelación.

[1] Obtenida de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, de fecha 15 de marzo de 2022, las 16h58.

> El Tribunal de apelación no encuentra ninguna duda en cuanto a la participación del procesado al existir testimonios directos presentados en audiencia de juicio en los cuales se señala como actor directo, el Tribunal no encuentra el motivo de nulidad alegada, pues no existió investigación y sin ella no se pudo notificar lo que si fue notificado fue la vinculación y el Tribunal concluye que no hay duda en la participación del recurrente en la participación del delito acusado.

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. Competencia

6. La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador—CRE—, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial—COFJ—.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron la doctora Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional, por licencia concedida al abogado Luis Rivera Velasco, Juez Nacional; el doctor Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional, por licencia concedida al abogado Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente.

8. Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

II. Validez procesal

9. Por la fecha en que inició el proceso con la formulación de cargos, el régimen procesal aplicable a la causa es el del COIP, por lo que se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradicción. El mismo fue tramitado en respeto de las garantías básicas del debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE, y a los artículos 656 y 657 COIP. No se encuentra omisión de solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa. En consecuencia, el proceso es válido y así se lo declara.

III. Alegaciones de los sujetos procesales

10. Fundamentación del recurso de casación.- la doctora Teresa Andrade Rovayo, defensora pública, como fundamento del recurso del procesado, expresó:

> La sentencia que se recurre en el presente recurso es la dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas con fecha 15 de septiembre del 2022, en la que rechaza el recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, sentencia en la cual se le declara a mi defendido autor del delito de homicidio, imponiendo una pena privativa de libertad de once años. ¿Cuáles son los cargos casacionales?, dando cumplimiento a los principios de este recurso técnico, extraordinario, limitado y formal, como es la casación, principio de taxatividad. Voy a establecer dos cargos primero y obviamente, respetando el principio de autonomía, la contravención expresa del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, esto es por falta de motivación que de acuerdo a la sentencia No. 1158 nos establece que toda sentencia debe tener su motivación mínima y que cuando en la misma, no existan ciertos parámetros, podrá incurrir en algún tipo de vicio de los establecidos en esta sentencia. El vicio que en este caso yo alego, es una incongruencia frente a las partes y frente al derecho ¿dónde se encuentra el error? en el considerando quinto y dice: "en lo referente a las alegaciones de la defensa del señor Edisson Nell Zambrano Parraga en audiencia de apelación no tiene asidero fáctico ni legal debido a que la presente causa no tuvo como antecedente una investigación previa, sino que fue iniciada por flagrancia mal puede entonces alegar falta de notificación con investigación; y respecto a unos testigos presentados por Fiscalía no demuestran la responsabilidad del procesado en la muerte del señor Iván Salvador Vázquez Quiñónez, no merece ninguna consideración ya que el análisis de lo manifestado por los testigos presentados por Fiscalía no son referenciales sino directos por haber observado cómo se produjo la muerte" (…) "El Tribunal de apelación no encuentra ninguna duda en cuanto a la participación del procesado al existir testimonios directos presentados en audiencia de juicio, en los cuales, se señala como actor directo, el Tribunal no encuentra motivo de nulidad alegada pues

no existió investigación y sin ella no se pudo notificar, lo que sí fue notificado fue la vinculación, ¿por qué está ahí el error? se confronta, y se realiza la debida fundamentación de ese principio, qué implica precisamente para esta sentencia el motivar, todos sabemos que las sentencias deben estar motivadas, pero la sentencia No. 2706-2016-EP de la Corte Constitucional nos dice que en materia Penal necesitan más carga argumentativa precisamente las sentencias ¿por qué esta distinción en esta materia? porque precisamente se quiere destruir la presunción de inocencia y no se puede hacer cualquier alegación y cualquier motivación en estándares mínimos, como dice la sentencia No. 1158 en materia penal esta sentencia le dice: carga argumentativa. He leído todo ese pequeño párrafo quinto, y ahí están supuestamente contestadas las respuestas al planteamiento de apelación, entonces retrocedamos y vayamos a la apelación para que se configure la incongruencia frente a las partes ¿cuáles eran los problemas jurídicos que planteó este abogado particular en esta audiencia de apelación? Dos concretamente el primero, les alegaba una falta una nulidad procesal alegándoles que esta configuraría, ya que el señor no fue notificado y que, por ende, se vulneraría el derecho a la defensa y el segundo problema jurídico que planteó en apelación, se resume a que no se probó con esos testimonios la responsabilidad de su defendido. Entonces se tenía que haber contestado de manera motivada y con suficiente carga argumentativa a estos dos problemas jurídicos, decirles y manifestarle al señor por qué si estaba debidamente notificado y no vulnerado su derecho a la defensa y por qué con esos testimonios se había demostrado su responsabilidad, argumentativa, aquí lo único que le dicen es: no hay nulidad, ya que está notificado con la vinculación, eso le responden está notificado con la vinculación, y no podemos hablar de falta de notificación porque esto es flagrante y no fue investigado previa, es decir que están argumentando los jueces que a una persona solo le notifican cuando se abre una investigación previa, que es una de las formas iniciar el proceso penal y están diciendo que no hay otra forma porque en flagrancia no se notifica ya que se le captura ese rato, de los hechos que se dan por probados los señores jueces tenían que haber hecho un análisis de cómo fue la notificación al señor que lastimosamente si leemos no está y que tengo que irme a la sentencia de primer nivel por el principio de indivisibilidad, por esa unidad de sentencia y ahí está la respuesta y se dice que primero cayeron tres personas, y estas tres personas en flagrancia se les formuló cargos y se les dictó prisión preventiva y después de una investigación llegan a vincularle al señor a mi defendido y que uno de esos testigos de la Policía dice que le notificaron en la casa de la suegra, pero esto dice la sentencia de primer nivel, no los jueces del Tribunal Ad-quem, entonces él solo responderles usted no tenía por qué ser notificado, ya que esto no es investigación, sino flagrancia, pero sí fue notificado, no sé cómo por si fue notificado, para una vinculación, no es una forma de motivar la respuesta que se le tenía que dar al abogado en apelación, por ende considero que está debidamente, cumplido el parámetro de incongruencia frente a las partes porque, como todos sabemos, en esta sentencia nos dice, incongruencia frente a las partes no surge cuando se deja contestar cualquier argumento de las partes sino los relevantes, es decir aquellos argumentos que inciden significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico, que es relevante una falta de notificación por supuesto, es como empieza un proceso y si es que no estoy bien notificado, me vulneran el derecho a la defensa incluso todo debería retrotraerse por supuesto, que es un caso, relevante y una contestación relevante que necesitaba darse, eso por una parte esto a la larga tiene también una implicación y va de la mano con la incongruencia frente al derecho ya se han pronunciado, también en otros casos, frente a esta incongruencia frente al derecho, cuando no se da respuesta a una cuestión importante que el sistema

jurídico, lo manifiesta en el presente caso cuando uno alega que el señor no es responsable de acuerdo a los testimonios no sólo está en copiar y pegar testigos y esto va de la mano del incongruencia frente a las partes, porque tampoco le responden el segundo problema jurídico, que es el tema de los testimonios de por qué consideran que él es responsable con esos testimonios y va unido a la incongruencia frente al derecho porque uno de los parámetros que nos exige el derecho les exige a los señores jueces por categorías dogmáticas demostrar efectivamente la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y para decirle que es culpable, hay elementos y uno de esos es que se desconozcan las causas porque su conducta o su actuar antijurídico está en el análisis probatorio, no en copiar, pegar testimonios, como lo hace esta sentencia, examinar testimonios de cargo y descargo hacer un análisis si estos son prueba directa, testigos directos o referenciales, todo este análisis probatorio y con la norma fijada ahí está subsunción de los hechos a la norma, es lo que efectivamente, debe llegarles a la conclusión de que hay materialidad y él es el responsable y por qué no los otros que fueron en un inicio incluso sometidos al poder punitivo del estado, entonces aquí no hay como menciono este análisis como tal, por ende, estaríamos incurriendo también en una incongruencia frente al derecho. Principio de trascendencia, ¿cómo afecta el error? por supuesto que este yerro afecta porque todos tenemos derecho a que exista un debido proceso, a que la sentencia tengamos de manera clara porque estoy siendo sentenciado y a una tutela judicial efectiva, en el presente caso no lo existe con esta sentencia en las condiciones que está, ¿cuál es la pretensión? la pretensión es que se acepte el recurso y que se declare una nulidad constitucional. Segundo cargo: contravención expresa del artículo, 76 numeral, 5 de la Constitución de la República que dice en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora ¿por qué invoco este carro? por este principio de indivisibilidad, que hace que la sentencia sea una unidad temática obligadamente se tiene que ver el momento que aquí se rechaza un recurso de apelación y que se dice que se queda conforme la sentencia venida en grado en la que se le condena una pena de once años sin dar una explicación de por qué en esa sentencia se dice el artículo 144 establece que es del homicidio y cuya pena es de diez a trece años, si bien es cierto legislador establece este péndulo este límite un piso y un techo, no es que los jueces se les ocurra porque les gusta ese número poner tal pena, ellos tiene la obligación de motivar la razón por la cual le aplican en el presente caso, en esa sentencia, en ese párrafo, dicen: no comprobándose atenuantes ni tampoco circunstancias agravantes por parte de Fiscalía se le impone la pena de once años, donde queda entonces el artículo 13 de la Constitución de la República, y habla precisamente de una interpretación no extensiva sino a favor del procesado donde queda el artículo 76 numeral 5 que acabo de leer, que dice que se aplicará la pena más favorable al señor, ya hay casos, como he dicho, que se han resuelto y uno de ellos es el No.17282-2019-00443 bajo este caso, aplicando una de las funciones que tiene la casación, y es esa función nomofiláctica, estas dos funciones psicológicas, que prime que el imperio, del derecho y la nomofiláctica, es decir, la jurisprudencia, la unificación de la jurisprudencia. Entonces, en estos casos ya se ha resuelto precisamente a favor de que se aplique la pena menos rigurosa cuando, efectivamente, nos han demostrado circunstancias agravantes. Con estas consideraciones, solicitó que se acepte el recurso y, en el caso que ustedes consideren que no hay algún tipo de nulidad que se case la sentencia y se reforme la pena establecida y en lugar de ponerse esos once años, se le aplique la más favorable a él en este caso la mínima que son diez años.

11. Contestación del recurso de casación.- el abogado Wilson Espín Rosales, por delegación de la Fiscalía General del Estado, contestó:

Siendo el primero de ellos la contravención expresa del artículo 76

numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, por cuanto considera el sensor que hay falta de motivación por dos razones. La primera por incongruencia frente a las partes y la segunda incongruencia frente al derecho. Sobre la incongruencia frente a las partes aduce que los argumentos de apelación o los cuestionamientos de apelación no han sido dados contestación por parte del Tribunal Ad-quem y que se encontraría el error manifiesta en el considerando quinto, sobre esta primera legación, es necesario establecer que, si bien la falta de motivación ya jurisprudencia reiterada de la Corte Nacional no es considerado un cargo casacional propiamente, si requiere que se observen los estándares de la sentencia No. 1158 y en esta sentencia en el parágrafo cien establece como obligación de quien aduce una falta de motivación, establecer con claridad y precisión cuáles son las razones para que no se encuentre motivado un fallo. En el presente caso manifiesta que no se ha satisfecho las alegaciones de apelación que se ha legado una nulidad procesal pero que no se ha establecido los argumentos para declarar o para no declarar la nulidad procesal y que el error se encuentre considerando quinto. La primera falencia detectada es en esta parte, manifiesta el sensor en su recurso que hay un error en la sentencia por no motivar, la propia sentencia No. 1158 ha establecido que el tribunal de casación quien revisa la motivación de una sentencia no tiene facultad para establecerse una motivación es correcta o incorrecta, sino para ver si cumple con los parámetros de motivación o de estándar de suficiencia de la motivación, entonces no se trata de que hay un error de motivación o hay una motivación correcta o incorrecta. Es decir, no es revisable y tampoco por ustedes, señores jueces en casación si una motivación es correcta o incorrecta. Lo que sí es revisable, es justamente verificar si se han dado respuesta a los argumentos de apelación para verificar si hay una incongruencia frente a las partes sobre este primer punto, sobre que no se ha dado respuesta a la nulidad veamos lo que realmente se alega en sede de apelación y en el considerando segundo numeral, 2.1, la defensa técnica del procesado textualmente establece que hubo violaciones del procedimiento por falta de notificación de la investigación, esa es la aseveración textual del recurso de apelación y en el considerando quinto como lo reconoce la propia recurrente se establece que no hay nulidad procesal porque en el presente caso no hubo investigación, sino que hubo un caso de flagrancia, ¿por qué hubo flagrancia? porque el Tribunal Ad-quem también analiza en el considerando cuarto varios testimonios presenciales del hecho es decir, se cometió un homicidio frente a varios testigos que reconocieron al procesado ser el autor de este crimen contra la vida y es en virtud de ese acervo probatorio que se establece tanto que fue un delito flagrante, cuanto que existió responsabilidad del procesado. Por lo tanto, la insatisfacción de quien ejerce la defensa técnica en cuanto a esta respuesta, no es una incongruencia frente a las partes, sino el argumento por el cual se da contestación efectivamente a lo que alega el recurrente, que es, no le han notificado con la investigación, eso es lo que consta en la sentencia de segunda instancia. Sobre la incongruencia frente al derecho hay una contradicción porque la recurrente manifiesta que, al mismo tiempo que incongruencia frente a las partes sobre la misma causa, hay una incongruencia frente al derecho cada vicio motivacional es autónomo y respecto de otro vicio motivacional y más que todo, debe ser coherente y no excluyente entre vicios motivacionales. Por lo tanto, no se puede aducir que la misma causa constituye uno y otro. Sobre la incongruencia frente al derecho manifiesta que no se analizado las categorías dogmáticas, que no se ha hecho un análisis de tipo ¿cuál es el argumento de apelación? es la inconformidad con la suficiencia probatoria, que no ha habido demostración de la responsabilidad a través de los testigos, que no hay nexo causal y que hay contradicciones en cuanto al arma con la que se cometió el ilícito, estos tres puntos cuestionan la suficiencia probatoria en el recurso de

apelación, y esos tres puntos se han dado contestación en el considerando quinto, al establecer que los testigos no eran referenciales, sino testimonios directos que con eso se demostró el crimen contra la vida, que no hay contradicciones en cuanto al arma, por cuánto dice que el defensor del procesado afirmar que existe contradicción con respecto al parte policial que no es una prueba, ese es el análisis del tribunal de segunda instancia. Por lo tanto, se desecha esta alegación. Con respecto al tercer punto sobre el nexo causal y la duda, no encuentro a ninguna duda el Tribunal Ad-quem en cuanto a la participación del procesado al existir testimonios directos presentados en la audiencia ¿cuáles son estos testimonios? constan en el considerando cuarto. Por lo tanto, hay una motivación de la sentencia, se han dado contestación a cada uno de los argumentos y más que todo, la naturaleza de la sentencia de segunda instancia no es la misma naturaleza de la sentencia de primera instancia, es decir, no se está obligado a analizar todas las categorías dogmáticas, todos los elementos del tipo sino las alegaciones de apelación, así lo establece el Código Orgánico Integral Penal. Por lo tanto, no procede esta alegación. En segundo lugar, se alega la contravención, expresa el artículo 76.5 de la Constitución de la República ya lo han dicho varios honorables magistrados de esta Corte, que alegar una nulidad y, al mismo tiempo, un cargo de mérito desde el principio, reviste cierta contradicción, porque alegar un cargo de mérito sobre una sentencia que el recurrente considera nula si denota una contradicción y una incoherencia. Sobre el artículo 76.5 cuestiona la dosificación punitiva pues dice que no se han establecido la mínima pena, y para esto cita una sentencia de un precedente jurisprudencial. La casación no es una segunda instancia, la casación no puede ser un recurso subsidiario a las pretensiones que no fueron formuladas en apelación, si se revisa el considerando segundo de la sentencia impugnada en ningún momento el abogado de la defensa técnica del recurrente de segunda instancia cuestionó la pena, entonces mal puede hacerse esta alegación en casación precisamente porque no existe la casación per saltum para analizar la sentencia de primera instancia en nuestro ordenamiento jurídico, Sin perjuicio de aquello, la dosificación punitiva es una facultad de quien impone la pena al tipo penal establece una pena de diez a trece años se ha impuesto en forma proporcional una pena de once años. Por lo tanto, esta alegación no tiene asidero más aún cuando tampoco se ha confrontado el razonamiento del juzgador y tampoco se ha demostrado un error de omisión, en la norma específicamente en el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, al no haberse demostrado la trascendencia y violentado el principio de que no existe casación per saltum también solicita que la Fiscalía que se rechace este argumento. Por todo lo expuesto, al no existir argumento ni para declarar la nulidad, ni tampoco para declarar un error de derecho la Fiscalía General del Estado solicita que este recurso sea rechazado y la sentencia de segunda instancia confirmada todas sus partes.

12. Contestación del recurso de casación.- el doctor Germán Jordan Naranjo, en representación de la víctima, contestó:

> He escuchado atentamente lo manifestado en la fundamentación del recurso de casación en cuanto al primer cargo debo indicar que comparto plenamente con lo manifestado por el delegado de la Fiscalía, en cuanto no necesariamente de acuerdo a la jurisprudencia que ha dado la Corte Nacional de Justicia no necesariamente es un cargo casacional, más bien es respetar el debido proceso que habla acerca de la fundamentación de las sentencias, habla de dos vicios de motivación, falta de motivación frente a las partes incongruencia frente a las partes incongruencia frente al derecho al respecto debe ser o una u otra aquí nos dice que son las dos contestaron o no contestaron es lo que debemos indicar y dando lectura se ve que el tribunal sí contestó y se indicó, porque llegan a determinar que si es responsable de la acción, también nos habla de prueba e indirectamente, nos está llevando a valorar la prueba y que

analicen al hablarnos del nexo causal esto en cuanto a la primera fundamentación. En cuanto a la segunda fundamentación, los jueces, están dentro de la pretensión punitiva, es decir, el tipo penal tiene un máximo y un mínimo, el máximo es de trece y el mínimo es de diez y los jueces decidieron poner once años y creo que está dentro del rango que ellos tienen la libertad para poner una pena, entonces considero que no habría ningún vicio de derecho en esta alegación. Por lo que, solicitó que no se acepte la casación y se deseche el recurso por improcedente.

13. Réplica.- la defensa técnica de la recurrente, agregó:

Para dar respuesta, tanto a al representante de Fiscalía como de la víctima, sino porque ha sido de controversia, si bien es cierto muchos jueces en esta corte el momento que uno alega un cargo de nulidad, manifiestan que no se tiene por qué hacer basándose en los principios y parámetros de la casación para otros, en cambio, es importante, al punto que incluso ya han manifestado eso y se ha dicho que debería por lo menos haberse analizado alguno de los principios de casación, por lo menos al momento, de hacer una motivación. Por eso esta defensa técnica siempre que alega este cargo respetando los principios de taxatividad, autonomía, trascendencia y debida fundamentación y el representante de Fiscalía básicamente ha dicho que no pueden examinar efectivamente con estos cargos y errores novicios y que únicamente lo mencioné como uno de los parámetros del recurso de casación como uno de los puntos establecer uno de los errores y ese vicio que alegué ustedes deberán revisar si existió o no y si está dentro de ese considerado, entonces sí creo que es importante diferenciar este parámetro. Otra alegación por parte de los dos representantes, víctima y Fiscalía es que no se puede pedir incongruencia frente a las partes y al derecho, creo que ya han resuelto otras sentencias en casos similares y ha habido ratificaciones de ambos casos, incluso de otros vicios adjuntos como inexistencia u otros vicios y para que lo que he manifestado no quede solo en palabras, hago referencia al caso No. 17295-2019-00282, donde una de las juezas miembros de ese tribunal es usted doctora Daniella Camacho en donde en un caso muy similar ha hecho un desglose y un análisis de ese tribunal sobre los testimonios, es decir entendamos que tengamos el punto claro lo que implica la incongruencia frente a las partes precisamente es no contestar algo relevante de las partes y es un punto de no contestación y la incongruencia frente al derecho es cuando no se ha contestado algo que el sistema jurídico, la jurisprudencia lo exige abordar en el presente caso no son contradictorias y este es uno de los casos en los cuales se declararon los dos vicios, entonces, por ende, creo que hay argumento suficiente como para no estar acorde a lo que dicen los representantes de Fiscalía y de la víctima. El representante de Fiscalía manifiesta que se puede hablar o manifestar sobre los testimonios en el caso concreto que es una insatisfacción dice el abogado únicamente el decir que no se analizaron los testimonios, no es una insatisfacción es un derecho que tiene como abogado que sean respondido sus cargos, los que plantea así sean errados en un momento, pero se tiene derecho y es obligación en cambio por parte de los jueces de contestar cada uno de los cargos que se invoca en apelación, entonces por ende aquí no es que quiera o no se tiene ese derecho y es obligación de hacerlo y también, por último, representante de Fiscalía, nos ha manifestado que son cargos que no deberían haberse manifestado tanto la contravención expresa y, en este caso, la contravención del artículo 76 que son contradictorios y ya se han manifestado por parte de ustedes, que cuando sale una nulidad, no se debería negar otro cargo, no es así, no existe algún tipo de contradicción, son dos cargos muy independientes y cuando existe algún violación a derecho por supuesto que se tiene que sacar una sentencia, y esto es lo que esta defensa técnica, ha hecho a relucir y por último, que no hay la casación per saltum, pero hay un principio y es uno de los muy valiosos en el recurso de casación y precisamente

el principio de indecidibilidad, que ya ha sido aplicada por mucho de ustedes y que implica ese principio la unidad temática de la sentencia, por ende, es una sola y hay que revisarla, y al momento de revisar en el considerando resolución Administrando Justicia, porque se resuelve si pone una pena precisamente aunque no haya sido ese uno de los cargos en apelación los jueces cuando están aceptando un recurso o rechazando el recurso. El presente caso, se está rechazado el recurso de apelación y confirmando la sentencia subida en grado, precisamente tienen que analizar esa parte de la sentencia subida en grado. Finalmente, solicito se acepte el recurso de casación.

14. En ejercicio de su derecho a la **defensa material**, el procesado Edisson Nell Zambrano Párraga, manifestó:

Indica estar de acuerdo con la intervención realizada por su defensa técnica y no tiene nada más que agregar.

IV. Reflexiones del Tribunal

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. Los cargos presentados por quien pretende el recurso de casación, deben reprochar a la sentencia que decide en el recurso de apelación sobre el fondo del asunto (existencia de la infracción y responsabilidad de la persona procesada); no puede sustentarse en valoración de prueba ni en cuáles son los hechos que se estiman probados, tales reclamos corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del principio de contradicción e inmediación; limitación propia de la casación pues su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

19. De ahí que, el recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente, el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

20. Como se señaló anteriormente, el recurso de casación al ser un medio extraordinario de impugnación, es cerrado y limitado, es decir, su proposición debe adecuarse a las causales taxativamente previstas en la ley en el artículo 652 COIP (cerrado) y su materia de análisis está limitada estrictamente a cuestiones sobre la aplicación o interpretación de la norma, por la prohibición del segundo inciso de la referida norma, que impide que los hechos o el proceso de corroboración de los mismos, pueda ser revisado o alterado.

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. 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).

25. 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.

26. En la audiencia, la defensa pública asignada al procesado plantea dos cargos en contra de la sentencia de segunda instancia. El primero de ellos, la falta de motivación de la decisión, que implica una contravención expresa del artículo 76.7.l) CRE, por incongruencia frente a las partes y frente al derecho, que se encontraría en el considerando quinto de la sentencia. En el que se da una respuesta mínima que no cumple con la exigencia argumental de una sentencia en materia penal, respecto al reclamo que no fue notificado de la investigación y que los testimonios resultan insuficientes para demostrar la responsabilidad. Además, agrega que no se cumple con el requisito de congruencia frente al derecho que en materia penal exige que las sentencias refieran a como se demuestran las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

27. Como segundo cargo plantea la contravención expresa del artículo 76.5 CRE, que refiere al principio de favorabilidad, en caso de sanciones, pues reclama que se aplica el artículo 144 que prevé al tipo de homicidio cuya pena es de diez a trece años, y sin comprobarse atenuantes ni agravantes se le impone la pena de once años, por lo que se debe aplicar la pena menos rigurosa.

28. Por lo que, para dar respuesta a los reclamos propuestos, se procede a desarrollar los siguientes puntos: la motivación de la decisión; y, la causal de contravención expresa.

Sobre la falta de motivación.

29. 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:

a. Como medio de control de legalidad de trámite cuando, según el artículo 652.10 COIP, "al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento" cuando esta tenga influencia en la decisión de la causa y se adecúe a una de las causales previstas en la norma referida.

b. 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.

30. 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.

31. 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):

a. Argumentación jurídica aparente por vicio de motivación de incoherencia: ocurre cuando

la argumentación luce suficiente, pero alguna de sus partes normativa o fáctica esta 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.

b. 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.

c. 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.

d. 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.

32. 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)

33. En la presente causa, se ha alegado un vicio de congruencia frente a las partes, pues considera que no se ha dado respuesta suficiente al argumento de nulidad. Al respecto, en la sentencia impugnada se encuentra que los reclamos en apelación fueron:

> 2.1 El señor defensor técnico del procesado señor: EDISSON NELL ZAMBRANO PARRAGA, dice que hubo violaciones al procedimiento por falta de notificación de la investigación, que los testigos no demuestran responsabilidad en la muerte del señor Iván Salvador Vásquez Quiñonez, que en el parte policial se afirma que se utilizó un machete mientras que en el informe pericial médico se determina que fue utilizado arma corto punzante, que no hay elementos de convicción ni nexo causal que determine la responsabilidad de su defendido, solicitando que se revoque la sentencia.

34. Específicamente sobre la nulidad, el Tribunal de Apelación respondió:

> QUINTO.- En lo referente a las alegaciones de la defensa del señor EDISSON NELL ZAMBRANO PARRAGA, en audiencia de apelación NO tiene asidero fáctico ni legal, debido a que la presente causa no tuvo como antecedente una investigación previa sino que fue iniciada por flagrancia, mal puede entonces alegar falta de notificación con la investigación; y respecto que los testigos presentados por fiscalía no demuestran la responsabilidad del procesado en la muerte del señor Iván Salvador Vásquez Quiñonez, no merece ninguna consideración ya que el análisis de lo manifestado por los testigos presentados por fiscalía no son referenciales sino directos por haber observado como se produjo la muerte del occiso por el obrar del procesado conforme quedó explicado; y, sobre que en el parte policial se afirma que se utilizó un machete mientras que en el informe pericial médico se determina que fue utilizado arma corto punzante, hay que recordar que el parte policial es meramente referencial e informativo no tiene el carácter de prueba, mal hace entonces el defensor del procesado en afirmar que existe contradicción de un documento que no tiene valor frente a una prueba debidamente actuada en audiencia de juicio, motivos por los cuales se rechazan todas las alegaciones realizadas por el recurrente en audiencia de apelación.

35. Con lo que se evidencia claramente que el Tribunal sí dio una respuesta al reclamo, en sentido negativo a la pretensión de la nulidad, fundamentándose en que el argumento planteado parte de una premisa fáctica falsa y una premisa normativa errada, pues en el caso en concreto no hubo investigación previa, sino que inició en situación de flagrancia en la que se formuló cargos en contra de otros procesados y posteriormente se vinculó al hoy recurrente, siendo notificado desde que fue tomado en cuenta como parte procesal. Por lo tanto, al partir de premisas falsas y erradas no puede haber una conclusión favorable a su pedido, y la respuesta dada, aun cuando es mínima, resulta suficiente y clara. Con lo que se evidencia que no existe el vicio de apariencia por incongruencia respecto de las partes, alegado por la defensoría pública.

36. En el mismo contexto, la defensa pública del procesado alegó como segundo argumento de su primer cargo (falta de motivación), que existe una incongruencia frente al derecho, al no haberse realizado un análisis de las categorías dogmáticas del delito por para de la Corte de Apelaciones. Al respecto, es necesario establecer que la defensa técnica del procesado no planteó tales argumentos en el recurso de apelación, sino que se limitó a dos puntos, la nulidad que ya fue analizada, y la insuficiencia de la prueba para demostrar los hechos acusados, es decir, se circunscribió efectivamente a lo fáctico. En apelación no se introdujo al debate ni se impugnó la calificación jurídica de los hechos respecto a las categorías dogmáticas del delito, que es un ejercicio en el ámbito de derecho.

37. Las decisiones de autoridad pública tienen presunción de legitimidad y legalidad, pues han sido arribadas luego de un procedimiento previsto en la ley, bajo parámetros racionales y jurídicos previamente establecidos que deben ser cumplidos por los jueces. El análisis de categorías dogmáticas del delito es un requisito de congruencia frente al derecho únicamente en primera instancia, pues le ordenamiento jurídico exige para la emisión de una sentencia condenatoria que la conducta sea típica, antijurídica y culpable (COIP, Art. 18).

38. Sin embargo, ante la interposición de medios de impugnación, al ser medios de control que dependen de la iniciativa procesal de quien los plantea, la carga procesal para desvirtuar la legalidad o acierto de la decisión recae en quien la alega; es quien fundamenta el recurso quien debe plantear todos los argumentos de reproche de los que se considere asistido en la respectiva audiencia y por lo tanto quien determina el conteniod de la decisión de la apelación.

39. En este sentido, por garantía de motivación, en concordancia con el principio dispositivo, todos estos reproches deben recibir respuesta judicial; sin embargo, bajo estos mismos principios, no se puede alegar o exigir una respuesta jurídica a algún punto que no haya sido propuesto por las partes procesales en el respectivo debate. Por lo tanto, si la defensa técnica circunscribió su recurso de apelación únicamente a aspectos probatorios, sin haber cuestionado los razonamientos respecto de las categorías dogmáticas del delito, no obliga a que la decisión del Tribunal de Apelación se pronuncie sobre las mismas. En consecuencia, tampoco puede exigir en casación que se analice una cuestión que no haya sido debatida en segunda instancia y que no esté contenida en la sentencia de apelación.

40. De lo anotado, la sentencia de apelación no adolece de falta de motivación por no dar respuesta a

puntos que no hayan sido planteados oportunamente en la audiencia de fundamentación del recurso ordinario, como exige la defensoría pública al reclamar que no se analizan las categorías dogmáticas del delito, sin que estas hayan sido cuestionadas previamente. En consecuencia, su segundo argumento de falta de motivación también resulta improcedente.

Sobre la contravención expresa

41. Como segundo cargo, planteó la contravención expresa del artículo 76.5 COIP, pues considera que se ha trasgredido el principio de favorabilidad al no aplicarse la pena mínima prevista en el tipo penal previsto en el artículo 144 COIP, pese a no existir atenuantes o agravantes.

42. Sobre la causal de contravención expresa, ha fijado esta Sala[2], ocurre cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados o las circunstancias sobre las cuales debe decidir el juzgador, guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

43. Contravenir, según el diccionario de la Real Academia Española, es "Obrar en contra de lo que está mandado"[3]; y, [de modo] expreso "Claro, patente, especificado"[4]. Por lo tanto, una contravención expresa debe entenderse como obrar en contra de lo que está específicamente mandado.

44. Son las violaciones a la ley la materia de análisis del recurso de casación. Por lo tanto son susceptibles de ser vulneradas por "contravención expresa del texto", únicamente aquellas normas legales que en su texto prevén un mandato específico ante la verificación de un supuesto de hecho igual de específico. El mandato puede ser positivo, cuando ordena una actuación o efecto concreto; o, negativo, cuando prohíbe una circunstancia específica.

45. Desde la perspectiva del objeto de análisis del recurso de casación, que es la sentencia de segunda instancia, la contravención expresa de la norma debió realizarse en el razonamiento judicial contenido en la decisión del Tribunal de Apelación. El efecto en casación, es que se proceda a aplicar la consecuencia jurídica omitida en la decisión de la causa.

46. Con todo lo expuesto, para fundamentar la causal de contravención expresa en primer lugar se debe determinar la norma presuntamente omitida, identificando con claridad el presupuesto de hecho contenido en la norma, y la consecuencia jurídica de su verificación que es un mandato expreso, ya sea una orden o una prohibición específicas.

47. Posteriormente, se debe identificar la parte de la sentencia en donde el Tribunal de Apelación fija los hechos que guardan identidad con el presupuesto fáctico de la norma presuntamente omitida y la parte donde se omite la consecuencia jurídica.

48. Si el relato fáctico o las circunstancias concretas del caso no guardan identidad con el presupuesto de la norma, no existe contravención expresa, pues no se ha cumplido la condición para aplicar la consecuencia jurídica de la norma y su omisión por parte de los jueces no significa ilegalidad.

49. Es más, si se verifica que el Tribunal de Apelación expresamente descartó del relato fáctico presupuesto de la norma que se reclama omitida, se está incurriendo en un pedido de revisión de hechos, pues para aplicar la norma omitida se requeriría alterar los hechos fijados para considerar demostrados aquellos específicamente descartados.

50. La defensa pública del procesado cumple con identificar la norma específica que considera vulnerada, la parte donde considera se encuentra el error, y las razones por las que estima se configura la causal. Sin embargo, y en relación con lo expuesto en el apartado anterior, la defensa del procesado no impugnó ni reprochó la dosimetría de la pena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales, por lo que no es parte del contenido de la sentencia los razonamientos o el ejercicio de control de legalidad, del cálculo de la pena.

51. Por lo tanto, al no haberse alegado oportunamente en Apelación el quantum de la pena, no se puede exigir que existe dentro de la decisión correspondiente un análisis sobre el mismo, sobre el cual se pueda realizar el ejercicio de casación. Es decir, nuevamente la defensa técnica del procesado alega cuestiones que no fueron objeto de debate y análisis en el recurso de apelación. Ya que, el artículo 5.18 del COIP, en concordancia con el artículo 76.7.l) CRE y el requisito de congruencia frente a las partes, fijado en la sentencia 1158-17-EP/21, establecen que la motivación está sujeta a la respuesta de los argumentos relevantes de las partes.

[2] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. Sentencia en caso 09266-2018-00198. 30 de agosto de 2021.
[3] Diccionario de la RAE, recuperado de: https://www.rae.es/dpd/contravenir
[4] https://dle.rae.es/expreso

52. Por lo que, no se puede reclamar en casación aquellos puntos, que no fueron sometidos a control integral de manera previa a través de su reproche como un argumento relevante mediante recurso ordinario. De lo contrario, no habrá material sobre el cual pueda ejercerse el análisis casacional. Por lo que su pedido, resulta improcedente.
53. Sin embargo, en respeto a la tutela judicial efectiva, el Tribunal de Casación considera necesario hacer las siguientes consideraciones, para establecer que no existe error o vulneración de los derechos de la persona procesada en cuanto a la aplicación de la pena.
54. Al respecto, la norma invocada (CRE, 76.5), en la parte pertinente a la pretensión del recurrente, señala: "En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora". De la lectura de la norma, el presupuesto normativo para la aplicación del mandato exige que exista duda sobre la aplicación de una norma.
55. La defensa ha solicitado que al no existir atenuantes ni agravantes se imponga la pena mínima, sin embargo, no ha establecido en qué sentido existe duda en cuanto a la aplicación de la sanción. Al respecto, la norma que regula la aplicación de atenuantes y agravantes, prevista en el artículo 44 COIP, es clara al establecer los efectos de estas circunstancias:

> Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.
> Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.
> Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

56. La norma citada es clara, el efecto de las atenuantes es reducir el mínimo previsto en el tipo penal reducido en un tercio; mientras que las agravantes provocan la imposición de la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. Por lo tanto, si no se verifican ninguna de estas circunstancias, es claro y sin duda alguna que el efecto es que el Tribunal juzgador puede imponer una pena dentro del rango previsto en el tipo penal. Que es precisamente lo que se ha hecho en la presente causa.
57. Por lo tanto no existe error en la pena impuesta, tampoco existe duda de los efectos de la existencia o no de atenuantes o agravantes, por lo que no existe tampoco ningún error de interpretación o selección en las normas analizadas. Por lo que, el pedido de la defensa técnica del procesado resulta improcedente.
58. De la lectura de la sentencia impugnada, no se encuentra ningún error de aplicación o interpretación de las normas pertinentes para dar respuesta jurídica al caso en concreto, que pueda influir en la decisión de la causa y que tenga mérito para proceder con la casación de oficio.

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, declara improcedente el recurso de casación propuesto por Edisson Nell Zambrano Párraga. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**
f) DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD **JUEZA NACIONAL PONENTE.** DRA. RITA BRAVO QUIJANO **CONJUEZA NACIONAL** DR. JAVIER DE LA CADENA CORREA **CONJUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

Esta sentencia analiza los parámetros constitucionales de motivación de las decisiones judiciales y los requisitos técnicos y argumentales de un cargo de casación por la causal de contravención expresa. Se establece que en los medios de impugnación la carga procesal corresponde al recurrente, por lo que no se puede alegar en casación la omisión de un punto de derecho si esto no fue propuesto a debate en apelación. Con lo que se declara que la sentencia está motivada e improcedente el recurso de casación al sustentarse en puntos que no fueron debatidos en apelación.

III

Juicio Nro. 09287-2020-00877
Fecha: martes 9 de enero 2024, a las 9h13

TEMA: Hurto.

SÍNTESIS

El Tribunal de Casación analiza la fundamentación del recurso, determinando que no existe la debida fundamentación del medio impugnatorio, por cuanto la sentencia recurrida no adolece de la deficiencia ni vicio motivacional alegados, a más de que cumple con los requisitos mínimos de motivación y en consecuencia es válida. Se inobserva por parte del casacionista, los principios que rigen la casación, determinándose claramente que no existen errores in iure en la sentencia; vicio que permitiría aplicar una casación oficiosa; advirtiendo que el recurrente, no tiene pretensión punitiva al no haber recurrido Fiscalía.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09287-2020-00877

Jueza Ponente: Ab. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, martes 9 de enero 2024, a las 9h13
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), el abogado Luis Rivera Velasco, Juez Nacional, y el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional, quienes avocan conocimiento de la causa, en virtud del recurso de casación interpuesto por el acusador particular señor JUAN ÁLVARO TRUJILLO VALERO; 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° 09287-2020-00877, 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) De la sentencia impugnada mediante recurso de casación, que resuelve el recurso de apelación interpuesto, se desprende la siguiente relación fáctica:

> **2.1)** *"[…] En relación al hecho circunstancial del acto punible, consta el Parte de Aprehensión de los procesados MILTON REMIGIO LOOR MENDEZ y KLEBER MANUEL SORIANO RODRIGUEZ, de fecha 10 de julio del 2020, suscrito por el Cbos. Carlos Alfredo Velásquez Dicado, Sgos. Juan Pablo Cevallos Aroca, Sgos. Edwin Gerardo Moreta Cocha y Sgos. Roberto Vicente Paullan Sani, en el que se indica: '…encontrándonos de servicio como grupo operativo Flagrancia Duran, se acercó hasta las oficinas de la Policía Judicial Duran el señor Ingeniero Juan Alvaro Trujillo Valero con CC. 0918727454 propietario de la compañía FENEC S.A ubicada en el KM 10 ½ de la vía Duran Yaguachi, manifestando que mediante cámaras de seguridad había observado que aproximadamente a las 10h12 del día de hoy 10 de julio del 2020 los señores Milton Remigio Loor Méndez CC1203370109 de 46 años (JEFE DE DESPACHO DE LA COMPAÑÍA) y Carlos*

Alberto Torres Monroy CC. 0703640441 de 37 años, Luis Alejandro Cevallos Vite con CC. 0803531741 de 25 años, John Raúl Merchán Hernández CC. 1305773507 de 48 años, Luis Ricardo Seavichay Guaramda CC. 0921855979 de 24 años (ESTIBADORES DE LA COMPAÑÍA) proceden a embarcar en el vehículo camión tipo furgón marca FREIGHTLINER de color morado de placas RAA-5219 conducido por el Sr. SORIANO RODRIGUEZ KLEVER MANUEL con CC. 1203027345 de 48 años de edad, 500 sacos de Compost Biol (abono orgánico) es decir con un excedente de 100 sacos valorados en 9 dólares cada uno dando un monto de 900 dólares aproximadamente, teniendo la orden el señor Milton Remigio Loor Méndez CC.- 1203370109 de solo embarcar 400 sacos que debían ser entregados a la hacienda Alejandra de la ciudad de Babahoyo, motivo por el cual nos trasladamos hasta la vía Durán Yaguachi parte exterior de la compañía en mención donde al identificarnos como Agentes de la Policía Judicial Durán se detuvo la marcha del vehículo antes detallado donde el conductor de nombres Soriano Rodríguez Klever Manuel con Cc. 1203027345 nos entrega una guía de remisión N°.0013716 de fecha de remisión 2020-07-10 de la compañía FENEC S.A para el transporte de 400 sacos de COMPO BIOL (abono orgánico) y explicarle el motivo de nuestra presencia se procedió a verificar que efectivamente existía 500 sacos de Compo Biol (abono orgánico) es decir 100 sacos más de lo que en la guía de remisión indica…'".

3) Los hechos antes descritos, materia de juzgamiento del presente proceso, fueron acusados por Fiscalía, por el delito de hurto, conforme el artículo 196 inciso primero del COIP, habiéndose emitido sentencia ratificatoria de inocencia a favor de los procesados Kléber Manuel Soriano Rodríguez y Milton Remigio Loor Méndez, tanto por el Juez de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Durán, provincia de Guayas, como por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas.

1.2.- Inicio del proceso.

4) El presente proceso se inicia en audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, celebrada ante el doctor Segundo Ricardo Arias Plaza, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Durán, provincia de Guayas, el día 10 de julio de 2020, en contra de los señores Milton Remigio Loor Méndez y Kleber Manuel Soriano Rodríguez, por el presunto delito de hurto, tipificado y sancionado en el artículo 196 inciso primero del COIP, habiendo dado a la causa el procedimiento directo.

1.3.- Juzgamiento.

5) Luego del trámite respectivo dado a la presente causa, el Juez de Garantías Penales antes indicado, doctor Segundo Ricardo Arias Plaza, dicta sentencia de lunes 12 de octubre de 2020, a las 13h17[1], en que resuelve:

5.1) *"[…], por parte de fiscalía se ha comprobado la materialidad del delito más no se comprobado la responsabilidad de los procesados en la infracción, al existir existe esa duda razonable, debiendo indicar que existe el principio universal del in-dubio pro-reo, esto es que la duda le favorece al reo, conforme lo determina el Art. 76 No. 5 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal; este juzgador de la Unidad Judicial Penal del Cantón Durán, Provincia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,* ***RATIFICA EL ESTADO DE INOCENCIA, Y DICTA SENTENCIA ABSOLUTORIA A FAVOR DE KLEBER MANUEL SORIANO RODRÍGUEZ Y MILTON REMIGIO LOOR MÉNDEZ,*** *cuyos estados y condiciones constan de autos, conforme lo expresamente determinado en los Artículos 619, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, por no haberse justificado sin espacio a la menor duda la responsabilidad en el delito tipificado y reprimido en el inciso primero del Art. 196 del Código Integral Penal. Por lo expuesto se revocan todas las medidas cautelares de carácter personales y reales que pudieren existir en contra de los procesados o sus bienes.- […]".*

[1] Sentencia dictada por el Juez a-quo, de fecha 12 de octubre de 2020, a las 13h17, constante a fs. 270 a 279, del expediente de primera instancia.

1.4.- Apelación.

6) De la sentencia antes referida, una vez que se ha notificado la misma en legal y debida forma, el acusador particular señor Juan Álvaro Trujillo Valero, dentro del término legal interpone recurso de apelación[2], siendo concedido el mismo, el día lunes 21 de diciembre de 2020, a las 11h21, mediante auto dictado por el juez a-quo[3].

7) Dado el trámite de apelación, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, integrada por los Jueces Provinciales doctor Henry Wilmer Morán Morán (Ponente), abogada Beatriz Irene Cruz Amores y abogado Ramos Alberto Lino Tumbaco, dicta sentencia de miércoles 24 de noviembre de 2021, las 15h44[4], en que por unanimidad resuelve:

> **7.1)** *"[…], **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve de manera unánime Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el ING. **JUAN ALVARO TRUJILLO VALERO** representante legal de la compañía FENEC S.A., confirmando en todas sus partes la sentencia absolutoria a favor de MILTON REMIGIO LOOR MENDEZ y KLEBER MANUEL SORIANO RODRIGUEZ, por el Ab. Segundo Ricardo Arias Plaza, Juez de la Unidad Judicial Penal con Sede en el Cantón Durán, Provincia del Guayas. […]".*

1.5.- Casación.

8) Del fallo antes indicado, dentro del término legal, con fecha 29 de noviembre de 2021, a las 15h47[5], el acusador particular señor Juan Álvaro Trujillo Valero, plantea recurso de casación, el mismo que es concedido por el tribunal ad-quem, mediante auto de jueves 30 de diciembre de 2021, las 12h54[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 19 de octubre de 2023, a partir de las 11h00[7], ante el Tribunal de Casación conformado por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz (Ponente), Jueza Nacional (E); el abogado Luis Rivera Velasco, Juez Nacional; y, el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional.

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 Sorteos por Recursos de 04 de febrero de 2022, a las 09h45[8], se encuentra conformado por el doctor Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), el abogado Luis Rivera Velasco, y el doctor Felipe Córdova Ochoa, Jueces Nacionales, actuando en la audiencia de casación, la abogada Mercedes Caicedo Aldaz por encontrarse encargada del despacho del primero de los nombrados al haber sido designado Presidente de la Corte Nacional de Justicia, desde el día 12 de febrero de 2022 conforme oficio N° 094-SG-CNJ de 07 de febrero de 2022, revocándose dicho encargo mediante oficio

[2] Escrito de interposición de recurso de apelación presentado por el acusador particular, con fecha 14 de diciembre de 2020, constantes a fs. 295 y 296 del expediente de primera instancia.
[3] Auto dictado por el Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Durán, provincia de Guayas, de 21 de diciembre de 2020, las 11h21, constante a fj. 304 ibídem.
[4] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de fecha 24 de noviembre de 2021, las 15h44, constante a fs. 37 a 50 del expediente de apelación.
[5] Escrito de interposición de recurso de casación, constante a fs. 52 a 53 vta., ibídem.
[6] Auto dictado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de 30 de diciembre de 2021, las 12h54, constante a fj. 55 ibídem.
[7] Acta de audiencia de 19 de octubre de 2023, a las 11h00, constante a fs. 8 a 11 vta., del expediente de casación.
[8] Acta de Sorteos por Recursos, de 04 de febrero de 2022, a las 09h45, constante a fj. 2 del expediente de casación.

N° 1076-P-CNJ-2023 de 22 de agosto de 2023, y en segundo lugar a partir del 02 de octubre de 2023 según consta en oficio N° 1227-P-CNJ-2023, de 28 de septiembre de 2023[9].

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL:

13) En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, de 10 de julio de 2020, 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 la defensa técnica del acusador particular recurrente señor Juan Álvaro Trujillo Valero, abogado Alex Reyes Paredes.

15) En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, la defensa técnica del recurrente, principalmente sustentó lo siguiente:

> **15.1)** Como primer punto, la sentencia recurrida carece de la motivación constitucional exigida por la Constitución en el artículo 76, numeral 7, literal l) que es requisito esencial de toda resolución de los órganos públicos cuyo incumplimiento es causa de nulidad de dicha decisión.
>
> **15.2)** La decisión atacada adolece de deficiencia motivacional en el tipo de apariencia con vicio motivacional de congruencia que está entre las pautas de motivación fijadas como criterio rector por la Corte Constitucional en la sentencia 1158-17-EP/21 de fecha 20 de octubre de 2021. El párrafo 88 de dicha sentencia dice lo siguiente: 'de ahí que esta Corte haya reiterado que la motivación de las decisiones judiciales debe guardar congruencia con las alegaciones de las partes, particularmente con los argumentos relevantes, de manera que la omisión de responder a los argumentos relevantes de las partes es un asunto que afecta a la suficiencia de motivación'. El juzgador pluripersonal no dio respuesta jurídica a su pretensión como recurrente en los términos expuestos en la fundamentación oral del recurso, en la respectiva audiencia; en ninguna parte de la sentencia recurrida se encuentra el pronunciamiento expreso de los fundamentos del recurso de apelación, tan solo el Tribunal se limitó a transcribirlos, lo que recuerda también lo dicho por la Corte Constitucional en una importante sentencia cuando dice: *'por la motivación no basta como suelen hacer nuestros jueces y juezas con dar una sentencia de muchas páginas en las que la gran mayoría son transcripciones de audiencia, de los informes, de los alegatos y más palabrería y formulismo inútil, y la ratio para decidir se encuentra en pocas líneas';* y, justamente, el Tribunal de Alzada, luego de transcribir en la sentencia todo lo manifestado por los sujetos procesales e incluso luego de hacer una transcripción de lo dicho por los testigos en primera instancia, en pocas líneas en el considerando sexto, 6.5, dice que la Sala concluye que al existir una falta de medios de prueba suficientes que lleven al convencimiento de que los procesados tengan responsabilidad en el delito que le atribuye la Fiscalía, porque ninguno de los testigos ha podido confirmar durante la audiencia de juzgamiento que los ciudadanos procesados, Milton Remigio Loor Méndez y Kleber Manuel Soriano Rodríguez hubieran participado directa o indirectamente como autor o cómplice en el delito. Entonces establecen una duda razonable a favor del reo, ya que el juzgador, para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable. Jamás el Tribunal en la sentencia toma los argumentos relevantes expuestos en la fundamentación del recurso de apelación, haciendo la respectiva

[9] Oficio N° 1227-P-CNJ-2023, de fecha 28 de septiembre de 2023, constante a fj. 6 ibídem.

desestimación de los mismos, de ser el caso. De ahí, es la ausencia de motivación de la sentencia impugnada y tomando en cuenta que la administración de justicia es garantista del debido proceso, vía casación se verifica que dicha sentencia de segunda instancia no cumple con los parámetros de motivación fijados por la Corte Constitucional en su sentencia 1158-17-EP/21.

15.3) Siguiente cargo: en la sentencia impugnada existe violación indirecta de la ley. Los abogados conocemos que si bien la estimación valorativa de las pruebas y conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, esta sí controla el proceso lógico seguido por el juzgador en su razonamiento, y más cuando el Tribunal Ad quem luego de errar en la apreciación de los hechos, de las pruebas, y su valoración legal al afirmar que hay ausencia de medios de pruebas suficientes, aplica en favor de los procesados duda razonable, artículo 5.3 del COIP, y transgreden así indirectamente el artículo 196 inciso primero del COIP. En la sentencia se toma en cuenta un único medio de prueba para liberar de responsabilidad a los procesados, que es la prueba testimonial, pero incluso el Tribunal de Alzada hace una valoración arbitraria de esa prueba, pues se aparta de una de las reglas que rigen al testimonio, conforme al artículo 502 numeral 1 del COIP, el testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendido, y en relación con las otras pruebas que se han presentado. Olvida el Tribunal que existe una prueba pericial, un informe técnico de audio y video y afines que se hizo como experticia, un vídeo de la filmación del hecho, que desdice totalmente la prueba testimonial. Entonces, existe violación indirecta de la ley, de tal manera que si el Tribunal hubiese valorado las pruebas conforme lo establece el COIP, no habría transgredido indirectamente la norma de derecho artículo 196 inciso primero del COIP, delito de hurto, que dejó de aplicarse en la causa.

15.4) La pretensión es que a la sentencia recurrida se la declare nula, básicamente, por lo indicado al comienzo, que es que adolece de la motivación constitucional correspondiente.

16) En réplica, el acusador particular, recurrente, señala:

16.1) En relación a lo manifestado por los abogados de los procesados, se ratifica en el recurso de casación; solamente se han referido a la parte de la falta de motivación y ha expresado que la motivación no es únicamente transcribir lo sucedido en audiencia, lo que dice cada una de las partes y finalmente decir no, en base de todo lo dicho, no existe prueba suficiente; eso es lo que dijo el Tribunal; y, como segundo punto, no se han referido a la violación indirecta de la ley, por lo que se ratifica en lo dicho en la primera parte de la audiencia.

4.2.- Intervención de Fiscalía General del Estado.

17) La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado, señala lo siguiente:

17.1) En virtud de que la Fiscalía no ha recurrido, no va a agregar nada a lo manifestado por la defensa técnica de la acusación.

4.3.- Intervención de los procesados no recurrentes.

4.3.1 Kleber Manuel Soriano Rodríguez.

18) El defensor técnico del procesado, abogado Pedro López, expresa lo siguiente:

18.1) En primer lugar téngase en consideración lo expresado en la providencia en la cual convocan a la presente audiencia de fundamentación de recurso de casación, principalmente en lo que hace relación a la última parte que dice expresamente, que en caso de no comparecencia de alguna de las personas recurrentes, se aplicará lo que establece el 652 numeral 8, en este caso, el abandono del recurso, y esto hago mención en cuanto al tema de la falta o la no presencia del recurrente.

18.2) El artículo 656 del COIP, que habla sobre el tema del recurso de casación, claramente establece bajo qué parámetro debe fundamentarse o concederse este tipo de recursos y expresa que es 1) porque en la sentencia se ha violado la ley, sea por contravenir expresamente su texto, por haber hecho una indebida aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente, y en la fundamentación del recurso de casación del denunciante, claramente estos parámetros no han sido plenamente cotejados, argumentados, traídos a efecto de que se pueda analizar o casar o entrar por lo menos a analizar algunos elementos; solamente ha hecho alusión en el sentido de que no ha habido

la respectiva motivación, sin embargo, de la sentencia claramente se expresa cuáles son los medios de prueba por los cuales la Sala ratifica el fallo del inferior, ya que el juez de primera instancia concede el estado de inocencia de mi representado, y la sala, en virtud de los mismos argumentos del juez, las mismas pruebas que básicamente el hecho en que se demuestra el nexo causal, para los jueces de la Sala, no existe el nexo causal entre la materialidad y la responsabilidad de mi representado, toda vez que es una persona que manejó el camión y dentro de los parámetros y de los fundamentos, claramente se ha determinado el porqué del estado de inocencia de mi representado.

18.3) Solicita rechacen el recurso de casación porque no cumple con los parámetros establecidos en el artículo 656 del COIP, que dejan tan claramente cuáles son los fundamentos o los motivos por los cuales debe concederse este tipo de recursos.

4.3.2 Milton Remigio Loor Méndez.

19) La defensora técnica del encausado, abogada Jessica Morocho, manifiesta:

19.1) El artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, exactamente en su numeral 7 manifiesta que el Tribunal de Alzada, al tema del recurso de apelación, al conocer la impugnación de una sanción, no empeorará la situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente. Esto considerando que Fiscalía jamás apeló a la decisión del juez de primer nivel.

19.2) Así también, he escuchado atentamente lo manifestado por el representante del recurrente, sin embargo, cabe manifestar que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal. No ha fundamentado cuál es la violación a la norma, solo ha manifestado que no existe motivación, pero, sin embargo, la sentencia 985-12-EP/20, en concordancia con la sentencia 1062-14-EP/20, manifiesta y ya deja claro cuáles son los estándares de argumentación y dicen que para realizar una motivación, tal como lo establece el artículo 76 número 7 literal l) de la Constitución de la República de Ecuador, manifiesta que deben cumplirse con dos requisitos: primero enunciar las normas o principios jurídicos en los que se funda la decisión y a su vez, explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes del hecho fáctico. Entonces, en la sentencia se puede evidenciar que tanto el juez de primer nivel, como los jueces de Sala dieron cumplimiento a esto, motivaron de forma correcta y cumplieron todos los requisitos.

19.3) También se considere que Fiscalía jamás apeló la decisión del juez de primer nivel, por lo que no se podría empeorar la situación; así que, siendo garantistas de derechos, conocedores de la norma, solicita que rechacen el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

20) Ante la fundamentación efectuada por el casacionista Juan Álvaro Trujillo Valero, se extraen los siguientes planteamientos:

20.1) Determinar si la sentencia recurrida adolece de falta de motivación, por violación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la CRE.

20.2) Analizar la impugnación de la sentencia, en cuanto a la violación indirecta de la ley que se acusa.

20.3) Pretensión: Solicita se declare la nulidad de la sentencia por falta de motivación.

SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

6.1.- Sobre el Derecho a Recurrir.

21) 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"*.

22) 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 (…)"*.

23) 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".*

24) En el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

> **24.1)** *"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].
>
> **24.2)** *"[...] 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].

25) En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, dice:

> **25.1)** *"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:

26) 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 denominados *in iudicando*, que debe versar la fundamentación de la impugnación, así como el pronunciamiento del Tribunal de Casación, recordando además, que en sede casacional, por imperativo legal, se encuentra prohibido revisar hechos o volver a valorar la prueba, lo cual es inadmisible conforme el inciso segundo de la norma últimamente señalada.

27) 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

[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.

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.

28) La Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación en los siguientes términos:

> **28.1)** *"La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior, cuyo objetivo principal es el de analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad 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].
>
> **28.2)** *"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].

29) 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.

30) 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.

31) Dice el profesor Gilberto Martínez Rave, que el recurso extraordinario de casación:

> **31.1)** *"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].

32) 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].

---

[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.

33) 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.

34) Además, en cuanto a la temporalidad, encontramos que se puede proponer el recurso de casación, conforme el artículo 657 numeral 1, en concordancia con los artículos 652 numeral 1 y 573 ibídem, *"Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia".*

6.3.- De la fundamentación del recurso planteado.

6.3.1.- Parámetros de la debida fundamentación.

35) En materia de fundamentación del recurso de casación, los Tribunales de la hoy Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus diferentes fallos, han definido parámetros a los que se deben someter quienes recurren, al momento de fundamentar sus impugnaciones; así tenemos: **a)** la obligación de precisar la **sentencia** de la cual se recurre; **b)** determinar en virtud del principio de **taxatividad**, el error *in iudicando* o causal específica que se alega, conforme el artículo 656 del COIP en concordancia con el principio de legalidad de los recursos en materia penal, establecido en el artículo 652 numeral 1 ibídem[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**.

36) 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:

> **36.1)** *"(…) 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].
>
> **36.2)** *"(…), 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].

37) Cabe indicar que, el cumplimiento de los parámetros antes citados por parte del recurrente, da como resultado que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar la sentencia, y de ser así, se habrá cumplido 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.

[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.

6.3.2.- Análisis de la fundamentación del recurso.
38) En forma previa resulta necesario hacer referencia, que los procesados no recurrentes han realizado un planteamiento respecto a que la falta de presencia de la víctima en la audiencia, conduce a que se declare el abandono de su impugnación; al respecto, el Tribunal de Casación advierte que conforme a la normativa aplicable al caso, la única diligencia en que resulta indispensable la presencia de un sujeto procesal, concretamente la persona procesada, es la audiencia de juicio; en la audiencia de casación encontramos una víctima que se encuentre representada por su defensa particular, sin que resulte necesaria e indispensable su comparecencia para que la diligencia se instale, pues la presencia de su defensa técnica particular, permite entender a este Tribunal, su deseo de continuar con su impugnación, resultando improcedente el cuestionamiento realizado por los encausados no recurrentes.
39) Ahora, corresponde al Tribunal de Casación, analizar la fundamentación del recurso, a fin de observar si se han cumplido con los parámetros antes señalados, para lo cual cabe la interrogante: **¿Se ha fundamentado debidamente el recurso de casación interpuesto?**, ante lo cual procede el siguiente análisis:
6.3.2.1.- Sentencia impugnada.
40) 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; al respecto, se observa que el recurrente, a través de su defensa técnica, ha omitido señalar expresamente cuál es la sentencia de la cual recurre; sin embargo, del contexto de sus alegaciones, se establece que su cuestionamiento es respecto a la sentencia dictada para resolver su recurso de apelación, esto es la emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de miércoles 24 de noviembre de 2021, las 15h44, que en concreto resuelve rechazar el recurso de apelación planteado por el acusador particular, con lo cual, a pesar de la omisión del recurrente, da cumplimiento a este parámetro de la fundamentación del recurso de casación.
6.3.2.2.- Primer Cargo.
41) Ya en cuanto a la fundamentación del recurso, el casacionista plantea como primer punto, la falta de motivación de la sentencia de apelación, vulnerando con ello el artículo 76.7.l) de la CRE, sobre lo cual esta Sala, en varios de sus fallos, ha señalado que no constituye propiamente un cargo casacional, pues conforme al mandato de optimización referido, la inmotivación de la sentencia nos conduce hacia la nulidad de la sentencia o resolución como bien lo indica el recurrente, y no a un fallo de fondo al que sí nos conduce el recurso de casación, por lo que no requiere encontrarse enlazado con una causal de error in iudicando de los previstos en la norma, pero sí es atendible en esta sede, debido a la necesidad de contar con una sentencia válida, para en ejercicio de la función del tribunal de casación, poder determinar si la sentencia es correcta o adolece de errores de derecho.
42) Para poder determinar si una sentencia se encuentra debidamente motivada, corresponde acudir a los denominados estándares de la motivación, provenientes de los diferentes ámbitos del derecho, tales como el constitucional [Art. 76.7.l) de la Constitución de la República[20]], el convencional, el legal, el jurisprudencial sea nacional o supranacional, y el doctrinario. En este contexto, dentro del tema de motivación se considera de fundamental importancia los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador, y entre ellos, uno de reciente data que realiza un análisis amplio del tema y recoge varios de estos estándares antes indicados, cual es el contenido en la sentencia N° 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, que por una parte establece como criterio rector que la motivación debe ser suficiente, independientemente de que sea correcta, 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

[20] **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".

tipos básicos de deficiencia motivacional a ser observados, que son la Inexistencia, la Insuficiencia, y la Apariencia, pudiendo esta última estar afectada por vicios motivacionales de Incoherencia, Inatinencia, Incongruencia, e Incomprensibilidad, señalando concretamente la sentencia referida, lo siguiente:

> **42.1)** *"Todo cargo de vulneración de la garantía de motivación es un argumento sobre la inobservancia del ya mencionado criterio rector; es decir, expresa las razones por las que una argumentación jurídica no consigue tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de deficiencia motivacional. (…) Hay tres tipos básicos de deficiencia motivacional: (1) la inexistencia; (2) la insuficiencia; y, (3) la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguno de estos tipos básicos.*
>
> ***(1) Inexistencia** (…) Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. (…)* ***(2) Insuficiencia** (…) Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.* ***(3) Apariencia** (…) Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, 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. (…)* ***(3.1) Incoherencia** (…) Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones– (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida. (…)* ***(3.2) Inatinencia** (…) Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no 'tienen que ver' con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez 'equivoca el punto' de la controversia judicial. (…)* ***(3.3) Incongruencia** (…) Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones –véanse, párrs. 104ss.–, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). (…)* ***(3.4) Incomprensibilidad** (…) Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o –cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)– para un ciudadano o ciudadana".*

43) Además, si bien el tema de la motivación no constituye un cargo casacional propiamente dicho, por lo que no se debe cumplir con principios de taxatividad, autonomía y trascendencia como un cargo casacional; sin embargo, conforme lo prevé la indicada sentencia constitucional 1158-17-EP/21, sí se debe cumplir con lo que señala el párrafo 100 de la misma, en cuanto a que si bien no resulta indispensable identificar uno de los tipos de deficiencia o de vicio motivacionales establecidos, lo que sí se requiere es que el recurrente formule con aceptable claridad y precisión, las razones por las cuales considera que se habría producido esta vulneración a la garantía de la motivación, suprimiendo por tanto de la alegación, las afirmaciones genéricas de

que la sentencia no se encuentra motivada, pues según el fallo constitucional, la sentencia se presume motivada, correspondiendo por tanto, para destruir dicha presunción, especificar en qué consiste el defecto de la motivación que se acusa, es decir, señalar de forma técnica por qué la sentencia adolece de falta de motivación.

44) Concretamente, en el cuestionamiento respecto a la motivación que realiza el acusador particular Juan Álvaro Trujillo Valero al fundamentar su recurso, señala que la sentencia impugnada adolece de deficiencia motivacional de apariencia, con el vicio motivacional de congruencia (Sic), por cuanto el juzgador ad-quem, a su criterio no dio respuesta jurídica a su pretensión de apelación formulada en la audiencia respectiva, únicamente el juzgador se limitó a transcribir los fundamentos de su recurso, e incluso los testimonios, y en pocas líneas, en el considerando 6.5, concluye que existe falta de medios de prueba suficientes que lleven al convencimiento de la responsabilidad de los procesados, establecen la duda razonable, y jamás toman los argumentos relevantes expuestos en la fundamentación del recurso de apelación, ni para desestimarlos.

45) En el contexto de lo alegado, y recordando que el párrafo 100 de la sentencia constitucional N° 1158-17-EP/21, más allá de especificar la deficiencia o vicio motivacional, exige que el recurrente explique cómo es que se considera la sentencia inmotivada, y cómo la falta de motivación ha repercutido en los derechos del recurrente, encontramos que alega el señor Juan Trujillo Valero que el juzgador de instancia no ha dado respuesta a sus argumentos de apelación, es decir existe el vicio de incongruencia frente a las partes. Al respeto, se observa que los planteamientos efectuados por el acusador particular en apelación, conforme se desprende de la sentencia de 24 de noviembre de 2021, a las 15h44, en el considerando Tercero, siendo el único recurrente, son *"que se trata de un delito de hurto flagrante, y que según lo señala la sentencia del a-quo, existe materialidad del delito pero que no se probó la responsabilidad de los encausados, lo cual es totalmente falso por lo que ha recurrido vía apelación";* cuestiona además, *"la determinación de valoración probatoria y plantea la revocatoria de la sentencia de primera instancia, estableciéndose la responsabilidad de los señores Milton Remigio Loor Méndez y Kléber Manuel Soriano Rodríguez".*

46) Ante estos cuestionamientos, que básicamente se ciñen a la probanza de la responsabilidad y que la valoración probatoria es incorrecta, la Sala provincial, procede a responder los planteamientos del impugnante, en el considerando Quinto del fallo, cuando realiza el análisis del debido proceso, la seguridad jurídica y las normas que regulan la prueba, y en el considerando Sexto realiza el análisis de la Sala respecto al caso concreto, y especificando en el 6.3 y 6.4 lo concerniente a la responsabilidad de los procesados. Es decir, la Sala da respuesta a los planteamientos del apelante, estableciendo la materialidad de la infracción en el numeral 6.2 con base en la prueba que analiza, y respecto a la responsabilidad de los señores encausados Milton Loor Méndez y Kléber Soriano Rodríguez, toma en consideración los testimonios que le lleva a determinar la no responsabilidad de los mismos, para concluir en el considerando 6.5:

> **46.1)** *"En consecuencia, la Sala concluye que al existir una falta de medios de pruebas suficientes que lleven al convencimiento de que los procesados tengan la responsabilidad en el delito que le atribuye la Fiscalía, porque ninguno de los testigos ha podido confirmar durante la audiencia de juzgamiento que los ciudadanos procesados MILTON REMIGIO LOOR MENDEZ y KLEBER MANUEL SORIANO RODRIGUEZ hubieran participado directa o indirectamente como autor o cómplice en el delito de hurto. Por lo que, en ausencia de medios de prueba suficientes, la Sala considera que no se encuentra probada suficientemente la responsabilidad de los procesados. Siendo pertinente referirnos a lo que señala el Art. 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, que dice '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: (…) 3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable'. Consecuentemente la sentencia subida en grado cumple con los requisitos establecidos en la Constitución del Ecuador Art. 76 numeral 7 literal l) concordante con el Código Orgánico Integral Penal Art. 5 numeral 18. Es necesario señalar que la Fiscalía titular de la acción penal no recurrió de la sentencia, se conformó con la misma, por lo que, la Sala observa lo que contempla en la sentencia No. 768-15-EP/20 (Caso No. 768-15-EP) de la Corte Constitucional, que indica: 'Si la Fiscalía no presenta*

recurso de casación, al resolver la impugnación de una sanción, los recursos presentados por el procesado o la acusación particular no podrán empeorar la situación de la persona procesada en cuanto a la pena."

147) Cabe hacer énfasis, en que el tribunal adquem, al abordar cada una de las pruebas constantes en el proceso, presentadas en la audiencia de juicio, realiza el análisis y la explicación de las razones por las cuales consideran que dichas pruebas no conllevan a colegir la responsabilidad de los procesados, incluida la pericia de audio, video y afines referida por el casacionista; con lo cual cabe preguntarse si en efecto, **¿el juzgador de instancia en su sentencia ha dado respuesta o no a las alegaciones realizadas en audiencia de apelación?**, y la respuesta es sí, ha dado respuesta a los argumentos planteados por la acusación particular en la fundamentación de su recurso de apelación, y en consecuencia, no existe un defecto motivacional en la sentencia que tenga que ver con la deficiencia de apariencia, en el vicio de incongruencia frente a las partes.

48) Además, este Tribunal de cierre, más allá de la argumentación planteada por el casacionista, ha revisado la sentencia de marras, evidenciando que el fallo da las razones de su decisión, tiene argumentos suficientes estructurados de manera lógica y coherente que hace referencia a los criterios jurídicos vertidos, aborda un antecedente de hechos, normativo y la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos dados por probados, y en definitiva cuenta con una motivación suficiente, siendo improcedente la alegación efectuada por el recurrente respecto a la falta de motivación.

6.3.2.3.- Segundo Cargo.

49) Alega el recurrente, como segundo punto, que en la sentencia de apelación existe violación indirecta de la ley, para lo cual señala que si bien la estimación valorativa de las pruebas, así como las conclusiones fácticas son inatacables en casación, sí se controla el proceso lógico que realiza el juzgador en su razonamiento, y concretamente indica que el tribunal de apelación, ha errado en la apreciación de los hechos, de las pruebas, y de su valoración, al afirmar que hay ausencia de medios de prueba suficientes, por lo que aplica la duda razonable a favor de los procesados; y, que ello transgrede indirectamente el artículo 196 inciso primero del COIP, que tipifica el delito de hurto. En esta línea argumentativa, señala el recurrente que se ha tomado en consideración un único medio de prueba que es la testimonial, y que el juzgador hace una valoración arbitraria de esa prueba apartándose de reglas que rigen el testimonio, que existe la prueba pericial de audio, video y afines porque existe video del hecho que desdice la prueba testimonial, por lo que a su criterio existe violación indirecta de la ley, y si el juzgador hubiese valorado conforme a derecho las pruebas, no habría incurrido en esta transgresión indirecta del artículo 196 inciso primero del COIP que se dejó de aplicar.

50) En cuanto a lo manifestado por el recurrente respecto a una violación indirecta de la ley, conforme ya se ha explicado anteriormente, el artículo 656 del COIP establece que el recurso de casación, en materia penal, procede cuando en la sentencia se ha producido la violación de la ley, esto es violación de la ley en general, única y exclusivamente bajo las causales determinadas expresamente en dicha norma que son contravención expresa del texto de la ley, indebida aplicación de la ley, y errónea interpretación de la misma, a las cuales en virtud del principio de taxatividad, obligatoriamente el recurrente debe remitirse cuando alega una violación de la ley, a más de realizar el argumento respectivo sobre la causal de casación seleccionada, determinando concretamente la norma vulnerada. Revisada la exposición del recurrente, se observa que el mismo incumple con el tecnicismo que el recurso de casación requiere, inobserva los principios que rigen el medio impugnatorio y que fueron determinados claramente con anterioridad.

51) En definitiva, el planteamiento del recurrente se ciñe a dos posturas, la primera respecto a la nulidad de la sentencia, y la segunda que hace referencia exclusivamente a la valoración probatoria, lo que se encuentra vedado en casación, conforme el segundo inciso del artículo 656 del COIP, debiendo indicar al recurrente que, si su pretensión era llegar a una determinación de violación a la ley por falta de valoración de prueba, tenía que seleccionar la causal de casación que corresponda según la norma últimamente mencionada, realizando una argumentación acorde respecto a lo que alega. A más de ello, que no ha sido observado por el casacionista, encontramos que su pretensión no es coherente con el segundo planteamiento, pues esta se ciñe exclusivamente a la declaratoria de nulidad, conforme lo ha dicho en forma expresa en la audiencia de casación ante un requerimiento de la ponencia; más, como se ha dicho, en el caso de falta de motivación del fallo, en efecto corresponde la declaratoria de nulidad conforme lo establece el artículo 76.7.l) de la CRE y más normas atinentes al tema motivacional, pero el segundo planteamiento no puede tener la misma pretensión, y consecuentemente, carece de pretensión alguna.

52) En virtud de lo analizado, el Tribunal se pregunta, **¿está fundamentado el segundo planteamiento del recurso de casación?**, y la respuesta es no, no existe una debida fundamentación del recurso de casación respecto al segundo cargo propuesto, más aún cuando la sentencia N° 768-15-EP/20, de 02 de diciembre de 2020[21], emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, advierte que la víctima no tiene pretensión punitiva cuando Fiscalía no ha presentado recurso, como sucede en el presente caso, en que Fiscalía no ha recurrido, ni en apelación, ni en casación.

6.3.3.- Facultad oficiosa.

53) 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 numeral 6 del COIP, esto es cuando el juzgador observa que en la sentencia se ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada; 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, por lo que, ante la interrogante de que si **¿existen errores de derecho que permitan casar de oficio la sentencia?**, la respuesta es no, no existen en la sentencia errores in iure que lleven a una casación oficiosa.

SÉPTIMO.- DECISIÓN:

54) Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 657 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad resuelve,

54.1) Declarar improcedente el recurso de Casación interpuesto por el acusador particular señor **JUAN ÁLVARO TRUJILLO VALERO,** por indebida fundamentación del medio impugnatorio conforme lo analizado en la presente sentencia, desechando en consecuencia la impugnación planteada, determinando además, que la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de miércoles 24 de noviembre de 2021, las 15h44, ha sido revisada en cuanto a su validez y determinación oficiosa de errores de derecho, concluyendo al respecto, que la referida sentencia se encuentra debidamente motivada y en consecuencia es válida, y que en la misma no adolece de errores de derecho que permitan casarla de oficio, advirtiendo que el único recurrente es el señor Juan Álvaro Trujillo Valero, quien no tiene entre sus facultades, pretensión punitiva.

54.2) 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** AB. LUIS RIVERA VELASCO **JUEZ NACIONAL** DR. FELIPE CÓRDOVA OCHOA **JUEZ NACIONAL.**

Resumen de fácil comprensión

El Tribunal de Casación analiza la fundamentación del recurso, determinando que no existe la debida fundamentación del medio impugnatorio, por cuanto la sentencia recurrida no adolece de la deficiencia ni vicio motivacional alegados, a más de que cumple con los requisitos mínimos de motivación y en consecuencia es válida, y se inobserva por parte del casacionista, los principios que rigen la casación, determinándose además, que no existen errores in iure en la sentencia que permitan aplicar una casación oficiosa, advirtiendo que el recurrente, no tiene pretensión punitiva al no haber recurrido Fiscalía.

[21] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 768-15-EP/20, de 02 de diciembre de 2020, Caso N° 768-15-EP.

IV

Juicio Nro. *13284-2020-00912*
Fecha: *viernes 12 de enero del 2024, las 17h08*

TEMA: Igualdad formal, igualdad material.

SÍNTESIS

La Sala rechaza el recurso de casación interpuesto, por cuanto, el recurrente ha propuesto la falta de aplicación de la garantía constitucional del "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"; toda vez que al otro procesado, en la misma causa, por el mismo delito, se le concedió la suspensión de la pena; la Sala advierte que: no toma en cuenta que al otro procesado, se le impuso una pena, acorde con su responsabilidad en el cometimiento del delito, como cómplice y no como autor directo, que es el caso del recurrente. La Sala estimó pertinente fijar el ámbito conceptual de la causal invocada en la fundamentación del recurso, esto es, la contravención expresa al texto de la ley; en tal virtud, en amplio análisis, aclara que esta modalidad de violación a la ley se verifica cuando, en la construcción de su fallo, los jueces de instancia ignoran la norma jurídica que estaban conminados a emplear. Doctrinariamente, esta causal es conocida como "error de omisión". Concluye la Sala puntualizando que para justificar la incursión de los jueces en este yerro de derecho, no basta la mera identificación de una norma jurídica, pues, existen normas que no tienen razón de ser empleadas en una sentencia; esta causal requiere que el casacionista explique con solvencia, por qué resultaba pertinente aplicar dicha norma en el fallo objetado. Entre la autoría y la complicidad existen diferencias sustanciales. Finalmente, que para la concesión de la suspensión condicional de la pena, no se encuentran en igualdad de condiciones el autor y el cómplice de un delito; por lo que, en el presente recurso, no es posible hablar de un trato discriminatorio en contra del recurrente. Se declara improcedente el recurso de casación interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13284-2020-00912

Juez Ponente: Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Quito, viernes 12 de enero del 2024, las 17h08. En la presente resolución, el infrascrito Tribunal determinará si, para efectos de la concesión de la suspensión condicional de la pena, se encuentran en igualdad de condiciones el autor y el cómplice de la conducta. Para tal efecto, se abordará el ámbito conceptual de estas modalidades de autoría y participación

VISTOS.- En audiencia de 31 de agosto de 2023, el infrascrito Tribunal declaró la improcedencia del recurso de casación interpuesto por el señor **JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES,** procesado; por ese motivo, conforme lo dispuesto en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República (en adelante, CRE); 5.18, 560.4 y 621 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), se reduce a escrito la decisión adoptada por suscrito órgano jurisdiccional, al tenor de las siguientes consideraciones:

PRIMERO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

1.1 El Consejo de la Judicatura, en ejercicio de las potestades conferidas en los artículos 181.3 de la CRE y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, con la finalidad de renovar la Corte Nacional de Justicia, por tal razón, una vez concluido este proceso, emitió la

Resolución No. 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 17 de noviembre de 2021, las 08h42, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal de 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 e Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales, y al doctor Felipe Córdova Ochoa, quien interviene en calidad de ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del COFJ.

1.3 Interviene en el conocimiento y resolución de la presente causa, la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en virtud de la designación del doctor Iván Saquicela Rodas, como presidente de la Corte Nacional de Justicia. Asimismo, debido a la ausencia temporal del doctor Walter Macías Fernández, interviene en la presente causa el doctor Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional.

1.4 La Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de casación, conforme lo disponen los artículos 184.1 y 76.7. k) de la CRE; 184 y 186.1 del COFJ; y, 656 y 657 del COIP.

1.5 La infracción imputada al recurrente, señor **JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES**, se materializó en el territorio ecuatoriano, por tal razón, el prenombrado ciudadano se encuentra sometido a la jurisdicción penal ecuatoriana, de conformidad con lo prescrito en el artículo 398 del COIP.

1.5 (sic) En razón de los antecedentes expuestos, se colige que el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de casación planteado por el procesado.

SEGUNDO: LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA *IN EXAMINE* Y VALIDEZ PROCESAL.

2.1 En audiencia celebrada el 31 de enero de 2020, ante el doctor Juan Aparicio Dueñas Vélez, juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Manta, provincia de Manabí, Fiscalía formuló cargos en contra de los señores **JUAN CARLOS CHAVEZ REYES Y JAIRO ANTONIO TAMAYO CEDEÑO,** por el delito de extorsión. Es decir, el proceso *sub judice* inició con vigencia del COIP[1]; por consiguiente, el medio de impugnación interpuesto por el encartado debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en este cuerpo normativo.

2.2 El proceso penal signado con el número **13284-2020-00912** ha sido tramitado conforme las reglas adjetivas previstas en el COIP; por tal razón, al no haber sido alegada por los sujetos procesales, o detectada por este Tribunal, se descarta la existencia de una omisión sustancial, que determine la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 652.10 del COIP; por lo que, se declara la validez de todo lo actuado en esta causa.

TERCERO: ANTECEDENTES.

3.1 Hechos.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, luego de justipreciar los elementos de prueba aportados por las partes procesales, por unanimidad, emitió la sentencia condenatoria en contra del casacionista, el 10 de marzo de 2022, las 16h46, imputándole la comisión del delito de extorsión, en base al siguiente enunciado fáctico:

> "...se puede colegir el modus operandi que utilizo el procesado Juan Carlos ChávezReyes, mediante llamadas de carácter extorsivo, en donde le exigían a la víctima la entrega de treinta mil dólares, y que esta transcripción guarda relación con todo lo manifestado en el testimonio anticipado rendido por la víctima, en el cual detalla la manera cómo se inició la intimidación por parte del procesado Juan Carlos Chaves Reyes, en donde constan fechas días y horas, la cantidad exigida, un menor de edad, datos que se relacionan entre sí, con el propósito de obtener provecho personal, sometiendo a la víctima, con actos intimidatorios, al manifestarle que él procesado era parte de una organización delictiva denominada Los Choneros, que es de conocimiento público, como esta organización

[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.

delictiva, ha sembrado el terror en todo el territorio ecuatoriano, cometiendo toda clases de delitos, esto, con el único fin de lograr, crear en la victima, a parte de un perjuicio a su patrimonio, un trauma psicológico para doblegar su voluntad, por cuanto le manifestaba que en caso de que no colaboraba con ellos, refiriéndose a la banda de Los Choneros, visitarían a su hermano, provocando en la victima pánico, porque ella sabía que si visitaban a su hermano seria para saludarlo, y que además le dio datos como nombre de la madre, cuñada, hermano que dicho sea de paso conocía que tenía dos vehículos, y del esposo de la víctima del cual también le dieron información, tenía en el cantón 24 de Mayo un local de venta de productos agroquímicos, conocían el lugar de trabajo de la víctima, posición económica del jefe de ella, incluso conocían que había viajado a Perú, México y Galápagos, con lo cual el procesado consiguió constreñir a la víctima, así lo exige la descripción típica y así se desprende de la significación misma del verbo *"constreñir"*, que ocurre, sí, que en tratándose de extorsión el evento o resultado corre por cuenta de la víctima que actúa manipulada, con voluntad doblegada y dirigida cual marioneta en manos del sujeto agente, por lo cual se ha demostrado que el delito de extorsión es un tipo penal de resultado, y de acuerdo con ello el momento consumativo del delito ocurre cuando el presionado a consecuencia directa del constreñimiento, hace, tolera u omite lo perseguido..." .

3.2 Antecedentes procesales.

3.2.1 En audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, celebrada el 31 de enero de 2020, ante el doctor Juan Aparicio Dueñas Vélez, juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Manta, provincia de Manabí, luego de calificarse la flagrancia del hecho sometido al conocimiento del mentado juzgador, Fiscalía formuló cargos en contra de los señores **JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES Y JAIRO ANTONIO TAMAYO CEDEÑO,** por el delito de extorsión.

3.2.2 Luego de la correspondiente audiencia de procedimiento directo, el doctor Juan Aparicio Dueñas Vélez, juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Manta, provincia de Manabí, dictó sentencia condenatoria en contra de los procesados, el 24 de agosto de 2020, las 15h01, resolviendo en lo principal lo siguiente:

"...el suscrito juez dicta SENTENCIA CONDENATORIA en contra del procesado Juan Carlos Chávez Reyes en calidad de autor directo, del delito de extorsión cuya infracción se encuentra tipificada y sancionada en el artículo 185 inciso primero del COIP, en relación al artículo 42.1 literal a de la ley Ibídem, imponiendo la pena privativa de libertad de SEIS AÑOS OCHO MESES, con la agravante del artículo 47.10 del COIP, por cuanto se valieron de un niño y; un, adolescente, para cometer la infracción, pena que deberá cumplir en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley del Cantón Portoviejo. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 70 numeral 7 ibídem, se le impone la multa de DIEZ salarios básicos unificados del trabajador en general…".

3.2.3 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, el señor Juan Carlos Chávez Reyes, procesado, interpuso recurso de apelación, por ese motivo, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2021, las 09h42, resolvió rechazar este medio de impugnación, y confirmar en todas sus partes el fallo de primer nivel.

3.1.5 (sic) En el ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, el señor Juan Carlos Chávez Reyes, procesado, planteó recurso extraordinario de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal de segunda instancia, por lo que, mediante providencia de 21 de octubre de 2021, las 16h45, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, concedió el recurso de casación al encartado, y remitió el proceso a la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

3.1.6 Mediante providencia de 23 de agosto de 2023, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación de sus medios de impugnación.

CUARTO:
DEBATE SUSCITADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL SEÑOR JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES, PROCESADO.

4.1.- Fundamentación del recurso de casación.

4.1.1 Juan Carlos Chávez Reyes, procesado.-

Conforme se desprende del audio y del acta de la audiencia desarrollada ante el infrascrito Tribunal, el señor Juan Carlos Chávez Reyes, por intermedio de su defensa técnica, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que la sentencia impugnada es la dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 10 de septiembre de 2021.
- Que el cargo casacional que plantea es la contravención expresa del artículo 66.4 de la Constitución de la República del Ecuador, que nos habla del derecho a la igualdad formal y material.
- Que el error en la sentencia se encuentra en el considerando sexto, que se refiere a la suspensión condicional de la pena.
- Que plantea este cargo porque existen dos procesados, ambos fueron sentenciados, el uno como autor y el otro como cómplice, y los dos eran policías; es decir, tenían la misma calidad, sin embargo, en el considerando sexto, a su defendido se le niega la suspensión condicional de la pena, mientras al otro procesado si se le concede.
- Que la Constitución de la República del Ecuador consagra el principio de igualdad, en virtud del cual, todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos y ninguna será discriminada.
- Que, al hablar de igualdad formal, significa que a todas las personas nos deben aplicar la misma ley, y, de igual manera, todas las personas tenemos los mismos derechos estamos protegidos por la Constitución. La igualdad formal es una igualdad ante la ley.
- Que, cuando se habla de igualdad material es una igualdad real que sea llevada a la práctica, es decir, que se practique y se ponga en ejercicio.
- Que, en el presente caso hay una discriminación, al uno sí se le concede un recurso, una suspensión condicional de la pena y al otro no.
- Que, para determinar si procedía la suspensión condicional de la penal, respecto de su defendido, se debía realizar un test de proporcionalidad, que es un método de interpretación que permite al juzgador establecer si una norma jurídica, que establece restricciones, debe o no debe aplicarse.
- Que, para aplicar el test de proporcionalidad, deben observarse cuatro principios: el primero, constitucionalidad, es decir, si la restricción está debidamente protegida en la Constitución, en este caso, el bien jurídico es la propiedad; el segundo, es la idoneidad, es decir, el juzgador debe analizar si la medida restrictiva realmente es idónea para proteger el bien constitucional, en este caso, vemos que la medida restrictiva es una pena privativa de libertad, entonces sí hay una idoneidad; el tercero, la necesidad, es decir, si la medida es necesaria, o es necesario aplicar otra medida alternativa menos restrictiva; en este caso, tenemos dos medidas alternativas, la pena de prisión y la suspensión condicional, entonces si se toman en cuenta los antecedentes penales de su defendido y que el bien jurídico no es la vida sino de propiedad, cabe una medida alternativa. El cuarto principio es la proporcionalidad en sentido estricto.
- Que se aplique el principio de proporcionalidad, y se conceda la medida de suspensión condicional de la pena.
- Que los fines que persigue la víctima son la verdad, la justicia, la reparación y la no revictimización, el más efectivo dentro de estos cuatro principios, para que la víctima pueda ser resarcida, sería una suspensión condicional de la pena, porque su defendido estaría obligado a cancelar y reparar a la víctima.
- Que el principio de trascendencia se verifica, porque se hizo una discriminación, ya que, a dos procesados, por la misma comisión, policías nacionales, en los mismos hechos, a uno se le da la suspensión condicional de la pena y al otro no.
- Que se acepte el recurso y que se le conceda a su defendido la suspensión condicional de la pena, ya que todos los elementos del artículo 630, fueron justificados de manera documentada en primera instancia.

4.2 Contradicción.

4.2.1 Fiscalía General del Estado.- La delegada de la Fiscal General del Estado, con la finalidad de contradecir los planteamientos esgrimidos por el procesado, explicó en lo principal lo siguiente:

- Que, en este caso, debemos diferenciar que el hoy recurrente se le sentenció como autor directo, mientras que, al otro procesado como cómplice, es decir, los procesados tienen diferente grado de participación.
- Que el procesado, hoy recurrente, fue condenado como autor directo del delito de extorsión, porque fue él quien llamó a la víctima a amenazarla a ella, a su hijo, y a su familia, con el fin de hacerse entregar treinta mil dólares, haciéndose incluso pasar como un miembro de la banda de los choneros.
- Que, el procesado incluso en se encontraba en funciones como policía, mientras la otra persona fue sentenciada como cómplice.
- Que, por lo expuesto, los procesados no estarían en iguales condiciones, por lo tanto, no existiría una violación al artículo 66.4 de la Constitución.

- Que el grado de participación del hoy recurrente es más grave.
- Que, incluso, al otro procesado no se le debía otorgar la suspensión condicional de la pena, por cuanto ambos eran servidores públicos, es más, de la Policía Nacional.
- Que se realice el test de proporcionalidad, en base a la participación de los procesados recurrentes, el uno autor y el otro cómplice, por ende, no se merecen los dos la misma pena y las mismas decisiones.
- Que no se ha logrado justificar la contravención expresa del artículo 66.4, que se refiere a la igualdad formal y material, en tanto las dos personas están en diferentes grados de participación.

4.2.2 Víctima.- La Defensoría Pública, en representación de la víctima, con la finalidad de contradecir los planteamientos esgrimidos por el procesado, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Que no existe una vulneración del principio de igualdad porque existe diferentes tipos de participación.
- Que una persona fue sentenciada en calidad de autor, y la otra persona, en calidad de cómplice, por lo que solicita que el recurso sea negado por improcedente.

4.3 Réplica.

4.3.1 Juan Carlos Chávez Reyes, procesado.

En el ejercicio del derecho a la réplica, la defensa técnica del señor Juan Carlos Chávez Reyes, procesado, expresó en lo principal lo siguiente:

- Que, si Fiscalía no estaba conforme con la sentencia, debió presentar un recurso de casación.
- Que, por cuanto el bien jurídico protegido es la propiedad, no ve motivo para que no se le conceda a su defendido la suspensión condicional de la pena.
- Que la suspensión condicional de la pena precautelaría incluso que la víctima sea reparada.

QUINTO:

CONSIDERACIONES EN TORNO AL RECURSO DE CASACIÓN.

5.1 Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República[2], el principio dispositivo rige "...la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias..."; este principio impone a los jueces el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los argumentos esgrimidos por las partes procesales, por tal razón, en sede de casación, los jueces no pueden pronunciarse fuera del límite fijado por los argumentos del recurrente, excepto, cuando del debate desarrollado entre las partes procesales, se desprende la necesidad de ejercer la facultad conferida en el artículo 657.6[3] del COIP, o cuando se precise el ejercicio de tal potestad, por adolecer el fallo impugnado de un error trascendente, y a todas luces evidente. Dicho esto, consideramos pertinente realizar las siguientes consideraciones, en torno a la naturaleza del recurso de casación:

5.2 El recurso de casación es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segundo nivel, o aquella dictada en virtud de la interposición de un recurso de doble conforme, por tal razón, en el caso concreto, la labor intelectiva del infrascrito Tribunal debe circunscribirse en el contenido de la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 21 de octubre de 2021, las 16h45.

5.3 El control de legalidad efectuado en sede de casación, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables la correcta aplicación de la ley en la resolución del asunto litigioso (artículos 76.1 y 172 de la Constitución de la República[4]), y se caracteriza por su excepcionalidad, pues, este examen no supone el inicio de una nueva instancia, ya que, no otorga a los Jueces la facultad de modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes

[2] Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

[3] Art. 657.- Trámite. El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 6. Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.

[4] Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...).
Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (...).

procesales (artículo 656 del COIP, segundo inciso[5]); estas facultades le corresponden privativamente a los Jueces de instancia (artículo 10 del COFJ[6]); por ese motivo, Roxin señala que: *"...[l]a casación es un recurso limitado, dado que, solo permite el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal..."*[7].

5.4 Sin embargo, no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, dado que, el carácter limitado de este medio de impugnación, impone al recurrente la obligación de justificar que la lesión al ordenamiento jurídico deviene de un vicio in iudicando, es decir, un vicio originado en el raciocinio del juzgador, al momento de aplicar o interpretar el derecho sustantivo en la resolución de la causa, ya sea, por no considerar la norma jurídica pertinente, por emplear una norma jurídica distinta a la que correspondía, o por deformar el alcance de la norma jurídica aplicada en el fallo objetado (artículo 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..."*[8]. Además, 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.

5.5 Para finalizar esta digresión, resulta necesario señalar que, si bien no constituyen materia de casación, los vicios de procedimiento, o errores *in procedendo,* pueden ser analizados por el Tribunal de casación, puesto que, de conformidad con la regla prevista en el artículo 652.10 del COIP, que establece lo siguiente: *"...si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso…"*. Insistimos, los yerros in procedendo no constituyen propiamente cargos de casación, sin embargo, pueden ser estudiados, siempre que representen la violación al derecho sustantivo[9], y que el yerro se ajuste a las exigencias legales y jurisprudenciales[10].

5.6 En razón de las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, se determina que el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación coloca al recurrente en la obligación de observar las siguientes exigencias, al momento de fundamentar su recurso:

- Los errores susceptibles de casación, por regla general, son los denominados errores *in iudicando* (excepcionalmente los errores *in procedendo*), por tal razón, la hipótesis planteada en esta sede, debe ser construida mediante la confluencia de la violación a una norma jurídica sustantiva, y la adecuación de dicha transgresión a una de las causales

---

[5] Art. 656.- Procedencia. El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.
No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.

[6] Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad.- (...) La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

[7] ROXIN, Claus; (2000). Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto: Buenos Aires-Argentina. P. 466.

[8] PABÓN GÓMEZ, Germán; (2022). *De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio,* Ibañez: Bogotá Colombia. P. 4344.

[9] Violación a la garantía de juez competente (art. 652.120.a) del COIP). Violación a la garantía de motivación de la sentencia (art. 652.10.b) del COIP). Violación del derecho a la defensa (art. 652.10.c) del COIP).

[10] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa No. 02517SEPCC, de 25 de enero de 2017, que establece una regla de precedente, para la aplicación del artículo 652.10.c) del COIP, determinando que: *"para declarar la nulidad de un proceso en materia penal, en razón de la causal c) del número 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, será necesario que la judicatura enuncie de forma explícita la norma o normas procesales penales cuya inobservancia habría ocasionado la violación de trámite; así como, la pertinencia de su aplicación a dicho trámite, como análisis previo a determinar si dicha violación de trámite acarreó o no una violación del derecho a la defensa; y, como análisis posterior, las razones por las cuales la violación de trámite tuvo influencia en la decisión de la causa".*

específicamente previstas en el artículo 656 del COIP[11]).

- El yerro *in iudicando* planteado en sede de casación debe sustentarse a la luz de los principios de autonomía[12], trascendencia[13] y no debate de instancia[14].

SEXTO:
PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR EL CASACIONISTA.

6.1 Del estudio de los planteamientos realizados por el impugnante, se desprende el problema jurídico que debe ocupar el análisis del infrascrito Tribunal, el cual, puede sintetizarse de la siguiente forma:

- *¿Frente a la eventual concesión de la suspensión condicional de la pena, se encuentran en una situación de igualdad el autor y el cómplice de un injusto?*

SÉPTIMO:
RESPUESTA RAZONADA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO POR EL CASACIONISTA.

¿Frente a la eventual concesión de la suspensión condicional de la pena, se encuentran en una situación de igualdad el autor y el cómplice de un injusto?

7.1 El problema jurídico identificado por el suscrito Tribunal, se desprende de los argumentos esgrimidos por el casacionista en la audiencia de fundamentación de su recurso, pues, el cargo planteado en esta diligencia, refiere que la sentencia de segundo nivel incurrió en la contravención expresa al texto del artículo 66.4 de la CRE, que consagra el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Para sustentar este cargo casacional, la defensa técnica del impugnante planteó la existencia de un supuesto trato discriminatorio por parte del Tribunal de segunda instancia, que resolvió conceder la suspensión condicional de la pena, únicamente a quien intervino en el hecho como cómplice, y no a su patrocinado, que actuó como autor, pese a que ambos se encontraban en igualdad de condiciones, es decir, pese a que ambos eran policías en servicio activo al momento de los hechos.

7.2 Para el estudio del cargo casacional propuesto por el impugnante, el suscrito Tribunal debe fijar el ámbito conceptual de la causal invocada en la fundamentación de su recurso, esto es, la contravención expresa al texto de la ley; en tal virtud, se determina que, esta modalidad de violación a la ley se verifica cuando, en la construcción de su fallo, los jueces de instancia ignoran la norma jurídica que estaban conminados a emplear. Doctrinariamente, esta causal es conocida como "error de omisión", pues, está caracterizada por la falta de aplicación de una norma jurídica en la resolución del asunto litigioso. Sin embargo, para justificar la incursión de los jueces en este yerro de derecho, no basta la mera identificación de una norma jurídica, pues, existen normas que no tienen razón de ser empleadas en una sentencia; esta causal requiere que el casacionista explique con solvencia, por qué resultaba pertinente aplicar dicha norma en el fallo objetado. A continuación, explicamos cómo debe sustentarse la pertinencia de la norma jurídica:

- Cuando el precepto jurídico supuestamente ignorado, está construido bajo la confluencia de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, como ocurre con los tipos penales, o las normas *ius fundamentales* con estructura de regla, el casacionista debe iniciar su exposición identificando los hechos del caso concreto, ya que, solo de esa forma, podrá justificar la identidad entre tales hechos, y el supuesto fáctico consignado en la norma jurídica presuntamente soslayada. Vale señalar que, en estos casos, la contravención expresa al texto de la ley se verifica cuando el impugnante ha logrado acreditar la identidad entre la norma y los hechos probados.
- Existen normas que no siguen la lógica referida en el acápite que antecede, pues, consagran reglas, principios o derechos, pero de manera abstracta, por lo que, en tratándose de este tipo de normas, el recurrente debe circunscribir su exposición al caso concreto, identificando las circunstancias específicas de la causa, que considera se contraponen al contenido de la regla, principio o derecho invocado. Debemos tener presente que este tipo de

[11] Esto es, la necesidad de que el recurrente adecúe la violación de la norma jurídica identificada, a una de las causales específicamente previstas en el artículo 656 del COIP.
[12] Es necesario que cada cargo de casación posea una argumentación independiente.
[13] Se requiere que el yerro alegado haya tenido incidencia en la decisión de la causa.
[14] El recurrente no puede incurrir en pedidos que involucren la valoración de la prueba, o la modificación de los hechos.

normas, si bien imponen un deber de observancia al conglomerado en general, lo hacen de manera indeterminada, es decir, no lo hace en consideración a una circunstancia de hecho específica, por lo que, insistimos, es deber del impugnante acreditar la identidad entre el contenido del derecho o principio, y la supuesta circunstancia anómala, para que el cargo casacional prospere. Pensemos, por ejemplo, en el principio de favorabilidad: no se puede exigir al juez la aplicación de este principio en todos los casos, puesto que, éste resulta aplicable solo cuando exista *"conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho"*. En consecuencia, solo cuando el recurrente ha justificado que las circunstancias del caso específico se contraponen al contenido de la norma que consagra un derecho o principio en abstracto, podrá prosperar la contravención expresa al texto de un precepto de esta índole.

7.3 En la especie, el casacionista ha propuesto la falta de aplicación del artículo 66.4 de la CRE, que establece lo siguiente: *"Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) [el] Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"*. La norma ius fundamental invocada por el casacionista consagra un derecho que le corresponde a todos los individuos de la especie humana; por consiguiente, conforme advertimos *supra*, la pertinencia de la aplicación de esa norma en la sentencia de segunda instancia, debe explicarse de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, y a la falta de correspondencia de estas circunstancias con el ámbito conceptual del derecho a la igualdad. Con la finalidad de explicar este aserto, proponemos el siguiente ejemplo: todos tenemos el derecho a la inviolabilidad de la vida, pero, para alegar la violación de este derecho en la sentencia de segunda instancia, debemos identificar las circunstancias del caso concreto, y evidenciar que ellas se alejan del contenido de este derecho, por ejemplo, la imposición de una pena incompatible con el derecho a la inviolabilidad de la vida (pena de muerte).

7.4 Ahora bien, la Corte Constitucional del Ecuador ha explicado el alcance del derecho a la igualdad, en los siguientes términos: *"...el derecho en cuestión contiene dos dimensiones: una formal, que "presupone un trato idéntico a sujetos -individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación"*, y una dimensión material, que conlleva la obligación del Estado de adoptar acciones afirmativas, con el objetivo de equiparar el goce y ejercicio de los derechos de aquellas personas que se encuentren en situación de desventaja..." [15]. Sobre la base de lo expuesto, es posible manifestar que, para justificar la pertinencia de la aplicación del artículo 66.4 de la CRE, en la sentencia de segundo nivel, el recurrente debía identificar en cuál de las dimensiones de este derecho se ajusta su reproche, pues, la igualdad formal tiene relación con una circunstancia completamente distinta, de aquella prevista en el caso de la igualdad material.

7.5 En la fundamentación del medio de impugnación en análisis, la defensa técnica del casacionista ha dicho que, mientras la igualdad formal es la igualdad ante la ley, la igualdad material es una la igualdad que debe ser llevada a la práctica; es decir, sus argumentos fueron imprecisos, pues, no se ajustaron al contenido real de este derecho:

Igualdad formal	Trato idéntico entre sujetos que se encuentran en la misma condición
Igualdad material	Acciones afirmativas para equiparar el ejercicio de los derechos de quienes se encuentran en una situación de desventaja

7.6 En todo caso, es posible advertir que, el reproche del casacionista se ajusta a la presunta violación del derecho a la igualdad formal, pues, conforme advertimos en líneas precedentes, la fundamentación de su cargo se construyó sobre la base de un supuesto trato discriminatorio por parte del Tribunal adquem, que concedió la suspensión condicional de la pena, solamente a quien intervino como cómplice de la conducta punible, pese a que, tanto el cómplice como el autor, eran policías en servicio activo.

7.7 No obstante, vale mencionar que, la fundamentación del supuesto trato discriminatorio, planteado por la defensa técnica del procesado, se construyó sobre la base de un sofisma, ya que, se pretendió justificar el mentado trato discriminatorio, en base a la existencia de una falsa analogía. En las líneas subsiguientes, explicamos esta reflexión.

7.8 En el considerando quinto de la sentencia impugnada, esto es, aquella dictada por la Sala

[15] Sentencia No. 6119IN/21, dictada por la Corte Constitucional el 21 de diciembre de 2021.

Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 10 de septiembre de 2021, las 09h42, el Tribunal de segunda instancia hizo un análisis individualizado de la responsabilidad de los procesados, indicando en lo principal lo siguiente:

> **(...) 5.2.- RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES: (...)** el modus operandi, que utilizó el procesado Juan Carlos Chávez Reyes, mediante llamadas de carácter extorsivo, en donde le exigía a la víctima la entrega de treinta mil dólares, y que esta transcripción guarda relación con todo lo manifestado en el testimonio anticipado rendido por la víctima, en el cual detalla la manera cómo se inició la intimidación por parte del procesado Juan Carlos Chaves Reyes, en donde constan fechas días y horas, la cantidad exigida, un menor de edad, datos que se relacionan entre sí, con el propósito de obtener provecho personal, sometiendo a la víctima, con actos intimidatorios, al manifestarle que él procesado era parte de una organización delictiva denominada Los Choneros, que es de conocimiento público, como esta organización delictiva, ha sembrado el terror en todo el territorio ecuatoriano, cometiendo toda clases de delitos, esto, con el único fin de lograr, crear en la victima, a parte de un perjuicio a su patrimonio, un trauma psicológico para doblegar su voluntad, por cuanto le manifestaba que en caso de que no colaboraba con ellos, refiriéndose a la banda de Los Choneros, visitarían a su hermano, provocando en la victima pánico, porque ella sabía que si visitaban a su hermano seria para saludarlo, y que además le dio datos como nombre de la madre, cuñada, hermano que dicho sea de paso conocía que tenía dos vehículos, y del esposo de la víctima del cual también le dieron información, tenía en el cantón 24 de Mayo un local de venta de productos agroquímicos, conocían el lugar de trabajo de la víctima, posición económica del jefe de ella, incluso conocían que había viajado a Perú, México y Galápagos, con lo cual el procesado consiguió constreñir a la víctima, así lo exige la descripción típica y así se desprende de la significación misma del verbo ''constreñir'', que ocurre, sí, que en tratándose de extorsión el evento o resultado corre por cuenta de la víctima que actúa manipulada, con voluntad doblegada y dirigida cual marioneta en manos del sujeto agente, por lo cual se ha demostrado que el delito de extorsión es un tipo penal de resultado, y de acuerdo con ello el momento consumativo del delito ocurre cuando el presionado a consecuencia directa del constreñimiento, hace, tolera u omite lo perseguido.
>
> **5.3.- RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO JAIRO ANTONIO TAMAYO CEDEÑO,** así mismo esta Sala ha procedido a revalorizar la prueba actuada en el juicio directo, llegando al convencimiento de que el procesado Tamayo Cedeño participó en el hecho, esto con los siguientes medios probatorios: 1.- TESTIMONIO ANTICIPADO RENDIDO POR LA VÍCTIMA, quien indico conocer al procesado Jairo Antonio Tamayo Cedeño, como su vecino en el cantón Santa Ana, esto desde cuando tenía ochos años de edad, por lo que se colige que suministro toda la información la cual fue entregada al procesado Juan Carlos Chávez Reyes, con el único fin de consumar la infracción (...) El accionar del procesado JAIRO ANTONIO TAMAYO CEDEÑO, se enmarca en el presente caso en calidad de cómplice, por cuanto en forma dolosa, facilito y coopero con actos anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido (...) la acción de cómplice ineludiblemente va cargada del dolo, dolo que según COIP, es la acción que tiene el designio de causar daño, y esto se justifica en el momento que JAIRO ANTONIO TAMAYO CEDEÑO, de forma dolosa, facilito, coadyuvo y coopero con actos anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, al dar información acerca de la víctima.

7.8 De la cita que antecede, se desprende que los jueces de segundo nivel llegaron al convencimiento de que el casacionista, señor Juan Carlos Chávez Reyes, intervino en el hecho en calidad de autor directo; mientras que, el señor Jairo Tamayo Cedeño, participó en calidad de cómplice, por ende, el alegato planteado por el casacionista, en torno a la existencia de un presunto trato discriminatorio, no soporta mayor análisis, dado que, los procesados no se encontraban en igualdad de condiciones.

7.9 Para respaldar el criterio esgrimido en el párrafo que antecede, es decir, la inexistencia de igualdad de condiciones entre el casacionista y el señor Jairo Tamayo Cedeño, consideramos pertinente abordar ámbito conceptual de la autoría y la participación. En este sentido, cabe manifestar que, la autoría directa está prevista en el artículo 42.1.a) del COIP. En el estudio de la autoría, juega un rol fundamental la noción del dominio del hecho, desarrollado por la dogmática penal, especialmente por Hegler, Welzel, y posteriormente Roxin[16], según esta tesis, es autor directo de un delito, aquel individuo que decide si el hecho se materializa o no, por eso, se manifiesta que el autor domina el hecho, pues, en sus manos se encuentra la posibilidad de que el evento se suscite o no.

Individuo	**DOMINIO DEL HECHO**	
	El individuo decide si ejecuta la conducta	
	Si decide ejecutar la conducta	Se verifica el delito
	No decide ejecutar la conducta	No se verifica el delito

7.10 Por otro lado, artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, indica que, en un delito, las personas también pueden intervenir como cómplices. La conducta del cómplice se resume en una actividad de cooperación o facilitación, y se verifica mediante la ejecución de un comportamiento secundario, que puede ser simultáneo o anterior a la conducta ejecutada por el autor de un injusto penal. Por tal motivo, de manera unánime, la doctrina coincide en el carácter accesorio de la complicidad, e indica que no hay complicidad si no existe una conducta principal dolosa. La dogmática penal concibe a la complicidad como una forma de participación en un hecho ajeno, y resalta que el cómplice no posee el dominio de ese evento; en este sentido, Donna enseña que: *"... El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta."* [17]. Autónomamente considerada, la conducta del cómplice no constituye un delito, y no subsiste en el ámbito jurídico, si es que no se ha probado la ejecución de una conducta delictiva principal. La complicidad posee los siguientes presupuestos:

Presupuesto 1	Ejecución de una conducta secundaria
Presupuesto 2	La conducta secundaria debe ser accesoria de una conducta principal
Presupuesto 3	La conducta secundaria debe ejecutarse de manera simultánea o anterior a la conducta principal
Presupuesto 4	La conducta secundaria debe colaborar o facilitar la obtención del resultado que persigue la conducta principal

7.11 Entonces, entre la autoría y la complicidad existen diferencias sustanciales, que no solo se expresan en el ámbito conceptual, también se manifiestan en el ámbito jurisdiccional, pues, dada la mayor reprochabilidad de la conducta de un autor, la pena que le corresponde a aquel, es considerablemente mayor a quien intervino como cómplice de un delito; por consiguiente, los procesados no se encontraban en las mismas condiciones, y, si bien los jueces de segundo nivel refieren que los encausados eran policías, el factor determinante para negarle al casacionista la suspensión condicional de la pena, es la modalidad y gravedad de su conducta, que fue determinada en base a un ejercicio subjetivo de valoración de los hechos y prueba, en el cual, no puede incurrir el infrascrito Tribunal. A continuación, citamos el segmento de la sentencia, donde el Tribunal adquem describe los hechos atribuidos al procesado, y que sustentaron su decisión de negar la petición de suspensión condicional de la pena:

> "...este Juzgador RESUELVE NEGAR LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PENA, por no reunir los requisitos determinados en el artículo 630 del COIP" . Esta Sala comparte lo resuelto por el Aquo en cuanto al PROCESADO JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES, ya que además este de manera directa obligó con llamadas intimidatorias a la entrega de dinero a la víctima a cambio de no atentar con su vida y la de sus familiares, en perjuicio de su patrimonio y de su vida, conforme lo describe el tipo penal y a consecuencia de ello, es que, vulneró varios bienes jurídicos la integridad personal, la propiedad, con la única finalidad que ejerciera

[16] Roxin, Claus; Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal; Martial Pons; Madrid, España; 2016; p. 77.
[17] Donna, E. (2002). La autoría y la Participación Criminal. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 107.

actos en detrimento de su patrimonio, tenía el designio de causar daño con total dominio y conocimiento que a pesar de ser una conducta contraria al normal convivir social, no procuró contener dicha acción, actuando con voluntad y conciencia...".

7.12 Finalmente, vale mencionar que, de conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, deben confluir tres elementos para configurar el trato discriminatorio: *"...(1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos…"* [18]. En el caso concreto, no se puede hablar de un trato discriminatorio, por cuanto, no se ha verificado el requisito de comparabilidad.

7.13 En conclusión, y dando respuesta al problema jurídico que involucró el cargo casacional planteado por el señor Juan Carlos Chávez Reyes, este Tribunal determina que, para efectos de la concesión de la suspensión condicional de la pena, no se encuentran en igualdad de condiciones el autor y el cómplice de un delito; por lo que, en el presente recurso, no es posible hablar de un trato discriminatorio en contra del recurrente, ya que no se ha verificado el presupuesto de comparabilidad, respecto del otro procesado, a quien, si se le concedió la suspensión condicional de la pena; por consiguiente, no se advierte que el fallo impugnado haya incurrido en la contravención expresa al texto del artículo 66.4 de la CRE.

OCTAVO:
DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, y al amparo de los numerales tercero y quinto del artículo 657 del COIP, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES, procesado; por tal razón, se dispone la devolución del expediente al Tribunal de origen. NOTÍFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUICIO N° 13284-2020-00912
VOTO CONCURRENTE
Ab. Esp. Mercedes Caicedo Aldaz, Msc. Phd.
(e) Jueza Nacional (E)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.

Quito, viernes 12 de enero del 2024, las 17h08

VISTOS.

1. Abogada Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, Jueza Nacional (E) integrante del Tribunal de Casación dentro del proceso penal N° 13284-2020-00912, respecto de la sentencia que se dicta en la presente causa, encontrándome de acuerdo en la parte resolutiva de la misma, concurro respecto que de la decisión emitida no se evidencia que se haga un análisis sobre la facultad oficiosa que tiene el tribunal aunque la fundamentación del recurso haya sido equivocada. Previo a referir si procede o no activar la facultad oficiosa constante en el artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a que *"Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá"*, corresponde a este órgano juzgador, realizar el análisis respectivo de la sentencia de apelación, a fin de determinar si el tribunal adquem ha cumplido con la obligación constitucional de motivar su resolución, y verificar si se cuenta con una sentencia válida para ejercer la función nomofiláctica, pues de incumplirse con la obligación motivacional establecida principalmente en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, la sentencia es nula, inválida, inexistente.

2. Ahora, para realizar el estudio de la motivación del fallo, es necesario acudir a los denominados estándares de la motivación, provenientes de los distintos ámbitos del derecho, sea constitucional,

[18] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 61-19-IN/21, dictada el 21 de diciembre de 2021. 18 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6119IN/21, dictada el 21 de diciembre de 2021.

convencional, legal, jurisprudencial y doctrinario, tomando como base el mandato de optimización últimamente mencionado; pero dentro de lo señalado, resulta importante acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que trata de esta temática, y en especial a la sentencia N° 115817EP/21, de 20 de octubre de 2021, citada en la sentencia de casación, que trata en una forma bastante amplia y completa, sobre los estándares motivacionales antes indicados, y en lo principal establece tres tipos básicos de deficiencia motivacional a ser observados, que son la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia, y dentro de esta última, cuatro vicios motivacionales, incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprensibilidad de la motivación, conceptualizándose las mismas, resumidamente como: Inexistencia, ausencia absoluta de los elementos mínimos de la motivación; Insuficiencia, que contempla un cumplimiento defectuoso de dichos elementos mínimos; Apariencia, cuando a primera vista parece ser motivada pero en realidad no lo es; Incoherencia, contradicción entre las premisas y las conclusiones y entre estas y la decisión; Inatinencia, cuando las razones de la decisión no guardan relación con el punto de discusión; Incongruencia, cuando no se da respuesta a los argumentos de las partes; e Incomprensibilidad, cuando no es razonablemente inteligible.

3. En este contexto, revisada la sentencia dictada por los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de fecha 10 de septiembre del 2021, las 09h42, encontramos que la misma sí cumple con los requerimientos mínimos de la motivación, contiene fundamentación jurídica y fáctica, 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, y se ha dado la respectiva contestación a los alegatos de apelación, cumpliéndose así con los parámetros de motivación de la sentencia, por lo que se concluye que **el fallo sí se encuentra debidamente motivado,** es decir tenemos una sentencia válida.

4. Una vez determinadas las razones de la decisión de los jueces adquem, advierto de acuerdo a la decisión constante en el considerando octavo, que dice: ***"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,*** *por unanimidad, y al amparo de los numerales tercero y quinto del articulo 657 del COIP, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por* ***JUAN CARLOS CHÁVEZ REYES"*** , sin embargo añado que este Tribunal de Casación, no advierte la necesidad de ejercer la facultad oficiosa consignada en el artículo 657.6 del COIP.- **NOTIFÍQUESE.**

f) DR. FELIPE ESTEBAN CÓRDOVA OCHOA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. CARLOS VINICIO PAZOS MEDINA **CONJUEZ NACIONAL (E)** DRA. MERCEDES JOHANNA CAICEDO ALDAZ **JUEZA NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

En la presente resolución, el infrascrito Tribunal analizará si el recurso de casación interpuesto por el procesado, justifica la indebida aplicación del inciso sexto del artículo 189 del COIP, en relación con el artículo 42.3 ibidem. Para el análisis de este cargo, el Tribunal de casación advierte la necesidad de abordar la siguiente problemática: ¿son responsables todos los coautores del resultado final en un evento delictivo? La respuesta a esta interrogante dependerá del conocimiento y voluntad de los coautores, es decir, del dolo; ahora bien, el resultado puede ser abarcado por un dolo directo, indirecto o eventual; para la solución del caso concreto, se hará énfasis en el alcance del dolo eventual; asimismo, en esta resolución se estudiarán los elementos que configuran la coautoría; todo ello, con la finalidad de otorgar una respuesta razonada al recurso de casación propuesto por el procesado.

V
Juicio Nro. 02332-2021-00460
Fecha: viernes 19 de enero 2024

TEMA: Atipicidad de la conducta del indiciado.

SÍNTESIS

El procesado acusa que la sentencia adolece del vicio de falta de motivación por apariencia por inatinencia y por incongruencia frente a las partes, sin embargo, el reclamo formulado es rechazado por falta de fundamento. La Sala de oficio, verifica que dentro de la presente causa, existe atipicidad de la conducta del procesado por falta de objeto lícito, no se satisface con el requisito de la tipicidad de la conducta; es decir es atípica; siendo innecesario proceder con el análisis de la antijuridicidad o culpabilidad. Y, por lo tanto, al no adecuarse con precisión a la categoría dogmática de tipicidad, corresponde ratificar el estado de inocencia del procesado respecto del delito de estafa. Sobre el principio de mínima intervención penal ante acuerdos con causa u objeto ilícito. Según el análisis realizado en esta sentencia, encontramos que en la presente causa, se ha verificado un acuerdo de voluntades con conocimiento de las partes que contiene un objeto ilícito; lo que es especialmente relevante para determinar que este tipo de conductas no puede ser objeto de protección penal. Por lo tanto, si existen otras materias y procedimientos que permitan la reivindicación y protección de los derechos afectados, se debe optar por esas vías antes que la penal.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 02332-2021-00460

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 19 de enero 2024

VISTOS: El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, por el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; y, por el doctor Walter Macías Fernández, Juez Nacional, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 02332-2021-00460:

1. Antecedentes Procesales

1.1 El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2023, las 11h55, resolvió declarar la culpabilidad del ciudadano Germánico Danilo Moncayo Muñoz, por considerarlo autor y responsable del delito de estafa, tipificado y sancionado en el inciso primero, del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), por lo que le impuso la pena privativa de la libertad de cinco años, una multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general; y, el pago de tres mil dólares de los Estados Unidos de América ($3.000,oo USD), por concepto de reparación integral. Inconforme con esta decisión, el procesado interpuso recurso de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

1.2 La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, en sentencia de fecha 08 de junio de 2023, las 11h31, resolvió rechazar el mencionado medio de impugnación y confirma en todas sus partes el fallo subido en grado.

1.3 Disconforme con lo resuelto por el *ad quem* (juzgador de segunda instancia), insistente en su afán impugnatorio, el procesado 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.

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 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 Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; y, el doctor Walter Macías Fernández, Juez Nacional.

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 El recurrente, Germánico Danilo Moncayo Muñoz, en la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación de su recurso de casación, por intermedio de su defensora técnica, doctora Belen Dueñas Gallo, quien expresó:

> **i.** Que impugna a la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, de fecha 08 de junio de 2023, las 11h31.
>
> **ii.** Que dentro de la presente causa existe contravención expresa de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 622.3 del Código Orgánico Integral Penal, bajo el vicio de falta de motivación.
>
> **iii.** Que la sentencia adolece del vicio de falta de motivación por apariencia por inatinencia, en razón de que se realizan citas de doctrina, fallos, jurisprudencia y normas de derecho pero sin que los juzgadores expliquen la pertinencia de su aplicación al caso en concreto, yerro que se encuentra en el considerando octavo de la decisión objetada; que los juzgadores en materia penal tienen la obligación de plasmar en sus resoluciones las razones por las que arribaron a la conclusión, más allá de toda duda razonable de la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal, lo cual, en el presente caso no se cumple.
>
> **iv.** Como segundo reproche acusa la falta de motivación por apariencia por incongruencia frente a las partes por acción, mismo que se encuentra en el considerando noveno de la sentencia recurrida, en razón de que en apelación, el procesado planteo como argumento su inconformidad con la prueba, la materialidad y la responsabilidad, sin embargo, frente a estos reclamos el Tribunal de segunda instancia, sin razonamiento alguno manifiesta que se ha comprobado las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin realizar ningún tipo de análisis, cuando el artículo 622.3 del COIP, impone esta obligación.
>
> **v.** Que se ha violentado los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador; 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 622.3 del Código Orgánico Integral Penal.
>
> **vi.** Solicita que declare la nulidad constitucional por falta de motivación de la sentencia subida en grado; y, si la fundamentación del recurrente ha sido deficiente, que se aplique la casación de oficio.

4.2 La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscal General del Estado, en contestación a la fundamentación esgrimida por el recurrente, expresa que:

> **i.** Que el recurrente acusa que la sentencia subida en grado adolece del vicio de falta de motivación por apariencia, en razón de que en el fallo no se explica la razón de la aplicación de normas jurídicas, jurisprudencia, normas constitucionales y doctrina, lo cual se encuentra en el considerando octavo del fallo objetado, lo cual, a criterio de la Fiscalía, es falso, pues en todas las decisiones judiciales existe un acápite denominado como marco jurídico y tienen relación con el tipo penal que se analiza.
>
> **ii.** Que el recurrente también acusa la falta de motivación por apariencia por incongruencia frente a las partes, error que se encontraría en el considerando noveno del fallo impugnado, en el cual se realiza la

confrontación técnica jurídica de la norma con la conducta ejecutada por el procesado; que no es verdad que no se ha contestado sus reclamos, pues todos ellos han sido respondidos con claridad, además que, por el principio de inescindibilidad, las categorías dogmáticas del delito, se encuentran analizadas en la sentencia de primera instancia.

iii. Que no se han vulnerado los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador; 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 622.3 del Código Orgánico Integral Penal, pues, la sentencia recurrida cumple con la suficiente motivación.

iv. Solicita se rechace el recurso de casación.

4.3 El doctor Gabriel Galeas Núñez, defensor particular de los derechos de las víctimas, ha expresado:

i. Que para no ser redundante en el tema, se allana a lo manifestado por la delegada de la Fiscal General del Estado, pues la fundamentación del procesado es improcedente, en razón de que la sentencia de segunda instancia si se encuentra motivada.

ii. Solicita que se rechace el recurso de casación planteado.

4.4 La defensa técnica del procesado, en uso de su derecho a la réplica, manifestó:

i. Que el recurso de casación ha sido fundamentado de forma adecuada, indicando el fallo impugnado, las normas de derecho violentadas, la mención clara del vicio en que se ha incurrido y la determinación de la influencia en la decisión de la causa.

ii. Que se ratifica en su pedido inicial, esto es, la declaratoria de nulidad constitucional.

4.5 El procesado, Germánico Danilo Moncayo Muñoz, como defensa material, expresó:

i. Que esta de acuerdo con lo manifestado por su abogada defensora y que se allana al criterio vertido por su defensa técnica.

5. Problemas Jurídicos

5.1 En virtud de los argumentos vertidos por el impugnante, el infrascrito Tribunal ha podido inferir el siguiente problema jurídico al respecto del fallo de segunda instancia: **¿Existe la contravención expresa al texto de la ley de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 622.3 del Código Orgánico Integral Penal, bajo la garantía de motivación?**

6. Análisis del Tribunal de Casación

6.1 Sobre el recurso de casación y sus requisitos técnicos

6.2 El recurso de casación es extraordinario, pues para su interposición y procedencia se establecen en la ley causas y limitaciones específicas en la materia de análisis. De ahí que este medio de impugnación requiere de una técnica rigurosa para la fundamentación de los cargos de manera que los puntos de inconformidad sean encaminados adecuadamente en una de las causales de casación sin incurrir en las prohibiciones previstas en el artículo 656 COIP.

6.3 El recurso de casación no constituye una tercera instancia en la que los juzgadores analicen y decidan sobre la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sino que se limita a determinar la compatibilidad del razonamiento judicial contenido en la sentencia de segunda instancia con el ordenamiento jurídico. El objeto de análisis del recurso de casación no son las pruebas ni los hechos, sino estrictamente, el respeto de la ley por parte de la Corte de Apelaciones en su respuesta razonada al caso puesto en su conocimiento.

6.4 De manera general, se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, cuando el juzgador no aplica la norma cuyos presupuestos de hecho guardan identidad con los hechos considerados probados. La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, cuando se aplica una norma diversa a la que corresponde al caso lo que conlleva a la omisión de las normas que sí eran pertinentes. La interpretación errónea se produce cuando, eligiendo la norma correcta, se rebasa el efecto previsto por legislador.

6.5 Las causales de casación no pueden verificarse simultáneamente respecto de la misma norma, pues se excluyen entre sí. 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. 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.

6.6 Los cargos presentados por quien pretende el recurso de casación, deben reprochar a la sentencia que decide en el recurso de apelación sobre el fondo del asunto (existencia de la infracción y responsabilidad de la persona procesada); no puede sustentarse en valoración de prueba ni en cuáles son los hechos que se estiman probados, tales reclamos corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del principio de contradicción e

inmediación; limitación propia de la casación pues su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

6.7 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 implica una transgresión directa a la prohibición contenida en el último inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal.

6.8 Caso en concreto:

6.9 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 deducido por el ciudadano Germánico Danilo Moncayo Muñoz, dando contestación al problema jurídico formulado en la presente causa.

6.10 En primer término, tenemos que el censor, en la fundamentación oral de su medio de impugnación casacional, refiere que impugna la sentencia de segunda instancia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, de fecha 08 de junio de 2023, las 11h31, por lo que corresponde a este Tribunal dar contestación a los reproches formulados en contra de esta decisión.

Problema jurídico: *¿Existe la contravención expresa al texto de la ley de los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 622.3 del Código Orgánico Integral Penal, bajo la garantía de motivación?*

6.11 Consecuentemente, corresponde que este Tribunal analice si el fallo subido en grado adolece o no de este vicio.

6.12 Es preciso que entendamos la institución de la motivación, a la luz de la Constitución de la República del Ecuador y de los Tratados e Instrumentos Internacionales, en tal virtud, conforme lo prevén los artículos 11.3 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, y, 5 COFJ, es obligación de los jueces aplicar directamente las normas constitucionales; además los derechos consagrados en la Constitución son de inmediata aplicación y cumplimiento.

6.13 El debido proceso es un derecho consagrado en la Constitución en su artículo 76 y una de sus garantías básicas es la emisión de decisiones motivadas. La garantía de motivación como parte del derecho al debido proceso debe aplicarse de forma directa, por lo que todos los órganos jurisdiccionales deben emitir sus resoluciones respetando esta norma; deviene de manera lógica y natural que por la interposición de un recurso, las juezas y jueces a quienes corresponda conocer y resolver el medio de impugnación tienen que cumplir con tal obligación y verificar que la decisión puesta en su conocimiento haya aplicado las normas constitucionales, esto en virtud de la disposición del artículo 76.1 de la Constitución de la República del Ecuador, que ordena: "Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes".

6.14 La garantía de la motivación constituye una obligación de los jueces en la emisión de sus resoluciones, es fundamental para el respeto y ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales, pues, en palabras de la Corte Constitucional para el periodo de transición, permite conocer "el fundamento por el cual se pronunció en determinada forma el juez que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales".

6.15 La obligación de motivar se articula plenamente con el derecho de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, de manera que, las ciudadanas y ciudadanos no queden en indefensión y confíen en el sistema de administración de justicia.

6.16 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.1, establece:

> "Artículo 8. Garantías Judiciales
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

6.17 En base a esta norma, sobre la motivación de las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tristán Donoso vs Panamá se expresó en los siguientes términos:

> "152. En cuanto a lo alegado por los representantes sobre la falta de motivación de la sentencia respecto de la divulgación de la conversación telefónica, la Corte ha señalado que la motivación 'es la exteriorización de la justificación razonada que

permite llegar a una conclusión'134. **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 democrática135.

153. **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 arbitrarias136**. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, **en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.** Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso137.

154. La Corte ha precisado que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, si no que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha138." (El énfasis nos corresponde)

6.18 Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación es una de las "debidas garantías" del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En atención a los deberes convencionales del Estado, es obligación de todas las autoridades públicas, especialmente los órganos jurisdiccionales, aplicar esta garantía, y por la interposición de un recurso, velar que haya sido aplicada por parte del juez inferior.

6.19 El mandato constitucional del artículo 76.7.l), es expreso y claro:

> **"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación** si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, **resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.** Las servidoras o servidores responsables serán sancionados". (El énfasis nos corresponde)

6.20 Disposición que, pese a no requerir desarrollo legislativo para ser aplicada directamente por todos los jueces, está replicada en la ley, con la misma consecuencia jurídica, y por tanto materia propia de la casación.

6.21 El Código Orgánico de la Función Judicial, al desarrollar la norma constitucional, tanto del rol garantista de los jueces como de la garantía constitucional y legal de motivación de las decisiones judiciales, establece:

> "Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.
> […]"
>
> Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- **Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución,** los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:
> […]
> 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;**
> […]" (El énfasis nos corresponde)

6.22 Por las normas citadas, los jueces, a efecto de cumplir con su rol primigenio de garantes de derechos, por disposición expresa constitucional, en aplicación directa de normas internacionales de

derechos humanos, de la Constitución y de la ley, deben respetar la garantía de la motivación en sus decisiones; y, de mediar un recurso, tienen el deber y la facultad de analizar la sentencia impugnada para determinar si cumple con lo establecido en los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

6.23 La consecuencia jurídica de la falta de motivación es la declaratoria de nulidad constitucional de la decisión judicial que adolece de tal vicio. Esta, a su vez, constituye la sanción más grave que se puede imponer al proceso penal, y por su efecto de retrotraer la causa al punto previo a la emisión del acto judicial nulo, afecta irremediablemente a los principios de responsabilidad (Art. 15 del Código Orgánico de la Función Judicial), celeridad y economía procesal (Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial) y con esto directamente al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la debida diligencia como uno de los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva.

6.24 Por lo tanto, esta declaratoria únicamente debe emitirse cuando es necesaria para garantizar el debido proceso y los derechos a la defensa de las partes: esto es cuando, en respeto a la legalidad y a la seguridad jurídica, el órgano jurisdiccional no puede enmendar el vicio que la provoca dentro del ejercicio de sus competencias y en sus de sus facultades legales, no existiendo otro medio menos gravoso de garantizar estos derechos.

6.25 En otras palabras, si la actuación del órgano jurisdiccional no tiene limitaciones legales para la revisión tanto de los hechos como del derecho, como en el recurso de apelación, no puede declarar la nulidad por falta de motivación sin vulnerar el derecho convencional de la persona procesada a ser juzgado en plazo razonable, pues tiene la facultad legal y la obligación de encontrar y enmendar los vicios en la construcción de la respuesta judicial del inferior.

6.26 Por otro lado, en casación penal, existe prohibición legal de valoración de prueba, actividad vedada al Tribunal, siendo el ámbito de análisis del tribunal únicamente el proceso de intelección y aplicación de las normas (cuestiones de derecho).

6.27 Si el vicio de motivación se ha cometido en la construcción del razonamiento judicial en cuanto a la intelección y aplicación de la norma, al estar dentro de sus competencias el error debe ser enmendado por el mismo Tribunal de Casación, sin que se pueda declarar el efecto de la nulidad constitucional.

6.28 En casación, solo se puede declarar la nulidad si el vicio de motivación para ser enmendado requiere de un nuevo juicio de valor sobre la prueba, pues no puede ser subsanado al ser una actividad vedada para el Tribunal de Casación (por legalidad y seguridad jurídica), no quedando otra actuación para salvaguardar los derechos a la defensa y al debido proceso que la sanción procesal.

6.29 Entonces, de lo razonado se desprenden la siguiente regla:

> 1. Los Tribunales de casación, solo pueden declarar la nulidad constitucional cuando para enmendar el error de motivación se requiere de un nuevo juicio de valor sobre la prueba. Por lo tanto, en su declaración de nulidad constitucional debe identificarse con claridad cuál es el vicio de motivación y las razones concretas por las que no puede ser enmendado por el Tribunal de Casación, caso contrario, también se incumplen los principios de responsabilidad y celeridad procesal y vulneran el derecho de las partes a ser juzgados en un plazo razonable, a la defensa y al debido proceso.

6.30 El artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador establece como una garantía mínima del debido proceso, que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas; para la existencia de motivación, la norma referida establece dos requisitos:

> i. La enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; y,
> ii. La explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

6.31 Lo que concuerda con la sentencia No. 1320-13-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador, que establece lo siguiente:

> 39. La motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades públicas de **dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones**. No obstante, este requisito constitucional **no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica;** al contrario, contiene únicamente parámetros mínimos que deben ser cumplidos. En ese sentido, una violación del artículo 76 numeral 7 literal l) de la CRE ocurre ante dos posibles escenarios, con iguales efectos: 1. La insuficiencia de motivación, cuando se incumplen alguno de los criterios que nacen de la propia Constitución como son la enunciación de las

> normas y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso concreto; y 2. La inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión. En tal sentido, la inexistencia constituye una insuficiencia radical que impide tener un argumento mínimo necesario para considerar motivada una sentencia. [el énfasis añadido]

6.32 Criterio con el cual se establece con claridad que la garantía de motivación, "no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica", con lo que no se puede exigir los estándares de lógica, razonabilidad ni comprensibilidad como requisitos de motivación, que fueron fijados, utilizados y restringidos por sus antecesoras.

6.33 Por lo tanto, es necesario remitirse a preceptos procedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como normativa nacional respecto a qué debe reunir un fallo para encontrarse motivado. A los que ya se hizo referencia en este mismo apartado.

6.34 Bajo estas consideraciones, la argumentación del razonamiento judicial en la sentencia de segunda instancia, debe demostrar simplemente que los argumentos relevantes de las partes procesales han sido debidamente tomados en cuenta, lo que demostraría que han sido oídas y sus peticiones contestadas de manera adecuada según la naturaleza de la decisión. De lo que deriva que, en caso de considerar un argumento irrelevante tiene que establecer por qué se considera como tal y, de manera expresa, las razones por las que tal argumento no influye en la decisión de la causa y no afecta el derecho a la defensa.

6.35 Asimismo, la respuesta del órgano de justicia a los argumentos relevantes de las partes debe ser razonada, su construcción debe tener una relación coherente y de fácil comprensión, entre las premisas fijadas por el órgano juzgador desde los puntos propuestos por las partes procesales y la ley, con la conclusión a la que arriba; simplemente para que los sujetos procesales entiendan las razones de la decisión.

6.36 En el proceso penal, cuyo fin es determinar la existencia de una infracción y sus responsables, la motivación implica que en la decisión debe constar que se hayan fijado los hechos considerados demostrados fruto de un análisis de la prueba practicada (aceptando o desechando razonadamente los alegatos de las partes procesales) y se hayan enunciado las normas y principios jurídicos que fundamentan la decisión, explicando la pertinencia de su aplicación al caso concreto, de conformidad con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador.

> i) En la causa sub judice, se acusa que la sentencia impugnada adolece del vicio de falta de motivación por apariencia por inatinencia y por incongruencia frente a las partes; y, que por este motivo se ha violentado los artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 622.3 del Código Orgánico Integral Penal.

6.37 Respecto del primer reproche de falta de motivación por apariencia por inatinencia, tenemos que, este vicio se configura cuando el juzgador, al momento de resolver la causa puesta en su conocimiento, trata de dotar de motivación a su resolución, sin embargo, uno de sus componentes, ya sea el elemento fáctico o jurídico, se emiten razonamientos que nada tiene que ver con la continencia de la causa o con el meollo de la controversia.

6.38 En el presente caso la defensa técnica del recurrente sostiene que la sentencia impugnada adolece del vicio de inatinencia, por cuanto, el Tribunal de apelación, en el considerando octavo del fallo subido en grado, realiza transcripciones de doctrina, jurisprudencia, sentencias y normas de derecho, sin explicar la pertinencia de su aplicación al fallo en concreto.

6.39 Una vez ha sido analizada la sentencia subida en grado, tenemos que, efectivamente en el considerando octavo de la decisión impugnada, denominado como marco jurídico, el Tribunal de segunda instancia realiza transcripciones de lo que constituye el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, la prueba, la finalidad de la prueba, respecto de las categorías dogmáticas del delito y también de algunos fallos respecto de lo que constituye el delito de estafa, es decir, elementos que son inherentes al proceso penal y en concreto a la presente causa por los hechos que se están juzgando.

6.40 Por ende, sostener que estas transcripciones realizadas por el juzgador de apelación son ajenas a la presente causa es errado, toda vez que, en este considerando se fijan los cimientos sobre los cuales se va a desarrollar el razonamiento judicial para dar respuesta al problema jurídico planteado por los mismos sujetos procesales, por lo que evidentemente el reclamo formulado por el recurrente carece de sustento jurídico, por lo que es rechazado este primer cargo.

6.41 Como segundo reclamo respecto del vicio de falta de motivación, el procesado acusa que la

sentencia adolece de apariencia por incongruencia frente a las partes por acción, alegando que en la audiencia de apelación planteo sus reclamos respecto de su inconformidad con la prueba, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

6.42 De acuerdo con el criterio desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador, el vicio invocado, se configura cuando, el órgano juzgador, al momento de estructurar y expresar el razonamiento sobre el cual da contestación a los reclamos relevantes planteados por los sujetos procesales, responde a los reproches esgrimidos, sin embargo, estos se encuentran compuestos de tergiversaciones, sin que se dé una respuesta concreta al problema planteado.

6.43 En el presente caso, la defensa técnica del recurrente acusa que se ha configurado el vicio invocado de falta de motivación, en razón de que, al haber realizado reclamos respecto de la prueba, la materialidad de la infracción y la responsabilidad del encausado, el Tribunal de segunda instancia tenía la obligación de desarrollar las categorías dogmáticas del delito.

6.44 Frente a este reclamo, tenemos que el Tribunal de apelación, en el considerando sexto del fallo objetado, fija los puntos de inconformidad sobre los cuales se sustenta el recurso de apelación interpuesto, para posteriormente, en el considerando noveno realizar un análisis de los elementos probatorios existente dentro de la presente causa, fijar los motivos por los que consideran se ha demostrado más allá de toda duda razonable la existencia material de la infracción, la responsabilidad del recurrente y el nexo causal entre estos dos elementos.

6.45 Por lo que evidentemente sus reclamos fueron respondidos de manera concreta, por lo que el vicio acusado, no se compadece con la realidad procesal, debiendo ser rechazado y con esto se da contestación al problema jurídico planteado respecto de la falta de motivación acusada.

Del ejercicio de la casación de oficio respeto del delito de estafa con causa u objeto ilícito.

6.46 En materia penal, al concretizarse el poder punitivo del estado a través de una sentencia condenatoria, que implica una pena. que es una restricción de los derechos de la persona condenada; en un Estado de derechos y justicia, una decisión condenatoria solo puede ser tolerada bajo los más estrictos controles de legalidad y acierto. Por esta razón, a diferencia de otras materias, la casación penal permite la actuación de oficio del Tribunal, como una garantía legal de carácter procesal que permite asegurar la legalidad de la decisión tomada.

6.47 En este sentido, el artículo 657.6 COIP, permite al Tribunal casar la sentencia recurrida si es que observa que la misma ha violado la ley, aun cuando la fundamentación de quien ha propuesto el medio de impugnación sea errada. La materia de análisis de casación está exclusivamente restringida a los errores de selección, aplicación o interpretación normativa, por lo que la casación de oficio también tiene sustento en el principio iura novit curia, reconocido en el artículo 140 COFJ, que permite la corrección de los errores de derecho.

6.48 En ejercicio de esta facultad, de la lectura de la sentencia, este Tribunal evidencia que en la respuesta judicial si se incurre en una violación normativa, concretamente en la aplicación indebida del inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, cuando en su lugar se debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, por las siguientes razones:

6.49 En la presente causa, Fiscalía General del Estado, como titular de la acción penal pública, ha acusado los siguientes hechos al procesado:

> "(…) que este delito tuvo su principal hecho el 25 septiembre del 2019, en cantón San Miguel cuando al sentenciado le entregaron los primero mil dólares y que luego el 25 de octubre del mismo año, les vuelve a pedir mil dólares más y las hojas de vida de las dos víctimas y nuevamente en noviembre les pidió mil dólares más, que fueron entregados al procesado (…), él le dijo que le podría ayudar pero que tenía un costo para ingresarle al magisterio para que trabaje ella con su esposo como profesores, para lo cual le entregaron tres mil dólares y los documentos(…)" (Sic.)

6.50 Posteriormente, luego del ejercicio de valoración de la prueba, el Tribunal de apelación, en su sentencia de segunda instancia, fijó como hecho probado lo siguiente:

> "(…) de esta manera adecuando su conducta el procesado Germánico Danilo Moncayo Muñoz, al tipo penal de estafa, tipificado en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal, atentando contra el patrimonio, por autoría directa, ya que con las pruebas aportadas por fiscalía especial mente con los testimonios de Jesenia Noemí Arias Bosquez, Jimy Renán Mazón Merino y Celso Duverlì Mazón Galeas, se llega a la conclusión efectivamente que le entregaron al sentenciado la cantidad de tres mil dólares, por la oferta de trabajo que les había hechos a los dos primeros nombrados, con lo que se ha verificado una conducta fraudulentos por parte de Germánico

Danilo Moncayo Muñoz por hacerles creer que efectivamente les conseguiría trabajo, para lo cual se hizo entregar los tres mil dólares por los acusadores particulares; por lo que se justifica los presupuestos que se configuren el engaño o ardid fraudulento un actuar doloso al apropiarse de los dineros ajenos, hacerlos suyos, mediante una conducta engañosa pues como se anotó en líneas anteriores de parte del procesado, quien ha perjudicado a Jesenia Noemí Arias Bosquez, Jimy Renán Mazón Merino, dinero que ha sido prestado al suegro y papá de los acusadores particulares y que fue en beneficio del procesado, quien infundió a los acusadores particulares (víctimas) la esperanza de un acontecimiento inventado, esto es conseguirles trabajo, como lo dicen en su testimonios (…)" (Sic.)

6.51 Es decir, consta como hecho probado dentro de la presente causa que, los ciudadanos Jesenia Noemí Arias Bosquez y Jimy Renán Mazón Merino (acusadores particulares), le entregaron al ciudadano Germánico Danilo Moncayo Muñoz (procesado), la cantidad de tres mil dólares de los Estados Unidos de América ($3.000,oo USD), por el compromiso de que este último los iba a hacer ingresar en el Magisterio o Ministerio de Educación como profesores, pues los acusadores particulares tenían esta profesión, motivo por el cual, el procesado fue sentenciado como autor del delito de estafa.

6.52 Ahora bien, el delito de estafa, en palabras de Edgardo Alberto Donna, quien cita al autor Antón Oneca, constituye "la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando en un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero [1]".

6.53 Por su parte, el inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, prevé:

"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." (Sic.)

6.54 Por tanto, del análisis del tipo penal como tal, se desprende que el mismo contiene los siguientes elementos como parte de su descripción típica, mismos que son indispensables para que se configure el delito de estafa:

a) El engaño, sea este a través de la simulación de hechos falsos, o deformación u ocultamiento de hechos verdaderos;
b) El error que se produce en el sujeto pasivo, mismo que es conseguido a través de la ejecución de esta esta conducta dolosa; y,
c) Disposición patrimonial en perjuicio del sujeto pasivo o de un tercero.

6.55 De los elementos referidos anteriormente, el Tribunal centrará su análisis en el error, pues, este es el resultado del engaño al que se le induce a la víctima; y, el detonante para que el sujeto pasivo provoque un perjuicio en contra de su propio patrimonio, o el de un tercero.

6.56 El error de manera general debe ser entendió como una falsa apreciación o representación de la realidad, o, como lo conciben los autores Bajo Fernández y Pérez Manzano, "un conocimiento viciado de la realidad" [2].

6.57 Concretamente, en el delito de estafa, el error es el resultado directo del engaño al que se induce a la víctima, esto es, la alteración de la realidad desde la percepción subjetiva de la víctima, a través de la simulación de hechos falsos, o deformación u ocultamiento de hechos verdaderos.

6.58 Sin embargo, este engaño no debe ser cualquiera, sino que, debe ser suficiente, idóneo y conducente como para vencer la voluntad de un hombre prudente y cuidadoso, para así lograr que el sujeto pasivo de la conducta provoque un perjuicio en contra de su patrimonio.

6.59 En consecuencia, el error que no es fruto del engaño, sino que es el resultado de la actitud o proceder negligente del sujeto pasivo del delito, la conducta como tal se torna en atípica, sin que pueda ser imputada al procesado.

6.60 Es por este motivo que "el error" o la "inducción a error", al ser parte de los elementos objetivo del tipo penal de estafa, es un elemento valorativo del tipo, motivo por el que de manera indefectible el juzgador debe tomar en cuenta las condiciones particulares de la víctima, esto con la finalidad de que se determine si es susceptible de

[1] Dona, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial,* Tomo II B, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007.
[2] Bajo, Fernández, *Manual de derecho penal,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

caer en esta deformación de la realidad y con ello, incurrir en el error.

6.61 En el presente caso, de los hechos que han sido fijados como probados por el Ad quem, tenemos que, los ciudadanos Jesenia Noemí Arias Bosquez y Jimy Renán Mazón Merino (acusadores particulares), le entregaron al ciudadano Germánico Danilo Moncayo Muñoz (procesado), la cantidad de tres mil dólares de los Estados Unidos de América ($3.000,oo USD), por el compromiso de que este último los iba a hacer ingresar en el Magisterio o Ministerio de Educación como profesores, por lo que, con la finalidad de justificar la existencia material del delito y la responsabilidad de la persona procesada, realizó el siguiente análisis:

> "(…) En el presente caso la fiscal abogada Jessenia Tutasi Rea, en la audiencia de juicio, manifestó: que con la prueba que se ha evacuado se ha demostrado el cometimiento del delito tipificado en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal de Germánico Danilo Moncayo Muñoz, en calidad de autor directo del delito de estafa, utilizando el engaño, ardid y falsas promesas les pide dinero a las víctimas ofreciéndole que les iba a conseguirles trabajo obteniendo de ella la entrega de los tres mil dólares que le fueron entregados y sin que el procesado cumpla con sus promesas, causándoles un perjuicio patrimonial, conducta engañosa del sentenciado, con ánimo de lucro injusto, que a las víctimas les induce a realizar un acto de disposición consecuencias del cual es un perjuicio en sus patrimonios, que este delito tuvo su principal hecho el 25 septiembre del 2019, en cantón San Miguel cuando al sentenciado le entregaron los primero mil dólares y que luego el 25 de octubre del mismo año, les vuelve a pedir mil dólares más y las hojas de vida de las dos víctimas y nuevamente en noviembre les pidió mil dólares más, que fueron entregados al procesado tal como lo manifestaron los testigos en la audiencia de juicio, y que puntualmente dice la señora Jessenia Noemí Arias Bósquez que al conversar el procesado con y al saber que no tenía trabajo, él le dijo que le podría ayudar pero que tenía un costo para ingresarle al magisterio para que trabaje ella con su esposo como profesores, para lo cual le entregaron tres mil dólares y los documentos, quien no cumplió con su ofrecimientos testimonio que fue corroborado con los testimonio del esposo de la primer testigo señor Jimy Renán Mazón Merino y el suegro de ella señor Celso Duverlì Mazón Galeas, de esta manera adecuando su conducta el procesado Germánico Danilo Moncayo Muñoz, al tipo penal de estafa, tipificado en el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal, atentando contra el patrimonio, por autoría directa, ya que con las pruebas aportadas por fiscalía especial mente con los testimonios de Jesenia Noemí Arias Bosquez, Jimy Renán Mazón Merino y Celso Duverlì Mazón Galeas, se llega a la conclusión efectivamente que le entregaron al sentenciado la cantidad de tres mil dólares, por la oferta de trabajo que les había hechos a los dos primeros nombrados, con lo que se ha verificado una conducta fraudulentos por parte de Germánico Danilo Moncayo Muñoz por hacerles creer que efectivamente les conseguiría trabajo, para lo cual se hizo entregar los tres mil dólares por los acusadores particulares; por lo que se justifica los presupuestos que se configuren el engaño o ardid fraudulento un actuar doloso al apropiarse de los dineros ajenos, hacerlos suyos, mediante una conducta engañosa pues como se anotó en líneas anteriores de parte del procesado, quien ha perjudicado a Jesenia Noemí Arias Bosquez, Jimy Renán Mazón Merino, dinero que ha sido prestado al suegro y papá de los acusadores particulares y que fue en beneficio del procesado, quien infundió a los acusadores particulares (víctimas) la esperanza de un acontecimiento inventado, esto es conseguirles trabajo, como lo dicen en su testimonios, a esto se suma el reconocimiento del lugar de los hechos realizado por el sargento de policía en servicio pasivo, Edwin Marcelo Paolìn Iza quien dijo esta diligencia la realizó en dos instancias la primera el parqueadero de la Universidad de Bolívar extensión San Miguel y la segunda la realizó en la parroquia Bilovàn en el sector de Guapuloma en el kilómetro 43 en la vía que conduce a la costa en la vivienda de propiedad de los denunciantes en la parte externa de la vivienda que se trata de escenas abiertas; por lo que se ha justificado por parte de la Fiscalía los alegatos expuesto en la audiencia de. De todo lo antes indicado, se deduce que, al existir el convencimiento de los hechos del delito de estafa, esto es la existencia de la responsable de esa infracción, situación que ha ocurrido en el presente caso. En definitiva se ha demostrado las naturalezas incuestionables del delito de estafa como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no pudiendo mantener incólume la presunción de inocencia el procesado; debemos tener en cuenta que el derecho penal, procesa conductas formadas por la acción o la omisión a su vez, a la acción u omisión le asisten elementos objetivos y subjetivos, los elementos objetivos son los resultados externos o que yacen en el mundo externo lesivos del bien jurídico y que a su vez, se subsumen en el verbo rector del tipo penal, contenido por efecto del principio de legalidad en los articulados que tipifica la conducta punible. El

derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al procesado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el procesado no debe demostrar que ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa (CIDH Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C. N° 107, párrafo 154). Es decir que el Tribunal debe juzgar de acuerdo a su íntima convicción sobre la existencia del delito y la culpabilidad del procesado y si tuviere alguna duda deberá dictar sentencia absolutoria (Zavala Baquerizo, Fundamentos del Derecho Procesal Penal, T. IX, 2007, p 135). Pero en el presente caso como ya se lo dijo en líneas anteriores existe la materialidad de la infracción y por consiguiente la responsabilidad del procesado y no existe ninguna duda. Con respecto a lo manifestado por el recurrente Germánico Danilo Moncayo Muñoz en la fundamentación del recurso del informe de reconocimiento del lugar de los hechos que consta de fs. 15 del proceso existe inconsistencia del lugar de los hechos, revisado que ha sido el testimonio del sargento de policía en servicio pasivo Edwin Marcelo Poloacin Iza, el mismo el claro y no existe inconsistencia porque dice que se trata de dos lugares y de escenas abiertas la una en el cantón San Miguel en el parqueadero de la universidad y la otra en la parroquia Bilovàn en el recito Guapuloma que la escena es abierta en la parte externa de la casa; con respecto a lo que dice que el padre de la víctima señor Celso Mazón Galeas, no le entregó ningún dinero a su defendido por lo que solicita que la sentencia sea determinada como ilegal e inconstitucional, puntualizamos que el testimonio del señor Celso Mazón Galeas en la audiencia de juicio, puntualmente dice el señor Moncayo se acercó a mi casa por la acera, en la cual yo le entregué el dinero de mil dólares porque el ofreció un trabajo para mi hijo y que la entrega fue en el sector de Guapuloma; por lo que se desprende que si le entregó el dinero en manos del procesado; con respecto a la argumentación por parte de la defensa técnica del procesado, cuando en forma inatinente e insustancial asevera que en la presente causa, se evidencia que no existe evidencias, no existe materialidad, ni existe el nexo causal que mi defendido haya cometido el delito de estafa o abuso de confianza, se puntualiza que con las pruebas aportadas por fiscalía especialmente con los testimonios de los tres testigos de cargo, se ha demostrado el delito de estafa, el nexo causal, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del sentenciado Germánico Danilo Moncayo Muñoz, especialmente por la simulación o la representación de la cosa, fingiendo lo que no es, es decir, la simulación en el caso de la estafa es hacer creer a las víctimas que lo falso es verdadero; que ha existido la deformación, el falsamiento, mentira, por lo que el agente ha tratado de alterar la verdad de los hechos y mentir para hacerla creer de forma distinta a lo que realmente es, y así la víctima entregue su patrimonio por error, ingenuidad, ambición o necesidad; puesto que, quien desea cometer el delito de estafa debe alterar lo que es; por algo que no lo es. En pocas palabras la simulación de la falsedad se la trata de hacer creer como realidad; en la deformación es la verdad la que se la trata de hacer creer como falsa; a lo que se suma el ocultamiento de la verdad, lo que permite no tener una visión clara de los hechos o entorno que enmarca una decisión de la víctima que le va a provocar en el ámbito patrimonial; por lo que, su fundamentación solo quedó en enunciados. (…)" (Sic.)

6.62 En este sentido, de la lectura del análisis del Tribunal de Apelaciones, se encuentra que jamás se realizó un razonamiento sobre el elemento valorativo "inducir a error", es decir, no se estableció si el ofrecimiento de conseguir un cargo en el Magisterio o Ministerio de Educación como profesores, era susceptible de generar en la víctima un juicio falso sobre su posibilidad. Por lo tanto, no se cumplieron con todos los elementos objetivos del tipo penal, y no se podía considerar que la conducta haya sido típica.

6.63 Por otro lado, conforme se desprende de los hechos que se consideran como probados, los hoy acusadores particulares tienen la profesión de docentes, siendo por tanto conocedores que, la única manera de ingresar al Magisterio o Ministerio de Educación en calidad de profesores, es a través de los procesos de selección, por lo que pretender alcanzar este cargo de ejercicio público por otros medios (coimas, palancas, favores, etc.), es optar a mecanismos de carácter ilegal, con pleno conocimiento de los sujetos pasivos de la conducta ilícita.

6.64 Es decir, no hubo juicio falso en las víctimas, pues estas conocían que no era posible obtener legalmente un nombramiento, que el procedimiento legal para hacerlo era el concurso de méritos y oposición; y, por tanto, las gestiones ofrecidas por el sujeto activo no eran de acuerdo a la ley. En conclusión, se encuentra que no solo no se analizó sobre el elemento objetivo "inducir a error", sino que, de los mismos hechos recogidos en la sentencia impugnada, se encuentra que no se verifica este elemento en los hechos acusados por Fiscalía General del Estado.

6.65 Por lo que, evidentemente no se satisface con el requisito de la tipicidad de la conducta, es decir, es atípica, siendo innecesario proceder con el análisis de la antijuridicidad o culpabilidad. Y, por lo tanto, al no adecuarse con precisión a la categoría dogmática de tipicidad, corresponde ratificar el estado de inocencia del procesado respecto del delito de estafa, verificándose con ello la indebida aplicación del inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, cuando en su lugar se debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador.

Sobre el principio de mínima intervención penal ante acuerdos con causa u objeto ilícito.

6.66 El artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, legitima la intervención penal únicamente para la protección de personas, cuando no existen otro medios o mecanismos extrapenales en el ordenamiento jurídico que permitan su reivindicación.

6.67 Por lo tanto, si existen otras materias y procedimientos que permitan la reivindicación y protección de los derechos afectados, se debe optar por esas vías antes que la penal. Lo que, plantea como corolario, que, si existen circunstancias que el legislador ha establecido expresamente que no ameritan protección por los mecanismos civiles o administrativos, tampoco pueden ser protegidos por el derecho penal, pues atentaría contra el principio de mínima intervención penal.

6.68 En el presente caso, si bien obtener un nombramiento en una institución pública, no es per sé una causa ilícita (la finalidad que se persigue con un acuerdo de voluntades); comprometerse o exigir realizar gestiones o actividades ajenas al procedimiento previsto en la ley para acceder a tal nombramiento, conociendo de su ilegalidad, sí constituye objeto ilícito (entendido como el objeto del acuerdo o la obligación adquirida con el mismo).

6.69 Según el análisis realizado en esta sentencia, encontramos que en la presente causa, se ha verificado un acuerdo de voluntades con conocimiento de las partes que contiene un objeto ilícito; lo que es especialmente relevante para determinar se este tipo de conductas puede ser objeto de protección penal.

6.70 Los acuerdos de voluntades entre particulares, como en la presente causa, son regulados por el Código Civil, que en el artículo 1461, establece como requisitos de validez de los actos o declaraciones de voluntad: la capacidad legal, consentimiento libre de vicio, objeto lícito y causa lícita. Si no se reúnen estos requisitos, no se puede exigir a través de las vías civiles el cumplimiento de esa obligación ni mucho menos una indemnización o retribución por su incumplimiento.

6.71 De conformidad con el artículo 1476 del Código Civil, el objeto constituye la obligación de dar, hacer, no hacer o incluso el mero uso. Para que existe objeto del contrato este debe ser física y moralmente posible, "es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público" (Art. 1477 del Código Civil). Se considera objeto ilícito todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano (Art. 1478 del Código Civil).

6.72 La causa del contrato, de conformidad con el artículo 1483 del Código Civil, es el motivo que induce al acto o contrato, es decir, la finalidad o para qué se realizó el acuerdo de voluntades. Y, constituye causa ilícita toda la que esté prohibida por la ley o contraría las buenas costumbres y el orden público.

6.73 En consecuencia, si se ha realizado una declaración de voluntad, en el que las partes tienen conocimiento de que contiene objeto ilícito y/o causa ilícita, no se considera un acto legalmente válido, y no existen mecanismos civiles que permitan exigir el cumplimiento de la obligación adquirida o una indemnización o retribución por su incumplimiento.

6.74 Por ende, si ni siquiera el derecho civil protege este tipo de acuerdos, por el principio de mínima intervención penal contenido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, tampoco puede intervenir el derecho penal.

6.75 Por lo tanto, para determinar si se trata de una conducta penalmente relevante, es requisito indispensable que Fiscalía General del Estado, en el ejercicio de sus funciones, determine si el acuerdo fue notoriamente ilícito o si la víctima podía ser inducida al error, si tenía la posibilidad de conocer la ilicitud del acuerdo o si sabía de la ilegalidad del acuerdo. Por lo que, sólo si la víctima era susceptible de ser inducida a error, podemos considerar la existencia de un delito de estafa, en caso contrario, no cabe la intervención penal.

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 improcedente el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Germánico Danilo Moncayo Muñoz.
7.3 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 657.6 del COIP, casar de oficio la sentencia subida en grado, al verificarse la indebida aplicación del inciso primero del artículo 186 ibídem, cuando en su lugar se debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que, se ratifica el estado de inocencia del ciudadano Germánico Danilo Moncayo Muñoz, disponiendo el levantamiento de todas las medidas cautelares dispuestas en su contra.- **Notifíquese y cúmplase.- f)** DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD **JUEZA NACIONAL (PONENTE)** DR. MARCO RODRÍGUEZ RUIZ **JUEZ NACIONAL** DR. WALTER MACÍAS FERNÁNDEZ **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

El procesado acusa la que la sentencia adolece del vicio de falta de motivación por apariencia por inatinencia y por incongruencia frente a las partes, sin embargo, el reclamo formulado es rechazado por falta de fundamento.

Así mismo, el Tribunal de casación en aplicación del artículo 657.6 del COIP, ha aplicado la casación de oficio, al verificar que dentro de la presente causa existe atipicidad de la conducta del procesado por falta de objeto lícito, por lo que determina la existencia de la indebida aplicación del inciso primero del artículo 186 ibídem, cuando se debió aplicar el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador.

VI
Juicio Nro. *07712-2020-00205*
Fecha: *lunes, 29 de enero 2024, las 17h58*

TEMA: Lavado de activos.

SÍNTESIS

La recurrente Fiscalía General del Estado sostiene que en la sentencia de alzada, existe la vulneración del artículo 317.1, 2, 3, 4, 5 y 6 tipo penal de lavado de activos, bajo la modalidad de errónea interpretación. La Sala, estimó: 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. Cuando exigió una suerte de prejudicialidad. Al querer dar 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. Al desacreditar el origen de los "activos ilícitos", anotando que han sido acusadas "personas jurídicas que no son parte de la delincuencia organizada". La Sala casa el fallo recurrido y dicta sentencia condenatoria: al desestimar de plano estos justificativos errados; y 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; peor a una sentencia condenatoria ejecutoriada que avale tales presupuestos; pues, remarcó que lo único que -el artículo 317, inciso segundo, del COIP- obliga a FGE radica en investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito, a fin de que exista una relación de causalidad; lo que claramente ha sido determinado en la presente causa por el mismo *ad quem*, cuando inclusive admitió la existencia de los delitos origen (párrafos 371, 374, 375 y 376), tornándose su interpretación, respecto de este concepto, de autonomía del delito; en errónea, antijurídica y contradictoria.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 07712-2020-00205

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 29 de enero del 2024, las 17h58.

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, constituido en órgano judicial de casación e integrado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Felipe Córdova Ochoa y Byron Guillén Zambrano, Jueces Nacionales, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 07712-2020-00205:

I. ANTECEDENTES:

1. El 07 de marzo de 2022, las 09:59, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, provincia de El Oro, dictó sentencia ratificando el estado de inocencia de los procesados Daniel Josué Salcedo Bonilla, Noé Daniel Salcedo Bonilla, Jorge Antonio San Lucas Vanegas y Jorge Darío Sánchez Montiel, así como de las personas jurídicas INDUSTRIAS SALDANOBO C.A., MARE WORLD GROUP CIA. LTDA., HIGCISTEM CIA. LTDA., PALIYE S.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A. y HDC PRODUCCIONES.

2. Inconforme con la decisión del a quo, la agente fiscal, Dra. Ivonne Proaño Vélez, interpuso recurso de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de El Oro.

3. El 26 de agosto de 2022, las 12:49, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, rechazó el recurso y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

4. Respecto del fallo del *ad quem*, la referida agente fiscal 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 viernes 05 de enero de 2024, a partir de las 11:00.

II. COMPETENCIA:

6. La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).
7. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 04-2021, de 19 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Felipe Córdova Ochoa y Byron Guillén Zambrano, Jueces Nacionales.

III. VALIDEZ PROCESAL:

8. El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en concordancia con el artículo 76.3 de la CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de cierre declara su validez.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN Y RÉPLICA:

4.1. Fundamentación del recurso:
9. El abogado Wilson Espín Rosales, en representación de la FGE, manifestó que:

> Comparezco a nombre de FGE a fin de sustentar el recurso de casación fiscal interpuesto en el presente caso. En primer lugar, la identificación de la sentencia recurrida es la dictada por la Sala Provincial de Penal del Oro, de fecha 26 de agosto de 2022, las 12:49, en la que se confirma el estado de inocencia de los ciudadanos Noé Daniel Salcedo Bonilla, Daniel Josué Salcedo Bonilla, Jorge Antonio San Lucas Venegas, Jorge Darío Sánchez Montiel y de las personas jurídicas Industrias SALDANOBO C.A., MARE WORLD GROUP Cía. Ltda., HIGCISTEM Cía. Ltda., PALIYE S.A., SALNOEDAN PRODUCTOS S.A., y, HDC PRODUCCIONES, ciudadanos que en su momento fueron llamados a juicio por el delito de lavado de activos conforme al artículo 317 del COIP, en calidad de autores y de coautores conforme se expondrá más adelante. Como una pequeña, muy reducida reseña del presente caso, es necesario tomar en cuenta que la FGE acusó a los procesados y se llamó a juicio por una trama delictiva organizada en la cual se pretendió ingresar al sistema financiero dinero obtenido ilícitamente por el monto de USD. $ 1.956.125,012, en un periodo comprendido entre los años 2018 a 2020, cuando los procesados pretendieron adquirir, administrar, transferir, disimular e impedir que estos dineros que manejaban los señores Noé Salcedo, Daniel Salcedo, así como su contador, Jorge San Lucas y accionista Jorge Darío Sánchez tenían procedencia ilícita, y se usó el empleo de empresas fachada y fantasma que permitían ingresar estos dineros o pretender ingresarlos en el sistema financiero nacional, sin que tengan ni siquiera cuentas bancarias y tampoco un objeto o giro del negocio que permita justificar estos ingresos. Se utilizaron de esta forma para adquirir bienes inmuebles, utilizar tarjetas de crédito e incluso realizar viajes a varios países del mundo, entre ellos España, Egipto, Panamá, Estados Unidos, entre otros y, la fiscalía argumentó como delitos o procedencia del origen ilícito de estos bienes los delitos de fraude procesal, asociación ilícita, delincuencia organizada, peculado, corrupción. Dos: ¿Cuál es el argumento del presente recurso? Se va a fundamentar la errónea interpretación del artículo 317 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 del COIP, esto es, el delito justamente de lavado de activos. Con respecto a la parte específica donde se encuentra el error de derecho, por temas de tiempo vamos a hacer una unificación entre las partes de la sentencia que contienen el error de derecho y la confrontación del razonamiento del juzgador, a fin de demostrar este error *in iure.* Sin embargo, de manera general, la parte específica de la sentencia que vamos a atacar es el considerando octavo de la sentencia impugnada titulada "Consideraciones, Motivación y Valoración Jurídica". Principalmente al resolver el segundo problema jurídico a partir del numeral 302 de la sentencia

y sobre varios temas, entre ellos, en un primer lugar, sobre la concepción de la autonomía del delito de lavado de activos a partir del parágrafo 351 y siguientes, luego se analizará justamente la concepción de las empresas fantasma o empresas fachada a partir de considerando 398 y siguientes. Sobre los USD. $ 47.760 no justificados a partir del parágrafo 420, actividades de transferencias bancarias y pitufeo a partir del considerando 434 y siguientes, sobre el dinero en cuentas bancarias de los procesados considerando 443 y siguientes, envíos de dinero al exterior, parágrafo 471 y siguientes y, finalmente, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, principalmente el parágrafo 556. Confrontación del razonamiento del juzgador y los hechos que se han establecido en la sentencia impugnada: en primer lugar, es necesario entender cuál es el cargo alegado en esta audiencia, y ese es el de errónea interpretación, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de la Corte Nacional de Justicia y a la doctrina es cuando si bien se ha seleccionado correctamente la norma analizada, se le ha dado sentido o un alcance que el legislador no ha previsto, es decir, se ha deformado o mal entendido las consecuencias jurídicas y alcances de esta norma, y eso es lo que vamos a demostrar en esta audiencia. Para ello, es necesario establecer como primer punto primigenio de toda esta errónea interpretación que se da de manera transversalizada, en todo el análisis del tribunal de segunda instancia, pero que hemos escogido ciertos tópicos centrales para establecer y demostrar la errónea interpretación. En primer lugar, la autonomía del delito de lavado de activos, ese va a ser el primer punto tratado y sobre ello en el parágrafo 351 de la sentencia vamos a partir de lo que afirma el tribunal, sobre la autonomía del delito de lavado de activos dice "(…) de esta forma si se conceptualiza el lavado de activos como una forma de encubrimiento o bien como un delito, que se asemeja a este crimen se podría afirmar que sólo se puede imputar el lavado de activos cuando se haya comprobado la comisión de un crimen previo (…)" y, en el segundo inciso de este parágrafo dice "(…) para esto es necesario que se compruebe una conducta criminal anterior al hecho (…)", esa es la afirmación del tribunal de segunda Instancia, es del 351 de la sentencia de segunda instancia. Para entender esta parte de la sentencia es necesario primero establecer qué dice el artículo 317, inciso dos, sobre la autonomía del delito de lavado de activos, dice que el delito de lavado de activos es un delito considerado autónomo de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tengan lugar la acumulación de acciones o penas y esto no exime a la fiscalía de investigar el origen ilícito de los activos. ¿Qué ha confundido el tribunal *ad quem*? en primer lugar, confunde la palabra investigar como una tarea asignada a la fiscalía para investigar el origen ilícito de los bienes con el término comprobación, es decir, impone y exige el tribunal de segunda instancia que se debe comprobar los delitos fuente o los delitos origen que dan lugar a la ilicitud de los activos objeto del delito de lavado de activos. Por lo tanto, en primer lugar, el yerro que comete el tribunal *ad quem* es, si bien afirma que no es necesario una sentencia judicial sobre los delitos origen y también llega a afirmar que únicamente es necesaria la prueba indiciaria, sin embargo, vamos a ver cómo estos postulados o estas premisas no son en realidad aplicadas por el tribunal de segunda instancia. Primero, estas afirmaciones de exigir la comprobación de los delitos fuentes contradicen el entendimiento doctrinario y jurisprudencial sobre la autonomía del delito de lavado de activos. Unos breves ejemplos doctrinarios señores Jueces, Francisco Albora en su obra denominada "El lavado de dinero" define que el lavado de activos es el proceso en virtud del cual los bienes de origen ilícito pretenden su integración en la economía formal. Jorge Vonpa establece por lavado de dinero, se entiende la operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito procedente de delitos es invertido, ocultado, sustituido, transformado o restituido para incorporarse en cualquier tipo de negocio como si hubiera sido obtenido de forma ilícita. Díez Ripollés establece que, es la regularización, conversión, naturalización y normalización del dinero. Aquí voy a referirme a un punto extremadamente importante y es la jurisprudencia que es lo que ustedes, como Jueces de este alto Tribunal de Justicia, han entendido sobre la autonomía del delito de lavado de activos. Para ello, vamos a citar el caso de Iván Espinel Molina, caso 09333-2018-00282, sentencia del 29 de julio de 2021, ponencia del doctor Felipe Córdova, Magistrado que se encuentra conformando el presente tribunal y en el considerando séptimo de esta sentencia justamente en el punto 7.4.1.5 se analiza el elemento

normativo del origen ilícito del delito, dice efectivamente, el señor Magistrado y el Tribunal de Casación, que se debe acreditar que el origen tiene una fuente ilícita, sin embargo, concluye que no requiere de una sentencia condenatoria pasada por autoridad de cosa juzgada, sino que únicamente es suficiente la prueba indiciaria sobre el origen ilícito de los delitos, citan al autor Pariona Pastrana, el cual, dice que no se necesita de formalización de una denuncia ni siquiera de lavado de activos, sino únicamente indicios que den al juzgador una certeza inicial sobre el origen ilícito de los activos, así lo dice la doctrina citada en esta sentencia. ¿Qué concluyen los señores Jueces en esta sentencia? dice que los indicios son ese conjunto de elementos que determina la existencia de ciertos hechos accesorios que permiten al juzgador inferir luego de una operación lógica jurídica la probabilidad respecto al acaecimiento de un hecho principal, es decir, la jurisprudencia exige que se comprueben los delitos fuente, no exige, porque no son elemento objetivo del tipo penal de lavado de activos, exigen un ejercicio intelectivo del juzgador para establecer la probabilidad, el indicio, de que esos dineros se han obtenido de manera ilícita. Caso FIFAGATE, 1728-2015-05549 que dice el Juez ponente Marco Maldonado Castro y el Tribunal, no se necesita la comisión de otros delitos sino que basta el sujeto activo de la infracción no demuestre el origen legítimo de los recursos que configuran el lavado de activos. Doctor Marco Rodríguez, en la sentencia con respecto a Alexei Mosquera Rodríguez, juicio 212-2017, sentencia de 8 de mayo de 2018, justamente, analiza cuáles son las tres fases del delito de lavado de activos, fase de colocación, fase de estratificación y fase de integración, en esos delitos, lo que se analiza es justamente el proceso de inserción del dinero ilícito en el sistema financiero nacional. ¿En alguna de las tres fases analizadas por su Autoridad en esta sentencia se exige la comprobación del delito fuente? de ninguna manera, sino únicamente la prueba indiciaria y la probabilidad respecto al origen ilícito de los recursos. Vamos a ver qué dice el tribunal de segunda instancia y como mal entiende justamente esta parte de la autonomía en el presente caso. Analiza dos delitos: la delincuencia organizada y el peculado; sobre la delincuencia organizada en el parágrafo 374 qué es lo que dice, que no se puede acreditar que se haya configurado la delincuencia organizada como un delito fuente, porque no se ha comprobado que de este proceso se haya originado en activos ilícitos y menos acusar a las personas jurídicas, porque no son parte de este proceso penal. Hablando del proceso que la fiscalía justificó a través de prueba de un delito previo de delincuencia organizada. Sobre el peculado parágrafo 376, el tribunal de alzada ha revisado la documentación presentada por fiscalía y acredita la existencia del delito de peculado, eso refiere el tribunal, que se acredita el juicio de peculado, sin embargo, dice ante la contestación de los procesados en el sentido que fiscalía identifique si obtuvo de dicho proceso penal dineros ilícitos, fiscalía no dio respuesta a este cuestionamiento. Parágrafo 377 dice que este juicio, fiscalía se encuentra con sentencia, pero que esta sentencia está apelada, lo cual no se encuentra acreditado dentro del juicio y, por el tanto no puede ser valorada. Yerra en su interpretación señores Jueces, el tribunal, primero porque únicamente analiza dos delitos: delincuencia organizada y peculado. Cuando la fiscalía solicitó y probó delitos como: asociación ilícita, corrupción, fraude procesal, como los delitos que precisamente generan este dinero ilícito. Cuál es el argumento falaz, el argumento falaz del tribunal, en dónde se mal entiende toda esta concepción doctrinaria y jurisprudencial, es que en los delitos de delincuencia organizada y peculado, no se ha demostrado el origen ilícito de los bienes, es decir, en lugar de exigir que se demuestre el origen ilícito de los bienes en el delito de lavado de activos conforme al artículo 317, conforme el elemento normativo del tipo objetivo dice que no existe origen ilícito, porque en los delitos de delincuencia organizada que tiene un bien jurídico protegido de seguridad pública, en el delito de peculado que tiene como bien jurídico protegido a la administración pública. Ahí no se ha demostrado la ilicitud de los activos obtenidos en esos delitos, por lo tanto, hace o prevé una exigencia que la norma no establece, puesto que la jurisprudencia ni siquiera exige una comprobación fáctica, ni judicial de los delitos fuente del delito de lavado de activos, sin embargo, el argumento es que no se han comprobado porque la fiscalía no ha demostrado la ilicitud de los dineros de esos delitos que no exigen y no tienen como elemento objetivo la ilicitud de los activos. En el parágrafo 377 dice el tribunal que, la sentencia se encuentra

apelada y que no hay comprobación, nuevamente, yerra el tribunal, por cuanto ya hemos dejado sentado que no es necesario una sentencia condenatoria para acreditar los delitos fuente del delito de lavado de activos, sin embargo, el tribunal dice que el delito de peculado al estar apelado no es demostrable en el juzgamiento del delito de lavado activos, y lo que sí nos llama la atención, y, sobre todo, queremos dar realce es el momento en que el tribunal, en el parágrafo 376 dice el tribunal de alzada ha revisado la documentación presentada por fiscalía y acredita la existencia del delito de peculado, sin embargo, no ha dado contestación al pedido de los procesados sobre si ese dinero era ilícito o no, es decir acredita el delito de peculado, pero dice que la fiscalía no ha respondido a una alegación de la defensa y que por eso no se lo valora una acepción absolutamente errada y erróneamente interpretada con respecto a los delitos fuente y la autonomía del delito de lavado de activos. Sobre el delito de delincuencia organizada también llama la atención que en el parágrafo 374 dice que la fiscalía ha acusado a personas jurídicas que no son parte de la delincuencia organizada. Toda la jurisprudencia y la doctrina respetable sobre el delito de lavado de activos es unánime y, qué nos dice, que los procesados del delito de lavado de activos no deben guardar identidad con los procesados de los delitos fuente, sin embargo, el tribunal exige que así sea, dice que las personas jurídicas no pueden ser responsables en este delito porque no han sido procesadas en el delito de delincuencia organizada, argumento falaz, erróneamente interpretado conforme la doctrina y la jurisprudencia citada. Sobre las empresas fachadas, y empresas fantasma, a partir del considerando 398, que lo vamos a citar, el tribunal de segunda instancia va más allá y en este caso ya no sólo exige comprobación judicial de los delitos fuente, sino que ahora lo que dice es que para que una empresa funja como empresa fantasma como una empresa fachada debe haber pronunciamiento de un órgano administrativo de control del Estado, es decir, crea una especie o una seudo prejudicialidad administrativa en donde dice que los órganos de control, verbigracia SRI, Superintendencia de Compañías, UAFE, deben pronunciarse en primera instancia para que un juez pueda determinar si una empresa es o no fantasma. Dice, parágrafo 399, el tribunal a quo de manera acertada concluye que la alegación de fiscalía carece de asidero jurídico debido a que no se ha demostrado que haya existido un procedimiento por parte del Servicio de Rentas Internas en el que se declare que las empresas son inexistentes o fantasmas, esa es la conclusión del tribunal. Y también en el considerando 408 sobre la empresa HDC PRODUCCIONES dice que es complejo darle la categoría de fantasma fachada, porque dice que hizo bien en este caso el juzgador a quo en no darle una categoría ajena a la facultad de un órgano jurisdiccional, por lo que las entidades de control tienen esta potestad administrativa de hacerlo y en base a ello, probar en este juicio que son empresas fantasmas, es decir, el juzgador se está sometiendo a lo que la jurisdicción administrativa diga con respecto a unas empresas utilizadas como fachada o como fantasmas. 409, fiscalía no logró probar que se haya iniciado procedimiento tributario que nos permita comprobar que estamos ante la existencia de una empresa fantasma, eso afirma el tribunal de segunda instancia. Entonces, yerran la interpretación nuevamente sobre la autonomía del delito de lavado de activos, porque condiciona la existencia del delito a un pronunciamiento de un órgano administrativo de control. De esta manera, incluso atentando contra varios principios básicos de la administración de justicia, como son la unidad jurisdiccional, como son la autonomía judicial, como son la libertad probatoria, como es la titularidad de la acción penal pública de la FGE conforme el artículo 195 de la CRE. Parágrafo 494 coincide con el análisis del a quo que cuando una empresa o institución privada se desvía de su objeto social será el ente controlador, la Superintendencia de Compañías quien así lo determina. Entonces, qué está diciendo, en otras palabras el tribunal de segunda instancia, que para determinar los elementos objetivos de un delito penal de lavado de activos, los órganos de control a través de un acto administrativo así deben decirlo. Y que lo contrario, si un juez llega a pronunciarse sobre esos elementos objetivos sin el pronunciamiento de un órgano administrativo, se está arrogando funciones, esa es la conclusión del tribunal de segunda instancia. Parágrafo 499, dice: no identificó fiscalía justamente al momento de analizar el objeto de la empresa HDC PRODUCCIONES que es una empresa de publicidad que se establecieron, cómo una empresa de publicidad vendía insumos médicos le

atribuye a la fiscalía que no identificó quiénes participaron en el lícito de coimador y coimado y de igual manera no identificó el concepto ni las circunstancias del presunto hecho fáctico. En este caso, la fiscalía alegó el cometimiento de varios delitos, inclusive delitos relacionados con corrupción para la venta de insumos médicos, sin embargo, en el parágrafo 499 el tribunal ad quem establece que la fiscalía debía probar cómo se cosecharon, como hubo las coimas, circunstancias de modo y lugar para un delito fuente. La jurisprudencia es unánime nuevamente citando por ejemplo a Luis Goben que cita a Gálvez que, no se puede exigir que un delito de lavado de activos se prueben circunstancias de modo, tiempo, lugar del delito origen, no es exigible, como lo ha hecho el tribunal de segunda instancia, mal interpretando justamente el alcance de los delitos. Parágrafo 434, 435 sobre las actividades de pitufeo de transferencias bancarias, nuevamente el tribunal *ad quem* dice que no ha habido alertas ni pronunciamientos de la UAFE sobre esta temática. Como se observa, la interpretación del principio de autonomía del delito de lavado de activos ha sido absolutamente errado. Y vamos a hablar en este punto de ya de la trascendencia de este yerro jurídico porque ha tenido un efecto transversal, en todas las sentencias, es decir esta interpretación errónea, es trascendente, porque influye en la decisión de la causa porque al manifestar que todos estos ingresos y recursos no justificados y pretendidos ingresar en el sistema financiero nacional no tienen delitos fuente, pues ha resultado en una sentencia absolutoria. Solo un ejemplo de esta trascendencia para ir concluyendo, parágrafo 471 hablan de que los dineros enviados al exterior no provienen de la delincuencia organizada dice y tampoco del proceso de peculado y que, por tanto, no configuran el delito de lavado de activos, es decir, dineros de cientos de miles de dólares que se pretendió enviar al exterior por parte de los procesados no corresponden al delito lavado de activos, justamente, porque no se ha probado el delito de delincuencia organizada y de peculado, como no se ha probado los delitos fuentes, erróneamente interpretando el alcance del tipo penal, dice que los dineros enviados al exterior no son ilícitos, ni tampoco derivan en un delito de lavado de activos. Cómo se ve la trascendencia del yerro jurídico también, parágrafo 556 dice que para determinar la responsabilidad de las personas naturales no se ha configurado el cometimiento de un delito previo y, por tanto, carece de sentido analizarse si este puede ser analizada la responsabilidad de las personas jurídicas por ausencia de delito previo, es decir, si se hubiera dado la interpretación correcta de que únicamente se requiere indicios de los delitos fuente, se hubiera analizado la responsabilidad de las personas jurídicas y se hubiese establecido la correspondiente responsabilidad, justamente, de estas personas jurídicas. Para finalizar y reforzar el punto que la justicia, que la actividad jurisdiccional no puede estar sometida a la actividad de órganos de control, me gustaría citar la sentencia 5-13-IN-19 de la Corte Constitucional, donde justamente se analizó que la actividad de fiscalía no se somete a los órganos de control y dice que la fiscalía constituye un órgano de la Función Judicial que tiene a cargo la dirección de la investigación pre procesal y procesal penal y que tiene como principio rector para el ejercicio de sus competencias la autonomía, es decir, independencia de órganos de control para el correcto desenvolvimiento de sus funciones, es decir, si en esta sentencia se declaró que la fiscalía no se somete a los informes de Contraloría General del Estado, si se habla de que en el delito de lavados de activos no se requiere una sentencia judicial mucho menos se puede condicionar la configuración de un delito, a un pronunciamiento administrativo de órganos de control. Por lo tanto, la petición concreta, una vez que se ha demostrado el error de derecho, que se ha justificado la trascendencia en la decisión de la causa, es que se case la sentencia y que enmendando el error en derecho, se declare responsables del cometimiento del delito de lavado de activos conforme el artículo 317 del COIP, a los siguientes ciudadanos: Noé Daniel Salcedo Bonilla y Daniel Josué Salcedo Bonilla, como autores directos del delito contemplado en el artículo 317, el primero en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6; el segundo en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5. Jorge Antonio San Lucas Vanegas, Jorge Darío Sánchez Montiel cómplices conforme al artículo 43, el primero respecto de los numerales 1, 2, 4, 5 y, el segundo respecto de los numerales 1, 2, 3, 4 y 5. Las empresas jurídicas HDC PRODUCCIONES, SALNOEDAN PRODUCTIONS, PALIYE S.A., MARE WORLD GROUP Cía. Ltda., HIGCISTEM Cía. Ltda., Industria SALDANOBO C.A., de

conformidad con los artículos 49, 50, 51, 71.1, 2, 3, 6, 7, del artículo 317, a través de sus representantes legales, por haber introducido dinero ilegal al sistema financiero. De igual manera, para el establecimiento de la reparación integral, así como de la multa solicito se tome en cuenta el monto que se ha determinado como objeto del delito por el monto de USD. $ 1.956.125,012, y la multa sea calculada conforme lo dispone el propio artículo 317. De igual manera, solicito se ponga la pena establecida en el artículo 317, inciso segundo, numeral 3, justamente del artículo 317, esto es la pena máxima de 13 años.

4.2. Contradicción:

4.2.1. Procesados no impugnantes Jorge Antonio Sanlucas Vanegas, Noé Daniel Salcedo Bonilla, Daniel José Salcedo Bonilla, y empresas jurídicas PALIYE S.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., HIGCISTEM Cía Ltda., MARE WORLD GROUP Cía. Ltda. y SALDANOBO C.A.:

10. El doctor José Moreno Arévalo, en representación de los procesados Jorge Antonio Sanlucas Vanegas, Noé Daniel Salcedo Bonilla, Daniel José Salcedo Bonilla, y empresas jurídicas procesadas PALIYE S.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., HIGCISTEM Cía. Ltda., MARE WORLD GROUP Cía. Ltda. y SALDANOBO S.A., dijo que:

Efectivamente, contestando lo que ha manifestado el señor fiscal, efectivamente, esta defensa a nombre y representación de las ya mencionadas personas naturales y de las ya mencionadas personas jurídicas, excepto HDC PRODUCCIONES que otro señor defensor la representa, debo de solicitar a ustedes que no se acepte la petición de casación y declaratoria de responsabilidad penal de las ya mencionadas personas presentada por parte de la FGE, en la alegación que me precedió en el uso de la palabra. Esta negativa, la sustento de la siguiente forma: resulta que, efectivamente, el tripartito de la consumación o ejecución del lavado de activos, y ustedes son hombres de derecho, no vamos a venir aquí a disertar sobre tal tema, simple y llanamente señores, con mucho respeto primero es el día lunes y después es el día martes y sucesivamente hasta llegar al domingo y volvemos al lunes, por qué viene esto, porque si el lavado de activos ustedes por poner un ejemplo, me dan una temporalidad del año 2018 al 2020, fase en que las personas naturales y jurídicas, que han sido acreditadas con dos sentencias ratificatorias de inocencia, si esas personas han lavado activos entre el 2018 al 2020, se infiere que yo para ejecutar el tripartito de pretender a dineros maculados, hacerlos aparecer como lícitos tuve que haber cogido el dinero maculado antes del 2018 para de ahí proceder a hacer la transformación tripartita del 2018 hasta el 2020, lógica elemental y pura, per se entonces, yo primero hago la fase tripartita y después establezco la fuente del dinero maculado, no es al revés, primero tengo que tener el dinero maculado para de ahí pasarlo a la fase tripartita. Con mucho respeto a mi señor FGE que hace el papel por representación, qué equivocado que está, y le voy a probar. Se ha referido a tres procesos, claramente dijo el FGE, 2018 al 2020 y los delitos de peculado, delincuencia organizada, que empezó como asociación ilícita y fraude procesal, los números son los siguientes: ruego que importante el tema, peculado el juicio es el No. 09281-2020-01458, está en fase de apelación en Corte Provincial del Guayas. El delito de delincuencia organizada es el 09286-2020-01773, todavía está en fase de juzgamiento oral en tribunal penal con sede en la ciudad de Guayaquil, el juicio siguiente es el de fraude procesal 09285-2020-00672, todavía en fase de impugnación. No entremos en detalles, hecho de conocimiento público y la mayoría fuimos víctimas de la enfermedad, la famosa cuarentena del año 2020, cuya reapertura de actividades fue por junio o julio, aproximadamente. Entonces, todos estos juicios se originaron como consecuencia de que supuestamente Daniel Salcedo había hecho negociaciones para compra y venta de medicina para el COVID, pero a partir de esas fechas, entonces estos negocios tuvieron que haberle producido USD. $ 1.900.000, pero a partir de esas fechas en adelante o sea que la licuada iba aproximadamente desde que empezó la pandemia en adelante. Pero aquí mi señor fiscal, que parece que no ha leído ni la sentencia del tribunal penal, y me habla del llamamiento a juicio, se equivocó pues, me está hablando de un tiempo de periodicidad de lavado del 2018 al 2020, y estos juicios que presuntamente son los delitos fuentes que produjeron el dinero maculado, o sea el USD. $ 1.900.000, son del año 2020 en adelante, y lo que no dice el señor FGE a ustedes es que en todos estos juicios no se ha conseguido demostrar por fiscalía la producción de un solo dólar maculado, hágame la réplica, señor fiscal

y dígame en cada juicio, cuánto hay de dinero maculado que posteriormente se lavó como parte del millón novecientos mil, no atente a la inteligencia de la Sala Nacional, no induzca al error de los Magistrados, anteayer en "Metástasis" ya pretendieron intimidar. Ahora, señores Jueces vienen a cambiar los hechos, pero como es fiscalía que amenaza con meter preso a todo el mundo, entonces, hay que hacerle caso, en qué país vivimos. Esta es la realidad, primero se establece el dinero maculado y después se licúa y eso es lo que no pudo la doctora Proaño en el tribunal penal de El Oro demostrar. Por eso esa sentencia tiene 800 páginas y la sentencia de la corte igual, y ahora vamos a probar quién es falaz, mencionó el parágrafo 351, con sentencia en mano pero oh sorpresa este parágrafo no está en la parte de la decisión, este parágrafo es cuando la sala comienza a realizar análisis. Pero señor fiscal se le olvidaron los capítulos de Cervantes, le faltó leer y permítame, estoy hablando a nombre de tres personas naturales y de un grupo de empresas. Parágrafo 353, del fallo materia del recurso, con su venia, por ello intentaremos en este apartado clarificar cómo puede probarse el delito de lavado de activos en forma autónoma del delito previo. Se le olvidó leer, señor fiscal, 356, la Convención de Viena prescribe en el artículo 3.3 que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Por otro lado, el Reglamento modelo de la cita, artículo 2.5 dice que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos de lavado de activos podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Parágrafo 357 estos principios, que son utilizados para valorar las pruebas en materia criminal y estos conceptos referidos a la valoración del elemento subjetivo del tipo, deberían ser usados para ponderar el origen ilícito de los bienes, no se equivoque señor FGE, no induzca al error, usted tiene que leer todos los parágrafos del análisis que la sala va desarrollando y en los parágrafos siguientes la sala es bien clara, señor Juez ponente, no se ha establecido el origen ilícito de los dineros presuntamente maculados o lavados y la sala en los parágrafos siguientes, bien claro dice, no es necesario que haya sentencia o condena anterior por el delito fuente, solamente debe demostrarse que de ese delito se produjeron dineros ilícitos y que son los que fueron posteriormente lavados. Señor fiscal, hágame la réplica y dígame que miento. Aquí están los parágrafos y permítame dar lectura al parágrafo 359 por la importancia del caso, 359, la comprobación del objeto del delito de lavado de activos, la autonomía del delito de lavado se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es el origen delictivo de los bienes lavados puede ser comprobado por cualquier medio legal, no es indispensable una sentencia de condena, por qué no leyó eso pues señor fiscal. Porque ustedes ahora públicamente intimidan a los jueces y uno como defensor que viene en defensa honesta, en el libre ejercicio, tiene que ser sometido a escuchar acusaciones en plena audiencia, eso pasó en "Metástasis" y ahora mi señor Juez a escuchar lo que el señor fiscal induce al error, pero como es la fiscalía, hay que revocar la sentencia y declarar culpabilidad. No, Señoría, aquí está el fallo, entonces, como ciudadano ya indigna lo que está sucediendo en el Ecuador. Aquí lo dice la sala, y más adelante parágrafo 366, que dice la sala, ahora bien, que debemos entender por activo de origen ilícito, refiriéndose al alcance de término activos, tanto la Convención de Mérida como la Convención de Palermo establecen activos de cualquier tipo corporales o incorporables, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. 367, 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 consiguiente, esta conducta delictiva solamente se consuma cuando los verbos rectores adquirir, administrar, entregar, beneficiarse, etc., recae sobre un beneficio o rédito que provenga de la comisión de un acto delictivo. Y en el 369, le dice, le transcriben la parte pertinente del artículo y en la parte final de la transcripción dice, en el 369, la sala le transcribe parte de la exposición de la doctora Ivonne Proaño, fiscal representante en este juicio y, le transcribe lo que la señora fiscal, como teoría del caso o teoría del delito, dijo, y dijo lo siguiente: la existencia del delito de lavado de activos, como ya se ha manifestado, y ser un delito autónomo, fiscalía va a probar que ese delito autónomo tiene activos ilícitos y que el detonante fue el 9, y retrocedemos a ver desde cuándo y cómo ese delito

obtuvo estos activos ilícitos dentro del sistema financiero nacional, demostraremos que estos activos ilícitos son producto de delitos de corrupción, peculado, delincuencia organizada, fraude, etc.. Y, en los parágrafos más adelante la sala hace el análisis de que la misma señora fiscal tuvo que aceptar que no se ha podido demostrar que de esos delitos presuntamente originados en el 2020 hayan salido el USD. $ 1.900.000, ella lo acepta en plena audiencia, y el tribunal obviamente, la sala qué logra establecer, que efectivamente no se cumplieron los presupuestos del delito de lavado de activos. Por cuestión de tiempo sería largo el ir leyendo cada parágrafo, pero le estoy dando respuesta a la pretensión de casación. Pero aquí viene algo importante, 371, de la prueba documental actuada en el juicio consta la No. 8990, que son documentos impresos públicos, reportes del sistema SATJE del proceso penal No. 09286-2020-01773, por asociación lícita, luego reformulado a delincuencia organizada seguido contra los ahora acusados y el proceso penal No. 09285-2020-00672 seguido en contra de los procesados y, el proceso penal No. 09286-2020-001168, seguido en contra de los procesados, dice el parágrafo 372, el tribunal está de acuerdo que al ser un delito autónomo no se necesita sentencia de otro proceso penal, le dice la sala en la sentencia para que se justifique el delito de lavado de activos. Entonces, cabe analizar si los procesos penales aportan considerando como prueba aprobar el delito de lavado. 374, 373, este tribunal está de acuerdo con los manifiestos de fiscalía que el delito de fraude procesal en sí, no genera recursos económicos, por lo tanto, no podemos hablar de recursos económicos ilícitos, ahí está el análisis. 374 con respecto al proceso de delincuencia organizada constan las copias del proceso de las cuales advierte que corresponden a dicho proceso penal, pero no hay constancia ni justificativo de la prueba documental y pericial que de ese proceso se hayan originado activos ilícitos y mucho menos acusar a las personas jurídicas porque no son parte de ese proceso de delincuencia organizada. 375, con respecto al delito de peculado constan copias de la existencia del proceso ya mencionado el número. Ahora bien, fiscalía acusa que, de este delito, con la participación de personas jurídicas SILVERTY, BIOIN y EKARMEDI, son las empresas con las cuales los procesados obtuvieron dinero ilícito al contratar con el IESS, puesto que existió un proceso contractual para la compra de fundas, pero más adelante en el siguiente parágrafo, el tribunal qué analiza, pero estas empresas SILVERTY, BIOIN y EKARMEDI no están procesados pues en este juicio de lavado de activos, nada tienen que ver aquí. Para finalmente en el 377, hablando ya de temporalidad 377, por lo que el tribunal advierte que efectivamente lo expuesto por fiscalía no ha logrado probar documental ni pericialmente sobre qué cantidad de dinero habría generado los hechos ocurridos en el año 2020 y de qué manera se habría colocado, estratificado o integrado en el periodo del 2018 a junio del 2020. Consecuentemente, se denota que el argumento que es parte de la teoría del caso de la FGE queda sin sustento, es decir, quedó sólo como un ofrecimiento sin ser probado, le está diciendo la sala de la corte provincial. Concluyo, 381, al respecto debemos preguntarnos, qué son las empresas de fachada, es de consenso identificar qué delitos como: tráfico de drogas, tráfico de armas, el contrabando, la corrupción, entre otros, representen importantes ganancias de dinero ilegal para quienes realizan este tipo de actividades, por eso, para poder utilizar esos recursos que han obtenido en común es necesario que recurran a diversas técnicas y prácticas para lavar ese dinero y de esta manera poder justificar sus ingresos y capital. 382, una de las técnicas más utilizadas en estos delitos son las empresas fachadas o de papel, es decir, diferentes negocios que se crean según lo establecido por la ley, pero que tienen como principal objetivo ocultar y maquillar la verdadera actividad económica, que le genera ingresos, a sus dueños y a terceros, como socios, por esta razón este tipo de empresas son consideradas la mayoría de veces como empresas fraudulentas, pues no responden a la actividad económica o comercial para las que fueron supuestamente creadas; y, simple y llanamente le hace el análisis de que es una empresa fantasma, cuando una empresa hace pitufeo de acuerdo a los montos y le hace un análisis terrible. En la audiencia preparatoria, la señora doctora Ivonne Proaño pidió llamamiento a juicio a la empresa SALDANOBO compañía anónima, con un periodo del 2018 al 2020, el juez, el ilustre doctor Ramiro Ramírez, juez de Huaquillas, provincia de El Oro, ilustre académico en materia penal, en todos los conciertos académicos del Ecuador llamó a juicio a todos,

pese a que se le advirtió al señor doctor Ramiro Ramírez, de que la empresa SALDANOBO ya no existía, fue extinguida en el año 2017. Entonces, llamaron a juicio a una persona jurídica si cabe el término, eliminada del sistema societario. Fuimos al tribunal penal y el tribunal penal le hace el análisis y le pide una aclaración a la señora fiscal, está en el acta. Existe o no existe SALDANOBO no, no existe, y entonces, porqué la acusa. Vamos a la corte provincial, por favor revisen la sentencia, otra vez hablan de SALDANOBO y, estamos en casación y otra vez le habla el FGE de SALDANOBO, esa empresa no existe. Todo eso hicieron en el juicio de lavado de activos. Para concluir, esto establece que el señor fiscal ha hecho referencia o ha pretendido hablar de interpretación errónea de la ley, vicio de legalidad en la sentencia al haber aplicado bien la norma, pero haberla interpretado mal. No Señoría, basta con revisar el fallo, con mucho respeto falta de leer cada parágrafo que no leyó al señor fiscal, errónea interpretación o error de hermenéutica, la norma seleccionada es la correcta, el juez debiendo aplicar no le da el alcance que tiene y le hace, le hace comportar consecuencias extensivas o restrictivas. Esto en la obra "La casación penal" del autor Luis Gustavo Moreno Rivera, folio 127, aquí está la obra. O sea, con mucho respeto inobservó el principio de no debate de instancia, inobservó el principio de presunción de acierto y legalidad, inobservó el principio de debida fundamentación y demostración e, inobservó el principio de trascendencia. Con mucho respeto y sin polémicas, la fundamentación hace mal uso del derecho, pretende inducir al error de los juzgadores en franca violación del artículo 26 del COFJ. Venimos de tener dos sentencias absolutorias, fallos de más de 800 páginas y permítanme el irrespeto, escritas en letra tipo biblia suficientemente fundamentadas y analizadas, no hay error o errónea interpretación. Debe de rechazarse el recurso de casación, me reservo el uso de la voz en caso de ser necesario y dejando advertido con mucho respeto, una vez más tengo que venir a debatir o a defender a una empresa inexistente SALDANOBO C.A.

4.2.2. Persona jurídica procesada no casacionista HDC PRODUCCIONES:

11. El abogado Frank Orellana Morales, en representación de la persona jurídica HDC PRODUCCIONES, afirmó que:

Esta defensa quiere identificar los errores en la técnica de casación que ha incurrido el señor fiscal el día de hoy en esta audiencia y para aquello, voy a abordarlo en tres aspectos y al final voy a concluir con una pretensión. Lo primero, que voy acreditar es que la fundamentación que ha hecho el señor fiscal es sobre aspectos ya debatidos en instancia. Esto ya se analizó ante los jueces de la Corte Provincial de El Oro. Segundo, que no se cumple con el principio de trascendencia. Tercero, voy a permitirme replicar aspectos relacionados a lo que argumentó fiscalía en cuanto a la supuesta existencia de empresa fantasma, o pretende darle esta categoría a HDC PRODUCCIONES y al final voy a culminar con una pretensión concreta. Bien, en cuanto al primer aspecto, podemos observar en la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de justicia de El Oro, a partir del parágrafo 303 se recoge, se recopila, cuál es el ofrecimiento que hizo la señora fiscal ante el Tribunal de Garantías Penales de El Oro y en la parte pertinente de este parágrafo 303 que es bastante amplio la señora fiscal ofrece lo siguiente, y dice que, estos dineros han sido coimas recibidas por delitos de peculado, por delito de organización de delincuencia organizada y de otros. Así lo mencionó la señora fiscal reitero en tribunal y también fue un cargo impugnatorio ante los jueces de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. Analizamos precisamente la respuesta que le da al tribunal a este cargo impugnatorio que ya se hizo, reitero ante los jueces de apelación, encontramos la respuesta a partir del parágrafo 366, 369, 371, 372 y 373 de esta sentencia, qué dicen los jueces de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. Y voy a rogar, se me permita leer la parte pertinente de lo que menciona esta sentencia, hace un análisis sobre la prueba indiciaria y la respuesta que da en el parágrafo 377 es el siguiente, por lo que el tribunal advierte que efectivamente, lo expuesto por fiscalía no ha logrado probar documental ni pericialmente qué cantidad de dinero habría generado este hecho ocurrido en el año 2020, de qué manera se habría colocado, estratificado o integrado en el periodo enero del 2018 a junio del 2020. Consecuentemente, se denota que este argumento que es parte de la teoría del caso de la fiscalía quedó sin sustento, es decir quedó solo como un ofrecimiento sin ser probado. Señores Jueces, yo comparto con la doctrina que ha mencionado en este momento el representante de fiscalía, pero quiero advertir lo siguiente, parece que quien no tenía claro ni

ante el tribunal ni ante la sala era la representante de fiscalía en ese momento y en sede casacional, no se puede analizar estos hechos, los hechos son incontrovertidos, incontrovertibles, la señora fiscal ofreció demostrar que este dinero USD. $ 1.956.121,012 eran provenientes de delitos precedentes. Ese fue el ofrecimiento de la señora fiscal, y es por eso el razonamiento y la respuesta que le da la sala que la señora fiscal fue la que ofreció, hay un ofrecimiento fáctico no demostrado. En cuanto al segundo parámetro, intentaré ser lo más técnico posible, no se cumple con el principio de trascendencia y miren qué ha dicho el día de hoy el representante de fiscalía. Hay que ser cuidadoso con la lectura que se le da a la sentencia, y quiero decir esto con mucho respeto. El representante de fiscalía ha mutilado en la lectura la construcción gramatical de la sentencia y está arribando a conclusiones que no forman parte de la sentencia. Cuando hace la supuesta fundamentación del principio de trascendencia que dice que en el parágrafo 351, hay un error a criterio del señor fiscal en el análisis que hacen los jueces y menciona lo siguiente, 351, sacó de contexto cuando dio a entender que el tribunal exigía la existencia de delitos precedentes y lo cierto señores Jueces es que en este parágrafo la corte provincial hace un análisis de lo siguiente y hace un razonamiento, un ejercicio intelectivo en este parágrafo no una conclusión, dice lo siguiente, de esta forma si se conceptualiza lavado de activos como una forma de encubrimiento o como un delito que se asemeja a este crimen se podría afirmar que sólo se puede imputar el lavado de activos cuando se halle comprobada la comisión de un crimen previo, para esto es necesario se compruebe una conducta criminal anterior al hecho. Lo que no leyó el señor fiscal es lo siguiente, el razonamiento que sigue haciendo el tribunal de apelación, ahora bien si se afirma que el delito de lavado de activos, perdón el delito de lavado de dineros es un crimen autónomo debería sustentarse que aún el narcotraficante de armas, por dar un caso, se involucran las acciones constitutivas de lavado que debe ser castigado por este crimen. El parágrafo 351 que mencionó el señor fiscal no es una conclusión, es parte del razonamiento que hace el tribunal de apelación y miren ustedes, lo digo respetuosamente, cuando intenta fundamentar este principio de trascendencia que dice, palabras textuales del señor fiscal, que se cumple con la trascendencia porque influye en la decisión de la causa; de qué forma el parágrafo 351 influye en la decisión de la causa, de ninguna forma y que dice también, que influye porque con esto ha resultado una sentencia absolutoria, eso fue lo único que nos dijo intentando cumplir con el principio de trascendencia, entonces eso querría decir que desde la perspectiva de fiscalía, en todos los casos que conoce la Corte Nacional sentencias absolutorias, se cumpliría con el principio de trascendencia, que es un error técnico el que ha cometido el día de hoy, intentando fundamentar el representante de fiscalía. En cuanto a la compañía HDC, también se ha mencionado por parte del señor fiscal que se debe dar importancia en el análisis de la existencia de empresas fantasmas, pero exhorto respetuosamente señores Jueces que se analice la respuesta que da el tribunal de apelación, en lo relacionado a la compañía HDC y esta respuesta consta en los parágrafos 408, 420, 465 y 468, por mencionar los más importantes y ruego yo sé que en estas audiencias debe primar el principio de oralidad, pero para ejercicio de la defensa, permítanme leer las partes pertinentes de esta sentencia. Parágrafo 408, la corte provincial contesta en los siguientes términos, en cuanto a la compañía HDC PRODUCCIONES resulta complejo que se le pretenda dar categoría de fantasma fachado de papel por lo mencionado por la fiscalía que en el periodo de enero del 2018 a junio 2020 ha contratado con el Estado, previo a sistemas de control obtuvo contratos millonarios, por lo tanto este tribunal considera que este parámetro impugnatorio hizo bien el juzgador a quo en no darle categoría ajena a la facultad del órgano jurisdiccional. Continúa en el parágrafo 420 y de ahí viene un aspecto muy importante para esta defensa, de la prueba pericial y testimonial el tribunal establece que el dinero encontrado a Noé Salcedo el 9 de junio del 2020 proviene de un cheque de HDC PRODUCCIONES. Parágrafo 465, sobre este punto hay que partir que la misma fiscalía reconoce que HDC PRODUCCIONES sí mantuvo contratos con el Estado, lo que se acredita con los testimonios del perito Guanoluisa, corroborado con el testimonio de Consuelo de Lourdes Paz y Miño, Gerente de cumplimiento de BanEcuador, quienes sí expresan lo siguiente y, es un tema muy importante y leo entre comillas, que con la empresa CNT y Pichincha hizo contratos con la

Corporación Nacional de Telecomunicaciones en el periodo de enero del 2018 y junio del 2020, con un valor de USD. $ 2.222.886,45; con la Contraloría General del Estado por un valor de USD. $ 1.174.000; con la Junta de Beneficencia de Guayaquil por un subcontrato para recuperar una cartera de USD. $ 120.000, de los cuales USD. $ 90.000 fueron cobrados. Entonces, lo que ha mencionado el día de hoy el representante de fiscalía de que supuestamente habría empresa fantasma, porque ni siquiera tendrían cuentas bancarias que han sido empresas de fachada, señores Jueces en el valor probatorio que le dio a los testimonios y a la pericia, el tribunal de apelación ya analizó y ya resolvió aquello, reitero analizando prueba, analizando testimonios, analizando peritajes y digo esto respetuosamente, lo cual este Tribunal casacional no puede hacer, no puede volver a valorar algo que ya se debatió y menos aún valorar prueba porque está impedido, por lo que establece el artículo 656 del COIP, en el último inciso. Dicho esto, señores Jueces, la pretensión concreta es la siguiente, que se declare la improcedencia del recurso de casación por indebidamente fundamentado y también por no existir violación a la ley.

4.2.3. Procesado no recurrente Jorge Sánchez Montiel:

12. El abogado Raúl Llerena Guerrero, defensa técnica del procesado Jorge Sánchez Montiel, sostuvo que:

Siempre leemos de su erudición en muchísimos fallos que la errónea interpretación se patentiza cuando a un enunciado normativo no se le otorga un sentido aceptable, plausible, ahí se contraviene la interpretación, ahí se contraviene la ley. Pero en este caso, ya los colegas que me antecedieron, han sido absolutamente claros en determinar que no puede existir esa errónea interpretación, porque no se ha indicado tampoco cuál es el sentido diferente, cuál es la desviación interpretativa que se ha dado en la sentencia, se trata efectivamente de confundir con argumentos, como por ejemplo, que no es lo mismo investigar o comprobar, y se centra el debate por parte se pretende centrar el debate por parte de fiscalía en algo que no es contradictorio, cuál es la autonomía del delito de lavado de activos, pero el hecho de que el delito de lavado de activos sea autónomo no puede relevar su comprobación. Y, si analizamos la sentencia en lo que tiene que ver exclusivamente con el ingeniero Jorge Sánchez Montiel, que dicho sea de paso este es el único proceso penal que tiene este profesional, quien tenía el 5% de las acciones de HDC, y sigue teniendo, porque la empresa no está disuelta, obviamente, el ingeniero Sánchez es mencionado en la parte en el acápite 507, el parágrafo 507, de la sentencia materia de este recurso de casación por la fiscalía y dice con la venia de usted señor magistrado, en este sentido no hay prueba documental o pericial que conlleva a determinar el origen del dinero ilícito ampliamente desarrollado *ut supra*, consecuentemente mucho menos hay prueba indiciaria que acredite que San Lucas Vanegas que es el contador de las empresas y Jorge Sánchez Montiel hayan facilitado y cooperado en ocultar o disimular información del origen del dinero pues no hay pruebas sobre actos secundarios que conlleva argumentar esa teoría de la fiscalía. Muy bien, la casación jamás revisa pruebas pero no puede soslayar la necesidad de que la fiscalía haya tenido que demostrar la ilicitud del dinero y tome en cuenta como bien decía el doctor Frank Orellana que, este hecho empezó en junio 10 si mal no recuerdo del 2020, este hecho, este juicio empezó con la detención del señor Noé Salcedo con USD. $ 47.760 el 10 de junio del 2020, es decir, de ahí se retrocede en la investigación que inicialmente se dijo que se iba a investigar desde el 2013 y luego la fiscalía fija esos parámetros de ley, como lo anotó el doctor Moreno desde el 2018 hasta el 2020. En todo caso, la fiscalía no ha podido demostrar cuál es la errónea interpretación, cuál es el sentido diferente que le dio a la ley, y no podía darle otro, sino lo que yo también solicito en esta mañana, cuál es la ratificación de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que ha sido indebidamente casada o pretende ser indebidamente alterada con este recurso improcedente de casación que ha planteado la fiscalía. Finalmente, quiero resaltar que el tipo penal de lavado de activos está totalmente clara en la definición también de la sentencia que toma parte de la doctrina peruana y de este ilustre magistrado José Antonio Caro Ulloa que define el tipo subjetivo de lavado de activos como que solo descansa, dice, el delito de blanqueo de activos no solo descansa sobre un delito anterior, exige el conocimiento del origen del ilícito de los activos, aun cuando se requiere que este sea preciso exacto del delito previo, es decir la fiscalía jamás pudo determinar esta situación. Razón por la cual,

pido se confirme la sentencia subida para el análisis de ustedes y se deseche el recurso de casación planteado por la FGE.

4.3. Réplica:

Me referiré en primer lugar a la intervención del doctor José Moreno por varios de los procesados y de empresas jurídicas. Señores Jueces, 27 minutos se tomó la intervención del doctor José Moreno para atacar a la fiscalía, en lugar de presentar argumentos a ustedes, como señores Jueces y autoridades, en este proceso. Y de esos 27 minutos, 4 minutos se refirió al cargo casacional que ha presentado la fiscalía, es decir, a la errónea interpretación. Manifiesta que las líneas de tiempo no dan para que se haya podido lavar el dinero del 2018 al 2020 y se concentra en establecer en que en cada uno de los delitos que la fiscalía investigó sobre el origen ilícito de los activos no ha habido una sentencia. Cita algunos parágrafos de la sentencia para decir que el tribunal, efectivamente, ha establecido que únicamente se requiere prueba indiciaria y que no es necesario la comprobación de los delitos fuente, es decir argumentos absolutamente contradictorios por parte de la defensa técnica, quien en una primera fase advierte que la sala no exige una sentencia condenatoria pero su argumento se dirige justamente a establecer que no hay sentencias en los tres procesos que he mencionado de delincuencia organizada, peculado y de fraude procesal. No se ha referido, en lo absoluto, a los argumentos de fiscalía, no sobre los hechos probados, parece que el señor abogado ha confundido esta audiencia con un alegato de juicio. La fiscalía se refirió no a los hechos probados, sino a que al entendimiento del tribunal *ad quem* para llegar a esos hechos probados es errado, es decir cómo se interpreta erróneamente la norma del artículo 317 para llegar a esos hechos probados, no si existe o no existe sentencia ejecutoriada, no si existe o no existe sentencia condenatoria, sino se ha citado las partes iniciales de la sentencia que entendemos que no son conclusiones fácticas, pero sí como a partir de esas premisas iniciales en el desarrollo de la sentencia existe yerros de interpretación intelectiva del tipo penal, porque en los delitos de delincuencia organizada, de peculado se ha exigido que en esos delitos se debía comprobar la ilicitud de los recursos y no en el delito de lavado de activos, ese es el punto central de la FGE en su interpretación. Dice, justamente que la fiscalía no ha leído con mala fe los párrafos en donde se citó, que se ha provocado un debate de instancia, que no se ha cumplido la debida fundamentación, que no se ha cumplido el principio de trascendencia. Estas tres afirmaciones de la defensa eran las que tenía que sustentar, es decir, afirmó que se ha hecho un debate de instancia, que no se ha cumplido el principio de debida fundamentación, que no se ha cumplido el principio trascendencia, sin ningún argumento y ha quedado en una mera afirmación por parte de la defensa técnica que no ha atacado el tecnicismo del recurso interpuesto por la fiscalía. Se ha acusado a la fiscalía de pretender cambiar los hechos, precisamente en ningún momento hemos buscado alterar los hechos, qué es lo que ha hecho el recurso de casación de la fiscalía, mencionar el análisis del tribunal de segunda instancia y demostrar cómo este análisis se encuentra errado con respecto a la interpretación del tipo penal, de la doctrina y de la jurisprudencia a la que ni siquiera se ha referido en lo más mínimo la defensa técnica. Por lo tanto, en esta primera intervención con respecto a la contradicción del doctor José Moreno, me ratifico en el planteamiento del recurso de casación. Con respecto a la segunda intervención a nombre de HDC PRODUCCIONES, dice que no se ha cumplido tres puntos, que se han topado puntos ya debatidos, que no se ha demostrado la trascendencia y, sobre la existencia de empresas fantasma. Al referir esto, la defensa manifiesta que la fiscalía ha ofrecido probar USD. $ 1.900.000, aproximadamente, como monto de ilícitos activos, pero que no ha probado que son producto de los delitos precedentes, precisamente, le damos la razón a la defensa, la fiscalía no debía probar que USD. $ 1.900.000 se den en los delitos precedentes, debía probar que sea en el delito de lavado de activos, y eso es lo que ha mal interpretado el tribunal ad quem. Dice que sobre la trascendencia sólo hemos mencionado que no ha habido perdón, que el error es trascendente, porque había una sentencia absolutoria, parece que la defensa técnica no ha escuchado lo que manifestó la fiscalía, se fundamentó el principio de trascendencia por qué, porque se corresponde, y hablando particularmente de las personas jurídicas, porque se dice que no se puede analizar la responsabilidad de las personas jurídicas, porque no han sido procesadas

en el delito de crimen organizado, es decir, no hay identidad subjetiva entre el delito fuente y el delito resultado que es el delito de lavado de activos. Esa es la interpretación que la FGE ataca como errónea interpretación y que establece como trascendente, porque esta interpretación errónea sobre la identidad subjetiva de los procesados en el delito fuente y en el delito resultado provocó que el tribunal no analice la responsabilidad de las personas jurídicas. Y finalmente, dice que a criterio de la fiscalía hay empresas fantasma que yo he mencionado, que hay empresas fantasma y que hay empresas fachada, en ningún momento yo no puedo realizar afirmaciones de ese tipo porque este recurso es técnico y únicamente toma como su base los razonamientos del tribunal de segunda instancia. Mi análisis sobre las empresas fachada y empresas fantasma fue que el tribunal interpreta erróneamente porque somete esta calificación a un pronunciamiento de un órgano administrativo, esa es la afirmación de fiscalía, es decir que para que exista una empresa fantasma o una empresa fechada el tribunal ad quem dice que así debía calificar el SRI, la UAFE, la Superintendencia de Compañías y, ese es el razonamiento justamente errado que da el tribunal. Finalmente, con respecto a la intervención del doctor Llerena a nombre de Jorge Sánchez Montiel, dice que se ha tratado de confundir al tribunal, que es un delito autónomo y que no se ha podido demostrar la errónea interpretación, respecto de estos puntos bastante genéricos, hago mías las palabras para responder a las otras intervenciones, en ningún momento se ha tratado de confundir, rechazamos todas las afirmaciones en las cuales se manifiesta que se ha tratado de inducir al error al Tribunal, aquí el recurso es técnico, aquí los argumentos son claros y aquí los argumentos son jurídicos, señores jueces y se ha justificado en ese sentido el recurso. Por todo lo expuesto, me ratifico en mi primera intervención, solicitando que se case la sentencia.

V. PROBLEMA JURÍDICO:

13. Determinar si en la sentencia de alzada, existe la vulneración del artículo 317.1, 2, 3, 4, 5 y 6 (tipo penal de lavado de activos), bajo la modalidad de errónea interpretación.

VI. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

6.1. Sobre el recurso de casación:

14. 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.

15. El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

16. El segundo escenario del error *in iudicando,* tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

17. En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la 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.

18. Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el invocado artículo 656 del COIP.

19. Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta[1], correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia [2].

6.2. Sobre el caso en concreto:

20. La FGE, a través de su representante, al fundamentar el recurso, programó como única hipótesis casacional, la siguiente:

- Errónea interpretación de la norma que tipifica el injusto de lavado de activos, esto es el artículo 317.1, 2, 3, 4, 5 y 6 del COIP, bajo el argumento relativo a que, el entendimiento del ad quem para llegar a los hechos probados, es errado, dadas las exigencias para determinar en el razonamiento del mismo, elementos del tipo penal, tales como: la autonomía, respecto de los delitos fuentes (delincuencia organizada, fraude procesal, peculado, corrupción), origen del dinero ilícito, "pitufeo" y empresas fachadas, entre otros aspectos.

21. Fijado el límite casacional, en primer término, se precisa que la casación fiscal abre la posibilidad de contener una pretensión punitiva sin menoscabar el principio de la *"no reformatio in pejus"*, más allá de que, exista de por medio doble sentencia absolutoria–como ocurre en el sub iudice, de acuerdo a lo que la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), ha señalado de manera expresa en la sentencia No. 768-15-EP/20, de 02 de diciembre de 2020.

22. En este contexto, con la finalidad de dilucidar el reparo formulado por FGE, el cual, enprincipio, se ajusta a una de las causales de casación previstas en la ley, se puntualiza que la modalidad de errónea interpretación, o también conocida como error de interpretación, acaece cuando el juzgador de apelación yerra 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, bajo la óptica del Tribunal de cierre, ha logrado ser justificado.

23. Así las cosas, el representante de FGE propuso la errónea interpretación del tipo penal de lavado de activos, establecido en el artículo 317 [3] del COIP, que dice lo siguiente:

> Art. 317.- Lavado de activos.- La persona que en forma directa o indirecta:
> 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. 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.
> El lavado de activos se sanciona con las siguientes penas:
> 1. Con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando el monto de los activos

---

[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] El texto citado, es previo a la reforma del artículo 9.2 de la Ley s/n R.O. 525- 5S, 27-VIII-2021, por efectos de la temporalidad del hecho punible, y considerando el principio favorabilidad, contemplado en el artículo 5.2 del COIP, pues este determinaba en el ítem penas, numeral 3.a, b y c del citado artículo, "una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito", mientras que, la norma en vigencia, establece para los mismos casos, una multa mayor, esto es una "multa equivalente al triple del monto de los activos objeto del delito". Nota del Tribunal de cierre.

objeto del delito sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.
2. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir. Con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos:
a) Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salariosbásicos unificados del trabajador en general.
b) Si la comisión del delito presuponga la asociación para delinquir, sin servirse de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.
c) Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o deseguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas.
3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos:
a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los doscientos salariosbásicos unificados del trabajador en general.
b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.
c) Cuando el delito ha sido cometido utilizando instituciones públicas, o dignidades, cargos o empleos públicos.
En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso.

24. Para mayor ilustración, sobre las "cuestiones sustantivas" del delito de lavado de activos, el tratadista José María LUZÓN CUESTA manifiesta lo que a continuación se detalla:

B) Blanqueo de capitales
También denominado en otras legislaciones "lavado" o "legitimación", es el conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legalidad o legitimidad a bienes o activos de origen delictivo. Se trata de una figura delictiva moderna, pues nace con la Convención de Viena de Naciones Unidas, de 1988, referida solo al tráfico de drogas, experimentando después una progresiva expansión en el ámbito internacional en el entendimiento de que "el blanqueo está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca" (Consejo Europeo de Tampere, 1999).
La inicial tipificación de conductas de blanqueo se efectuó en el CP español con la introducción de los Art. 546 bis f), y 344 bis h) y 344 bis i), respectivamente, entre los delitos de receptación, en 1988, y en los de tráfico de drogas, en 1992. El CP de 1995 amplía su ámbito a todo "delito grave" que se extiende a cualquier delito precedente por Ley O. 15/2003. Se cumplen así los compromisos adquiridos tanto en el ámbito del Consejo de Europa, con el Convenio de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo) y el Convenio de 2005, que le sustituye (Varsovia), como de la Unión Europea, con las sucesivas Directivas (Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo o "Tercera Directiva" que, a su vez incorpora al derecho comunitario las Recomendaciones del GAFI tras su revisión en 2003 y la Directiva UE 2015-849 o "Cuarta Directiva", todavía pendiente de aplicación.
(…)
El tipo plantea varias cuestiones sustantivas:

a) Por bienes se entiende, según la Convención de Naciones Unidas, "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos".
b) Tales bienes han de tener su origen en una actividad delictiva, siempre que sea susceptible de producir enriquecimiento, no siendo exigible la condena previa por el delito antecedente (S. 145/2008, de 25-4, Colmenero, y S. /2011, de 22-7, Maza) ni de la identificación de un concreto hecho delictivo (S. 189/2010, de 93, Colmenero) pudiendo el propio delito de blanqueo ser el delito antecedente ("blanqueo en cadena"). Incluso el delito fiscal puede ser la actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales, habiendo reconocido la Sala Segunda que la cuota defraudada tiene

la consideración de objeto material de este delito sin que la doble punición vulnere el principio "non bis in idem" (S. 974/2012, de 512, Berdugo), tal y como admite el art. 1 de la Ley 10/2010, que expresamente incluye la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública entre los "bienes procedentes de una actividad delictiva."

c) Por regla general, el blanqueo de capitales se configura más bien como una actividad mantenida durante un cierto lapso de tiempo, y sólo excepcionalmente existen condenas por blanqueo de capitales referidas a un hecho aislado pues "Normalmente nos enfrentaremos a un complejo hecho delictivo, salpicado de múltiples operaciones de encubrimiento" (S.974/2012, de 512, Berdugo), no obstante lo cual, la Sala Segunda acepta la continuidad delictiva (SS. 151/2011, de 103, Monterde Ferrer y 1177/2010, de 1612, García Pérez).

d) Uno de los temas más discutibles que, hasta la reforma de 2010, planteaba el tipo, era el de su posible aplicación a los partícipes del delito antecedente, con doctrina (Diez Ripollés) y jurisprudencia favorable al llamado "autoblanqueo" (SS. 1.293/2001, de 28-7, Sánchez Melgar, y 1597/2005, de 21-12, Martín Pallín) y contraria (Queralt; SS. 1071-2005, de 30-9, Andrés Ibáñez y 986/2006, de 19-6, García Pérez, respectivamente). (…)

e) (…) Por último, no se exige ánimo especial alguno, al incorporar "incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación" (S. 522/2011, de 1-6, Monterde). [4]

25. De otra parte, la Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, señala lo que sigue:

Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con

[4] José María Luzón Cuesta, Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial DIKINSON S.L., Madrid, 2015, pp. 245, 246, 247 y 248.

arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;
d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;
e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;
f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.
Artículo 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero
1. Cada Estado Parte:
a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;
b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.
3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.
4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

26. Asimismo, según el modelo del GAFI, las etapas del delito de lavado de activos son las siguientes:

Primera Etapa. Colocación de los bienes o del dinero en efectivo:

Consiste en la recepción física de bienes de cualquier naturaleza o de dinero, en desarrollo y como consecuencia de actividades ilícitas. Son actividades ilícitas (delitos graves) fuente de bienes y grandes volúmenes de dinero.

La colocación inicial del dinero en el sistema económico, y en especial en el financiero, suele ser el paso más difícil en el proceso de lavado de dinero. Los delincuentes reciben grandes cantidades de efectivo de los cuales deben desprenderse rápidamente para evitar la acción de las autoridades. Incorporan los dineros de alguna forma al sistema financiero o económico.

Segunda Etapa. Fraccionamiento o transformación:

Los delincuentes estructuran sus transacciones en efectivo de manera que la cuantía sea pequeña y de esa forma evitar los reportes pertinentes (pitufeo).

La transformación, estratificación o colocación del dinero sucio, consiste en la inmersión de los fondos (dinero físico) o bienes, en la economía legal o en una institución financiera, seguida de sucesivas operaciones (nacionales o internacionales), para ocultar, invertir, transformar, asegurar o dar en custodia bienes provenientes

del delito o para mezclarlos con dinero de origen legal, con el fin de disimular su origen. El dinero o los bienes colocados en la economía legal serán movilizados múltiples veces, en gran cantidad de operaciones. El lavador deja una larga estela de documentos que las autoridades, de los actores de la economía, con lo que pretende ocultar el rastro de su origen ilícito o justificar el rápido incremento de su fortuna.

La finalidad de este movimiento de fondos es crear una serie de estratos que compliquen la tarea de determinar la manera en que los fondos ingresaron a la economía legal o la forma en que se dispuso de ellos.

Tercera Etapa. Inversión, integración o goce de los capitales ilícitos:

Es la finalización del proceso. En este paso, el dinero lavado regresa a la economía o al sistema financiero disfrazado ahora como "dinero legítimo", bien sea mediante transacciones de importación y exportación, ficticias o de valor exagerado, mediante pagos por servicios imaginarios, o por el aporte de intereses sobre préstamos ficticios, y a través de toda una serie, casi interminable, de otros subterfugios.

Ese dinero líquido o esos bienes colocados entre agentes económicos se recicla y convierte en otros bienes muebles e inmuebles o en negocios fachada que permiten al lavador disfrutar su riqueza mal habida. Así mismo, parte de la ganancia es reinvertida en nuevos delitos, o en asegurar la impunidad de los mismos, para lo cual se compran conciencias o lealtades.[5]

27. A partir de las citas legales, convencionales, doctrinarias y jurisprudenciales que anteceden, se colige que el tipo penal de lavado de activos es un delito complejo, que se configura a través de múltiples mecanismos y operaciones de encubrimiento, orientados a dar apariencia de legalidad o legitimidad a bienes o activos de origen delictivo (los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos), con tres etapas claramente individualizadas:

i) colocación de los bienes o dinero en efectivo; **ii)** fraccionamiento o transformación; y, **iii)** integración y goce de los capitales ilícitos.

28. Ahora bien, esta Corporación advierte que, el recurrente delegado de FGE ha logrado acreditar sus asertos, en la medida en que el juzgador de alzada incurrió en una serie de yerros jurídicos en la construcción de su fallo de inocencia, sobre todo, a partir del párrafo "302.

SEGUNDO PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER" del considerando "OCTAVO: CONSIDERACIONES, MOTIVACIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA", que incidió directamente para que se verifique la errónea interpretación del artículo 317.1, 2, 3, 4, 5 y 6 del COIP, que tipifica y sanciona el ilícito de lavado de activos.

29. En este orden de equívocos jurídicos, se tiene de manera específica lo que sigue a continuación:

a) Respecto de la concepción del elemento valorativo de la autonomía del delito de lavado de activos y el origen ilícito de los activos del mismo (párrafos 351, 359, 371, 374, 375, 376, 377, 378, del fallo impugnado):

351. De esta forma si se conceptualiza al lavado de activos como una forma de encubrimiento o bien como un delito que se asemeja a este crimen, se podría afirmar que solo se puede imputar el lavado de activos cuando se halle comprobada la comisión de un crimen previo. Para esto es necesario que se compruebe una conducta criminal anterior al hecho. Ahora bien, si se afirma que el delito de lavado de dinero es un crimen autónomo debería sustentarse que aun el narcotraficante de armas por dar un caso que se involucra en las acciones constitutivas de lavado debe ser castigado por este crimen. El tema, como se ha visto anteriormente, reside en analizar si el lavado es una mera forma de encubrimiento calificado y un agotamiento del crimen previo o bien un delito que merece ser imputado en concurso con el delito base por cuanto tiene otro desvalor la acción y no afecta solamente la administración de justicia, sino el orden socioeconómico del estado.

(…)

359. La comprobación del objeto del delito de lavado de activos: La autonomía del delito de lavado se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es el origen delictivo de los bienes puede ser

[5] https://www.felaban.net/coplaft/etapas

comprobado por cualquier medio legal. No es indispensable una sentencia de condena. (…)
371.- De la prueba documental actuada en juicio consta la N. 89, 90, que son documentos impresos públicos, reportes del sistema SATJE del proceso penal Nro. 09286-2020-01773 por Asociación Ilícita luego reformulado a Delincuencia Organizada, seguido en contra de San Lucas Vanegas Jorge Antonio, Salcedo Bonilla Daniel Josué, Salcedo Bonilla Noé Daniel; el proceso penal 09285-2020-00672, seguido en contra de Daniel Salcedo Bonilla por fraude procesal; y, el proceso penal Nro.- 09286-2020-001168, por el delito de Peculado, seguido en contra de Daniel Salcedo Bonilla, San Lucas Vanegas Jorge Antonio. (…)
374. Con respecto al proceso de Delincuencia Organizada, constan las copias del proceso, de las cuales se advierte que corresponden a dicho proceso penal, pero no hay constancia ni justificativo de la prueba documental y pericial, que de ese proceso se haya originado activos ilícitos; y, mucho menos acusar a las personas jurídicas acusada, porque no son parte de ese proceso penal (Delincuencia Organizada)
375. Con respecto al delito de peculado constan copias de la existencia del proceso penal No. 0928620201168. (…)
376.- El Tribunal de alzada, ha revisado la documentación presentada por Fiscalía en Juicio; y, acredita la existencia del juicio de peculado, sin embargo ante la contestación de los procesados en el sentido de que Fiscalía identifique, sí obtuvo de dicho proceso penal, dineros ilícitos. Fiscalía en la réplica no dio respuesta a este cuestionamiento.
377.- Por lo que el Tribunal advierte que efectivamente, lo expuesto por Fiscalía no ha logrado probar documental ni pericialmente, que cantidad de dinero habría generado este hecho ocurrido en el año 2020, de qué manera se habría colocado, estratificado o integrado en el periodo Enero 2018 a Junio 2020. Consecuentemente se denota que este argumento que es parte de la teoría del caso de la Fiscalía General del Estado, queda sin sustento, es decir, quedó solo como un ofrecimiento sin ser probado.
378.- El Tribunal deja constancia que en su alegato, Fiscalía dijo que ahora este juicio se encuentra con sentencia y los procesados refieren que esta sentencia está apelada, lo cual no se encuentra acreditado dentro del juicio, y como efecto no puede ser valorado, para determinar si en ese juicio hay como resultado del proceso dineros ilícitos. En tales consideraciones, estos elementos indiciarios que ha expresado Fiscalía, no alcanzan a llegar a demostrar la existencia de hechos (rastros, huellas, vestigios, objetos, declaraciones, testimoniales) en relación al delito acusado de lavado de activos, para aceptarlos como prueba indiciaria.

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;
iii. Al pretender sustentar su razonamiento del elemento "dineros ilícitos", con base a lo que FGE no ha contestado en la réplica a un cuestionamiento de la defensa de

los procesados, precisamente, sobre aquel origen ilícito, y, no a través de la valoración del acervo probatorio (párrafo 376); y,

iv. Al desacreditar el origen de los "activos ilícitos", anotando que han sido acusadas "personas jurídicas que no son parte de la delincuencia organizada", sin considerar que tampoco el tipo penal del artículo 317 del COIP reclama que los encartados del injusto de lavado de activos, tengan identidad con los de los delitos precedentes.

31. De esta manera, tanto la propia descripción del injusto contenido en el artículo 317, inciso segundo, del COIP, así como, convenios internacionales, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional expuesta ut supra, determinan taxativamente que el delito de lavado de activos es autónomo e independiente de los delitos de origen, y, por lo tanto, la ilicitud del origen de los bienes es un elemento propio del delito de lavado de activos, tomando en cuenta que, su bien jurídico tutelado es el orden socioeconómico, y, el aseguramiento de la licitud de los bienes que circulan en el mercado. Entonces, el juzgador de alzada, bajo la interpretación correcta y literal de la norma, no podía demandar la existencia de una "comprobación" de los delitos precedentes y de la ilicitud de los activos previa en estos, en la medida en que cada uno debe ser examinado de acuerdo a su propia descripción típica y menos aún insinuar siquiera que haya de por medio sentencia ejecutoriada, pero al hacerlo, ha incurrido en el erróneo entendimiento para llegar a los hechos probados, tal como sostuvo el casacionista representante de FGE.

32. Precisamente, la Fundación Panamericana para el desarrollo (PADF), conjuntamente con la Oficina Internacional de Asuntos Antinarcóticos y Aplicación de la Ley (INL), corrobora tal tesis, en la Guía Interpretativa del alcance del delito de lavado de activos en Ecuador, cuando desarrolla ampliamente la característica de autonomía del delito de lavado de activo. Así, sostiene lo siguiente:

> El delito de lavado de activos, como ya se ha explicado, siempre tiene detrás otra conducta punible denominada delito precedente o delito fuente, de la cual provienen los bienes objeto material de la conducta. Esa circunstancia ha llevado históricamente a la cuestión de si se necesita una sentencia condenatoria previa por el delito fuente, para poder afirmar la existencia del delito de lavado de activos (Cobo del Rosal $ Zabala, 2055; Fabián Caparrós 1998, pág. 201; Blanco Cordero, 2015, pág. 221)

La postura de la doctrina dominante, adoptada por los organismos internacionales que como el GAFI fijan los estándares en la materia, es que el delito de lavado de activos es y debe ser autónomo respecto del delito fuerte o precedente (GAFI, 2020, pág. 34). Esto significa que no se requiere una condena previa por el delito fuente, para poder declarar la existencia de responsabilidad por el delito de lavado de activos (UNODC, 2020). Si tal exigencia fuera procedente, la efectividad práctica y la utilidad político criminal del delito de lavado de activos sería mínima, muy pocos casos de lavado de activos podrían llegar a una condena efectiva (OEA, s.f.).

En este punto, la postura aceptada internacionalmente es que para afirmar la existencia del lavado de activos no se necesita probar la existencia de un delito fuente (OEA, s.f.) En estricto sentido, probar la existencia de un delito significa demostrar más allá de la duda razonable, la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable que es atribuible a una o varias personas a título de autor, coautor, cómplice o determinador. Es decir, para hablar de un delito se requiere acreditar todos los elementos estructurales de la responsabilidad penal.

La declaratoria de responsabilidad penal por el delito de lavado de activos no requiere ese nivel de carga probatoria. Es decir, no se necesita demostrar, en estricto sentido, un delito precedente. Lo que se necesita probar, en realidad, es la existencia de una conducta precedente que se adecúe objetivamente a uno de los tipos penales relacionados en la redacción del delito de lavado de activos como delito precedente. Dicho en otras palabras, en realidad no hay que probar la existencia de un delito precedente en estricto sentido, sino la tipicidad objetiva del comportamiento del cual provienen los bienes objeto de lavado de activos. O lo que es lo mismo, hay que probar una relación de causalidad entre los bienes objeto de lavado de activos. O lo que es lo mismo, hay que probar una relación de causalidad entre los bienes objeto de lavado de activos y un hecho que se ajusta objetivamente a la descripción típica del delito precedente, sin que sea necesario demostrar la tipicidad subjetiva, la antijuridicidad o la culpabilidad del comportamiento, la autoría o participación o cualquiera otro de los elementos básicos estructurales de la responsabilidad respecto del delito fuente distinto de su tipicidad objetiva (OEA, s.f.).

> Es por todo lo anterior que el artículo 317 del COIP dispone expresamente que el delito de lavado de activos es considerado como autónomo de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Y además aclara, de forma explícita, que "esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el ilícito de los activos objeto del delito."

33. En esta misma óptica jurídica se decanta el citado profesor LUZÓN CUESTA, cuando bosqueja que:

> Tales bienes han de tener su origen en una actividad delictiva, siempre que sea susceptible de producir enriquecimiento, no siendo exigible la condena previa por el delito antecedente (..) ni de la identificación de un concreto hecho delictivo (…) pudiendo el propio delito de blanqueo ser el delito antecedente ("blanqueo en cadena"). [6]

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, pues se remarca que lo único que el artículo 317, inciso segundo, del COIP obliga a FGE radica en "investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito", a fin de que exista una relación de causalidad entre los bienes objeto de lavado de activos y un hecho que se ajusta objetivamente a la descripción típica del delito precedente, lo que claramente ha sido determinado en la presente causa por el mismo *ad quem*, cuando inclusive admite la existencia de los delitos origen (párrafos 371, 374, 375 y 376), tornándose su interpretación respecto de este concepto de autonomía del delito en errónea, antijurídica y contradictoria.

b) **Con relación a las empresas fachada, como una de las tipologías del delito de lavado de activos según el GAFILAT (párrafos 398, 399, 404, 407, 408, 409, 410 y 413 de la sentencia recurrida):**

398.- Dentro de la presente causa, Fiscalía no ha demostrado que efectivamente MARE WORLD GROUP CIA LTDA; HIGCISTEM CIA LTDA e INDUSTRIAS SALDANOBO sean empresas fantasmas o inexistentes, ya que no han acreditado que éstas se hayan constituido mediante declaración ficticia de voluntad, ni que aparenten la existencia de actividad económica con el objetivo de justificar supuestas transacciones, ocultar beneficios, modificar ingresos, costos y gastos, o evadir obligaciones, conforme lo determina el artículo 25 Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Al no haberse demostrado que tales empresas cumplan con dichas características, no cabe afirmar que estamos ante empresas inexistentes o fantasmas.

399.- De igual manera, el Tribunal *A-quo* de manera acertada concluye que la alegación de Fiscalía carece de asidero jurídico debido a que no se ha demostrado que haya existido un procedimiento por parte del Servicio de Rentas Internas en el que se declare que las empresas en mención sean inexistentes o fantasmas.

404. En el caso del Ecuador, existe el Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas que la UAFE remite a la Fiscalía General del Estado para que esta, en el ámbito de sus competencias, lidere las fases pre procesal y procesal; reporte que en el caso sometido a juzgamiento no existió.

(…)

407.- En cuanto a las compañías HIGCISTEM CIA. LTDA. y MAREWOLDGROUP CIA. LTDA., no existe prueba que determine que estas generaron actividad económica en el periodo acusado por Fiscalía; tampoco se ha logrado probar que fueron utilizadas dentro de las fases del delito de lavado de activos, ni siquiera constan en algún listado de las Entidades de Control (Súper de Compañías, SRI, etc). SALDANOBO C.A; HIGCISTEM y MARE WORLD GROUP CIA LTDA., no tienen ni cuentas bancarias que hubieren coadyuvado al ocultamiento de dinero con un origen ilícito; las empresas INDUSTRIAS SALDANOBO C.A., HIGCISTEM CIA. LTDA., MAREWOLDGROUP CIA. LTDA., según se ha manifestado por los personeros del SRI, no se ha detectado irregularidades o generado una alerta; tampoco

[6] José María Luzón Cuesta, Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial DIKINSON S.L., Madrid, 2015, p. 245.

encontramos que la Superintendencia de Compañías haya detectado alguna irregularidad.

408.- En cuanto a la Compañía HDC PRODUCCIONES, resulta complejo que se le pretenda dar categoría de "fantasma" "fachada" o "de papel" por lo mencionado por la misma Fiscalía, que en el periodo enero de 2018 a junio de 2020 ha contratado con el Estado, previo a sistemas de control obtuvo contratos millonarios (que será analizado en los siguientes postulados); por lo tanto, este Tribunal *ad quem*, considera que en este parámetro impugnatorio hizo bien el Juzgador *A-quo* en no darle una categoría ajena a la facultad de un órgano jurisdiccional, porque las Entidades de control tienen potestad administrativa de hacerlo; y, en base a ello probar en este juicio que son empresas fantasmas.

409.- De igual forma conviene manifestar que, tal como afirmó el Tribunal en la sentencia de primera instancia, fiscalía no logró probar que se haya iniciado un procedimiento tributario que nos permita comprobar que efectivamente estamos ante la existencia de empresas fantasmas, Fiscalía se ha limitado a exponer proposiciones fácticas que no han sido acreditadas dentro del proceso en relación a este aspecto.

410.- Bajo tal línea de análisis, los testimonios de los Peritos Nelson Solís López y Freddy Sánchez, quienes sostienen que dichas empresas, no se localizó su ubicación ni registros de personas jurídicas, no son elementos suficientes para concluir que son empresas fantasmas, porque la primera ha sido liquidada, antes de la fecha que Fiscalía dispone la investigación penal (enero 2018 junio 2020); y, por cuanto tampoco se ha logrado probar que fueron utilizadas dentro de las fases del delito de lavado de activos, tampoco constan en algún listado de las Entidades de Control Financiera (Súper de Compañías, SRI, etc.); y, que se ha desarrollado ampliamente en los párrafos ut supra.

(…)

413.- El primer reto de Fiscalía sería determinar si los fondos que provienen de HDC PRODUCCIONES, tienen de manera precedente un origen ilícito, debemos recordar que el acto primigenio fue que el ciudadano Noé Salcedo Bonilla, fue aprehendido con un valor de $ 47.760, el 9 de junio de 2020, a eso de las 15h00 a 16h00 conforme lo refirió el Tnte. Edwin Fabián Gualán Vega, en el sector del CEBAF de Huaquillas, a quien le encontró como evidencia $ 45.660 en billetes de denominación de $ 20; $ 2.100 en billetes de denominación de $ 50.

35. En los párrafos que preceden, se colige también el yerro jurídico de errónea interpretación, en torno al elemento de autonomía del delito de lavado de activos, por parte del juzgador de alzada, sobre todo, a raíz de dos puntos:

i. Al supeditar a un pronunciamiento de un ente administrativo de control estatal, tales como: SRI, UAFE, Superintendencia de Compañías, que avale que una empresa sea de fachada y a partir de aquella premisa pueda el juzgador concluir que la empresa tenga el carácter de "fantasma"; y,
ii. Al reclamar un requisito de procedibilidad administrativa no previsto en la norma penal, desconociendo que, en el *sub lite* se cumplió con los indicadores de riesgo estructural establecidos por el GAFI y el Grupo Egmont de UIF que orientan la actividad investigativa y jurisdiccional penal para combatir y erradicar este tipo penal, relativos a la actividad comercial, documentos comerciales, productos básicos, actividad de cuentas y transacciones, parámetros que forman parte de la denominación de empresas "fachada" contempladas en el GAFILAT.

c) Sobre el "pitufeo" (párrafo 434):

434.- Argumento que no se ajusta a la doctrina, porque las transacciones que se han realizado desde la empresa LAPASMA a la empresa HDC producciones; el 11 de febrero de 2020, que se transfirieron 3 cheques: Nos. 569 por la cantidad de $159.500.00; y desde la empresa BIOAIN a la empresa SALNOEDAN PRODUCCIONES, con el cheque No. 159, por la cantidad de $124.380.00; y, el cheque No. 179 por la cantidad de $124.688.35. Esto el 12 de febrero del 2020, son las cantidades sumamente altas que pasan en demasía el umbral de diez mil dólares.

36. La transcripción del párrafo que antecede, avizora que el juzgador de apelación sobre la figura del "pitufeo", que forma parte de la tipología del lavado de activos, ha tropezado en el siguiente yerro interpretativo:

i. Al pasar por alto que las transacciones "aisladas" efectuadas a nombre de supuestos inversionistas, constituye otra característica de la figura del 'pitufeo', cuando en el citado párrafo 434 consiente la existencia de transferencias de dinero a empresas jurídicas procesadas como HDC PRODUCCIONES y SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., pero a pesar de aquello, descarta la referida figura.

d) Sobre la "justificación" del dinero (USD. $ 47.760) encontrado en poder del procesado Noé Salcedo Bonilla; el incremento patrimonial inusual -período 2018-2020- del acusado Daniel Salcedo Bonilla; el capital accionario de los procesados; la utilización de documentos falsos para la trama del delito de lavado de activos; y, la cooperación dolosa de los encartados Jorge Antonio San Lucas Vanegas y Jorge Sánchez Montiel (párrafos 413, 425, 440, 483, 488):

413.- (…) debemos recordar que el acto primigenio fue que el ciudadano Noé Salcedo Bonilla, fue aprehendido con un valor de $ 47.760, el 9 de junio de 2020, a eso de las 15h00 a 16h00 (…), en el sector del CEBAF de Huaquillas (…)

(…)

425.- Tampoco hay prueba, que el porte de dicha cantidad de dinero hubiera tenido como fin el de colocarlos en el vecino País del Perú (…) efectivamente a esa fecha, el hermano de Noé se había accidentad en una avioneta, lo cual ha sido catalogado por Fiscalía como fraude procesal, empero también ha dicho que ese hecho no ha general dineros; por lo tanto no podríamos deducir que la cantidad de $47.760,00, tiene un origen ilícito, sino que debió ser probado por parte de Fiscalía y no lo hizo.

(…)

"440.- Le correspondía a Fiscalía aportar con medios probatorios que acrediten que esos dineros" (los que mantenía en sus cuentas bancarias el procesado Daniel Salcedo Bonilla) "habían sido el resultado de actividades ilícitas, ya hemos desarrollado que no proviene de los delitos expuestos de Peculado, Fraude Procesal o Delincuencia Organizada (…)"

(…)

483.- (…) y para sostener el lavado de dinero, en las condiciones acusadas por fiscalía, esto es por intentar sacar estos recursos al exterior, en donde se señala que el agente dedicado a lavar el dinero ejecutan operaciones blindadas, con destreza, llenando formularios, pero todo aquello debe ser falso (…). Bajo tales consideraciones, no se justifica este indicio como elemento de prueba presentado por fiscalía. (…)

(…)

488.- Al respecto, este Tribunal *Ad-quem*, no encuentra relevancia en este indicio, que permitan direccionar, como alerta del origen ilícito de los activos que cuestiona Fiscalía, tomando en cuenta que eso carnets se dice que son falsos, que el gerente de la empresa LOBOVIDA S.A., ha presentado la denuncia, y que existe una investigación previa. (…)

507.- En este sentido, no hay prueba documental o pericial que conlleve a determinar el origen ilícito ampliamente desarrollado ut supra, consecuentemente, mucho menos hay prueba indiciaria que acredite que San Lucas Vanegas que es el contador de las empresas; y, Jorge Sánchez Montiel, haya facilitado y cooperado en ocultar o disimular información del origen del dinero, pues no hay prueba sobre actos secundarios que conlleve a argumentar esta teoría de la fiscalía.

(…)

528.- En cuanto a la compra de pasajes aéreos a personas ajenas al proceso, no podría decirse que son "compras que en lo absoluto se relacionan con el giro del negocio" porque en este proceso no se conoce cuáles serían las actividades comerciales de Abdalá Bucaram, Gabriela Pazmiño e hijos ni de Abraham Muñoz, no se investigó ni se presentó prueba documental o testimonial, cual fue el motivo, el fin de la compra de dichos viajes, entonces resulta incomprensible sostener que aquello se constituye en una alerta del delito de lavado de activos, porque de ser así debieron ser investigados y procesados por Fiscalía; en igual sentido con respecto al depósito del dinero para un espectáculo público que se le hace a la cuenta personal de Juan Carlos Carmianiani. Por lo tanto no cabe aceptar este argumento como señal de alerta que lo expone fiscalía.

37. Del memorial citado ut supra, se divisa que el juzgador de segunda instancia tropieza en los siguientes errores interpretativos de las tipologías del injusto de lavado de activos:

i. Al fijar como hecho probado que el procesado Noé Salcedo Bonilla fue aprehendido con un valor de USD. 47.760, en el sector del "CEBAF de Huaquillas" (párrafo 413), no considera que el transporte fronterizo de divisas en efectivo, se subsume a la tipología No. 25 del GAFILAT, así como la recomendación 32 del GAFI, que se refiere al transporte de dinero efectivo por pasos fronterizos, lo cual, tiene relación directa con el elemento de la conducta constituido por el verbo rector "egresar" dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país, que constituye –en este caso una de las acciones relevantes para el derecho penal, previsto en el numeral 6 del artículo 317 del COIP;
ii. Al instar a FGE a "probar" el origen ilícito de los USD. $ 47.760 que mantenía en su poder el acusado Noé Salcedo Bonilla al ser detenido, derivado de algún delito fuente, dado que el ilícito de fraude procesal, no genera dinero (párrafo 425), así como a "aportar con medios probatorios" que el dinero que mantenía en sus cuentas bancarias el encartado Daniel Salcedo Bonilla "habían sido el resultado de actividades ilícitas" (párrafo 440), embrollando una vez más el sentido literal del elemento de la autonomía del lavado de activos, con lo cual –de paso- se vulnera el artículo 13.2 del COIP y el único requerimiento del artículo 317 *ibídem* a FGE, esto es el de "investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito", tal como se ha remarcado a todo lo largo de esta sentencia de casación;
iii. Al obviar que el "intento de sacar recursos al exterior", por parte del procesado Daniel Salcedo Bonilla, "no se ajustan a las características del delito de lavado" (párrafo 483), y, a partir de aquella conjetura, desconocer el artículo 8[7] de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y, por ende, el verdadero sentido y alcance del artículo 317 del COIP;
iv. Al implantar en su razonamiento que la supuesta falta de "prueba documental o pericial" para "determinar el origen del dinero ilícito", condiciona que "mucho menos" exista prueba indiciaria que "acredite" el grado de complicidad de los encausados Jorge San Lucas Vanegas y Jorge Sánchez Montiel (párrafo 507), otra vez supedita no solo la determinación del origen ilícito al estándar de la "probanza" y no a la investigación de FGE, sino además, la prueba directa a la indiciaria, cuando esta última puede justificarse, sin que se aporte per se prueba directa;
v. Al errar en su razonamiento respecto de lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 317 del COIP, esto es que FGE debe investigar el "origen ilícito de los activos objeto del delito", lo cual, el mismo juzgador de segunda instancia lo reconoce, cuando dice que por los carnets falsos el titular de la acción penal pública ha iniciado investigación previa (párrafo 488); y, también al desacreditar que la documentación falsa es una señal de alerta para varias tipologías del delito de lavado de activos, conforme lo prevé la Recopilación de Tipologías Regionales de GAFILAT.

38. En suma, al haber el juzgador de segunda instancia interpretado erróneamente el artículo 317.1, 2, 3, 4, 5 y 6 del COIP, reduciendo los límites que el legislador le confirió al tipo penal de lavado de activos, y, sus tipologías, ha dado como resultado una equívoca construcción jurídica del estado de

[7] **Ley Orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos:** Art. 8.- Sin perjuicio de la obligación que tiene toda persona, de declarar y pagar el impuesto a la salida de divisas, cuando corresponda, de conformidad con la ley, quien ingrese o salga del país con dinero en efectivo, por un monto igual o superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas, tiene además, la obligación de declararlo ante las autoridades aduaneras. Este control de carácter permanente será realizado, en las áreas fronterizas terrestres, puertos marítimos y fluviales, aeropuertos y distritos aduaneros, por un grupo operativo conformado por funcionarios competentes del sector aduanero y de la Policía Nacional del Ecuador. La declaración prevista en este artículo tiene como propósito el posterior control de la licitud del origen de los fondos.

inocencia tanto de las personas naturales, como jurídicas procesadas, cuando aquel delito acaeció en el *in examine,* a través del producto de coimas pagadas mediante la simulación de prestación de servicios por empresas que mantenían vínculo con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), creación y utilización de empresas de fachada para legitimar dineros de dudosa procedencia, estructuración de operaciones en "pitufeo", transporte fronterizo de divisas, utilización del sistema financiero, dinero en efectivo injustificado, adquisición de compraventa de bienes muebles e inmuebles, viajes, uso de tarjetas de crédito y falsa facturación, todo lo cual, ocasionó la cantidad de USD. $ 1.956.125,12, como el monto del lavado de activos.

39. En tales circunstancias, las personas naturales procesadas Daniel Josué Salcedo Bonilla, Noé Daniel Salcedo Bonilla, Jorge Antonio Sanlucas Vanegas y Jorge Darío Sánchez Montiel han subsumido sus conductas al delito de lavado de activos tipificado en el artículo 317 del COIP. El primero con los verbos rectores del numeral 1: tener, adquirir, transferir, administrar o se beneficiar; numeral 2: ocultar y disimular; numeral 3: prestar el nombre de sus empresas; numeral 4: organizar, gestionar o participar; numeral 5: realizar por sí mismo operaciones y transacciones financieras. El segundo de los nombrados con los verbos rectores del numeral 1: tener, adquirir, transferir, administrar y se beneficiar; numeral 2: disimular e impedir; numeral 3: prestar el nombre de sus empresas; numeral 4: organizar; numeral 5: realizar por sí mismo y a través de terceros operaciones y transacciones financieras; numeral 6: ingresar dinero de procedencia ilícita por pasos y fuentes del país. El tercero de los referidos con los verbos rectores del numeral 1: beneficiar, numeral 2: ocultar y disimular; numeral 4: gestionar, asesorar y participar; y, numeral 5: realizar por sí mismo operaciones financieras. Y, el cuarto de los mencionados, con los verbos rectores del numeral 1: administrar, beneficiar; numeral 2: ocultar y disimular; numeral 3: prestar el nombre de sus empresas; numeral 4: gestionar, asesorar y participar; y, numeral 5: realizar por sí mismo o a través de terceros las transacciones financieras.

40. Además, se determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas HDC PRODUCCIONES C.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., PALIYE S.A., MARE WOLD GROUP CIA. LTDA., HIGCISTEM CIA. LTDA. e Industrias SALDANOBO S.A., según el artículo 317.1, 2, 3, 4 y 5 del COIP.

41. Por lo demás, en cuanto al juicio de participación, se tiene que el grado de participación de los acusados Daniel Salcedo Bonilla y Noé Salcedo Bonilla, es el de autores directos, conforme lo prescrito en el artículo 42.1.a del COIP, en tanto que el grado de participación de los encausados Jorge Sanlucas Vanegas y Jorge Sánchez Montiel, es el de cómplices, de acuerdo al artículo 43 *ibídem.*

42. Por último, en cuanto a la dosificación punitiva, este Tribunal de casación estima que la sanción solicitada por el recurrente delegado de FGE, esto es la pena privativa de libertad de 13 años, prevista en el artículo 317, inciso tercero, numeral tres, literales a y b del COIP, cumple con los principios de legalidad, proporcionalidad, en relación con el daño causado al bien jurídico tutelado (en el caso: el orden socio económico y la licitud de los bienes que circulan en el mercado) y justicia, consagrados en los artículos 76.3 y 6 y 169 de la CRE.

43. Por consiguiente, el reproche fiscal relativo a la errónea interpretación de la norma invocada, tiene asidero jurídico, y, por ende, el recurso de casación debe ser aceptado.

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 lo siguiente:

1. Aceptar el recurso presentado por el delegado de FGE;
2. Casar la sentencia emitida el 26 de agosto de 2022, las 12:49, por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, por errónea interpretación del artículo 317 (tipo penal de lavado de activos) del COIP;
3. Declarar la culpabilidad de los procesados:
   a) **Daniel Josué Salcedo Bonilla,** en el grado de autor directo, de acuerdo al artículo 42.1.a del COIP, del delito de lavado de activos, tipificado y sancionado en el artículo 317 *ibídem*, numerales 1: "tener, adquirir, transferir, administrar o beneficiar"; 2: "ocultar y disimular"; 3: "prestar el nombre de sus empresas"; 4: "organizar, gestionar o participar"; y, 5, "realizar por sí mismo operaciones y transacciones financieras".

b) **Noé Daniel Salcedo Bonilla,** en el grado de autor directo, conforme el artículo 42.1.a del COIP, del delito de lavado de activos, tipificado y sancionado en el artículo 317 *ibídem*, numerales 1: "tener, adquirir, transferir, administrar o beneficiar"; 2: "ocultar y disimular"; 3: "prestar el nombre de sus empresas"; 4: "organizar, gestionar o participar"; 5, "realizar por sí mismo operaciones y transacciones financieras"; y, 6: "ingresar dinero de procedencia ilícita por pasos y fuentes del país".

c) **Jorge Antonio Sanlucas Vanegas**, en el grado de cómplice, según el artículo 43 del COIP, del delito de lavado de activos, tipificado y sancionado en el artículo 317 *ibídem,* numerales 1: beneficiar; 2: "ocultar y disimular"; 4: "gestionar, asesorar y participar"; y, 5: "realizar por sí mismo operaciones financieras o a través de terceros las transacciones financieras".

d) **Jorge Darío Sánchez Montiel,** en el grado de cómplice, según el artículo 43 del COIP, del delito de lavado de activos, tipificado y sancionado en el artículo 317 *ibídem*, numerales 1: beneficiar; 2: "ocultar y disimular"; numeral 3: prestar el nombre de sus empresas; 4: "gestionar, asesore y participe"; y, 5: "realizar por sí mismo operaciones financieras o a través de terceros las transacciones financieras".

4. Declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas HDC PRODUCCIONES C.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., PALIYE S.A., MARE WORLD GROUP CIA. LTDA. y HIGCISTEM CIA. LTDA., conforme el artículo 317, numerales 1, 2, 3, 4 y 5, del COIP, en concordancia con el artículo 49 ibídem. A la empresa SALDANOBO C.A. se le declara con responsabilidad penal, conforme el artículo 50, inciso segundo, del COIP, que dice: "Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley."
5. Imponer a los sentenciados las siguientes penas:
   A Daniel Salcedo Bonilla y Noé Salcedo Bonilla, la pena privativa de libertad de trece años, de conformidad con el artículo 317, inciso tercero, numeral 3, literales a y b del COIP, así como el comiso de sus bienes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 69.2 *ejusdem.*
   A Jorge Sanlucas Vanegas y Jorge Sánchez Montiel, la pena privativa de libertad de seis años, seis meses, de acuerdo al artículo 317, inciso tercero, numeral 3, literales a y b del COIP, en concordancia con el inciso final del artículo 43 *ibídem*, así como el comiso de sus bienes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 69.2 del mismo cuerpo legal.
   A las personas jurídicas HDC PRODUCCIONES C.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., PALIYE S.A., MARE WORLD GROUP CIA. LTDA. y HIGCISTEM CIA. LTDA., se les impone las penas previstas en el artículo 71.2 y 6 del COIP, esto es, comiso, disolución y liquidación.
   A la persona jurídica empresa SALDANOBO C.A. se torna inaplicable imponerle pena alguna, toda vez que, se encuentra disuelta desde el año 2017.
   Ordenar la localización y captura de los procesados Daniel Salcedo Bonilla, Noé Salcedo Bonilla, Jorge Sanlucas Vanegas y Jorge Sánchez Montiel, una vez ejecutoriado el presente fallo, para lo cual, se oficiará a los señores Comandante General de la Policía Nacional y Jefe Nacional de la Policía Judicial.
6. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 317, inciso final, del COIP, a los sentenciados personas naturales Daniel Salcedo Bonilla, Noé Salcedo Bonilla, Jorge Sanlucas Vanegas, Jorge Sánchez Montiel y peronas jurídicas HDCPRODUCCIONES C.A., SALNOEDAN PRODUCTIONS S.A., PALIYE S.A., MARE WORLD GROUP CIA. LTDA. y HIGCISTEM CIA. LTDA., se les impone la multa de USD. $3.912.250,24, que equivale al doble del monto de los activos objeto del delito, que será cancelado de forma solidaria, tomando en cuenta el grado de participación, en el caso de las personas naturales.
7. Al tenor de lo previsto por el artículo 78 de la CRE, como medidas de reparación integral, se dispone lo que sigue:
   7.1. Como medida de indemnización, por daños materiales, acorde con el artículo 78.3 del COIP, se ordena el pago de

USD. $ $1.956.125,12, que corresponde al monto del delito de lavado de activos, que será cancelado de manera solidaria y de acuerdo al grado de participación de cada uno de los encartados.

7.2. Como medida de satisfacción del derecho violado por considerarla suficiente, se dispone la publicación de la *ratio decidendi* de la sentencia en tres diarios de amplia difusión nacional, a cargo de los sentenciados.

7.3. Se concede el término de 10 días, a fin de que los jueces Manuel Jesús Zhapán Tenesaca (ponente) Rafael Marcos Arce Campoverde y Wilson Patricio Landívar Lalvay, del Tribunal de Garantías Penales de El Oro, así como los jueces Jorge Salinas Pacheco (ponente), Oswaldo Piedra Aguirre y Manuel Mejía Granda, de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, informen a este Tribunal de casación, acerca de sus actuaciones dentro de la presente causa, conforme lo prevé el artículo 6 de la Resolución 4-2023 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con el fin de determinar el posible cometimiento de las infracciones de dolo y error inexcusable, previstas en el artículo 109.7 del COFJ.

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. BYRON GUILLEN ZAMBRANO **JUEZ NACIONAL** DR. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA **JUEZ NACIONAL**

VII
Juicio Nro. *11282-2019-07084*
Fecha: *viernes 5 de abril 2024, las 17h43*

TEMA: Abuso de confianza. Indebida aplicación del tipo penal. Casación de oficio.

SÍNTESIS

Esta Alta Corte, brinda un análisis respecto a los elementos constitutivos del tipo penal de abuso de confianza, subsumiendo a los hechos debidamente probados, se concluye que el recurso no se ha fundamentado debidamente, y las alegaciones realizadas en audiencia, por la defensa del procesado no son suficientes para casar la sentencia recurrida, lo cual, se torna en improcedente tanto la alegación de falta de motivación, así como los cargos planteados, porque no cumplieron con la debida fundamentación. Avizorando un error judicial, advierte que la sentencia es válida, pero contiene un error de derecho de indebida aplicación del artículo 187 inciso primero del COIP, cuando la norma correcta a aplicar es el artículo 5.3 Ibídem, declarando inocente al procesado. Pues la infracción es una conducta típica, que tiene una descripción en la norma y si la conducta no se adecua como la puerta al marco, es decir los hechos no se subsumen al tipo penal acusado; entonces, no es una infracción penal; y, por ende no está dentro del ámbito de las competencias penales.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11282-2019-07084

Jueza Ponente: Ab. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 5 de abril del 2024, a las 17h43.

1. **VISTOS:** En virtud del recurso de casación propuesto por el señor José Henrry Vaca Chamba, en lo sucesivo persona procesada, se ha escuchado las alegaciones de las partes en audiencia; por lo que, este Tribunal integrado por las doctoras Mercedes Caicedo Aldaz, Rita Bravo Quijano, y Daniella Camacho Herold, Juezas Nacionales, en armonía con el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador "CRE", profieren la siguiente sentencia dentro del proceso penal Nº 11282-2019-07084:

1. Antecedentes procesales

2. Se tiene como teoría del caso, presentada por la Fiscalía, lo que sigue:

> …El día 8 de septiembre del año 2017, en el barrio Ciudad Alegría, Manzana D, Villa 15, calle sin nombre, jurisdicción del cantón Loja, el señor José Henrry Vaca Chamba, simulando ser constructor, induce a error a la víctima, para que le entregue dinero para la adecuación de su bien inmueble, entregándole en total la cantidad de $ 15.600 dólares; que la obra nunca fue entregada, y que lo trabajado o construido se encuentra en mal estado; que luego de realizar las primera entregas de dinero, la víctima se entera que el señor Vaca Chamba, no ha sido ingeniero, y como tal no tiene los conocimientos para realizar dichos trabajos de construcción; que en la actualidad la vivienda está inhabitable, lo cual le ha ocasionado pérdidas económicas que ascienden a $ 23.000 dólares"[1].

3. Mediante sentencia emitida el 30 de noviembre de 2022, a las 10h32, la Jueces del Tribunal de

[1] Sentencia dictada el 30 de noviembre de 2022, a las 10h32, por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, constante a fs. 167 de segundo cuerpo.

Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resolvieron:

> …declarar al procesado, señor JOSE HENRRY VACA CHAMBA, cuyos datos personales constan en el considerando tercero, conforme al numeral 1 del Art. 42 del Código Orgánico Integral Penal, como AUTOR DIRECTO Y RESPONSABLE del delito de ABUSO DE CONFIANZA, infracción penal que tipifica y sanciona el INCISO PRIMERO DEL ART. 187 DEL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, imponiéndole la pena de UN AÑO DE PRISION CORRECCIONAL, (.). Asimismo se le impone la MULTA DE CUATRO SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, prevista en el NUMERAL 6 DEL ART. 70 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, (...) Como REPARACION INTEGRAL, en base a lo previsto en el Art. 78 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 78 del Código Orgánico Integral Penal, se ordena el pago de $ 15.600 DOLARES, como valor por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio económico de la víctima, que deberá cancelarlos el sentenciado una vez que la sentencia cause ejecutoria; asimismo se fija en $ 500 dólares, los honorarios profesionales de su abogado defensor particular.- […][2]. (Sic).

4. Inconforme con la sentencia descrita en el apartado que antecede, la persona procesada, dentro del término legal, interpuso recurso de apelación; por tal motivo, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, integrada por los Jueces doctores Wilson Teodoro Rodas Ochoa (Ponente); Fernando Humberto Guerrero Córdova; y, Fredy Rolando Alvarado González, en sentencia de fecha 30 de junio de 2023, a las 08h34, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN, Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por unanimidad resuelven:

> "no aceptar, el recurso de apelación interpuesto por el procesado, José Henrry Vaca Chamba , y confirma en todas sus partes el fallo recurrido […][3].

5. En desacuerdo, con la decisión *ut supra*, la persona procesada José Henrry Vaca Chamba, por considerar que existen errores de derecho, presenta recurso de casación[4]; que fue concedido, por el Tribunal *Ad-quem*, mediante decreto de fecha 10 de julio de 2023, a las 14h07, a saber: *" 1.- Por haber sido interpuesto legal y oportunamente el Recurso de Casación de la sentencia dictada en esta causa, el señor JOSÉ HENRRY VACA CHAMBA, de conformidad al artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se le concede para ante la Sala Especializadada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional Justicia del Ecuador, con apercibimiento de las partes en rebeldía para que concurran ante el Superior en uso de sus derechos, remítase a la brevedad posible el expediente a la ciudad de Quito*[5]*. (Sic).*

2. Jurisdicción y Competencia

6. La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer del recurso de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con lo que disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.
7. Según sorteo de ley, efectuado el día martes 25 de julio de 2023, a las 09h54[6], acorde a lo prescrito

[2] Ver nota 1. Constante de fs. 167 a 178, ibídem.
[3] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de fecha 30 de junio de 2023, a las 08h34. Constante de fs. 10 a 18, del Cuadernillo de apelación.
[4] Escrito presentado por la persona procesada, de fecha 7 de julio de 2023, a las 15h11. Constante de fs. 23 26, ídem.
[5] Decreto de fecha 10 de julio de 2023, a las 14h07, constante en el expediente del Tribunal Ad-quem, a fs. 27.
[6] Sorteo de fecha martes 25 de julio de 2023, a las 09h54, suscrito por el señor presidente de esta Sala, abogado Luis Rivera Velasco. Constante a fs. 2 del cuadernillo casacional.

en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal asignado a esta causa Nº 11282-2019-07084, quedó integrado por el abogado Luis Rivera Velasco, Juez Nacional, doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional; y, abogado Byron Guillen Zambrano, Juez Nacional Ponente.

8. De conformidad con lo previsto en los artículos 174 y 173.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el artículo 1 de la Resolución 03-2021 emitida por la Corte Nacional de Justicia, hasta que el Consejo de la Judicatura designe a una o un Juez Titular o a un Conjuez especializado en materia penal, el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó a la señora doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, para que asuma el despacho del doctor Byron Javier Guillén Zambrano, ex Juez Nacional de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, con los mismos deberes y atribuciones que el titular, conforme se desprende del oficio Nº 148-SG-CNJ-2024, a partir del 8 de febrero de 2024 [7].
9. Con la misma finalidad, el Presidente mediante Oficio Nº 152-SG-CNJ-2024, llamó a la doctora Rita Annabel Bravo Quijano, Conjueza Nacional, en reemplazo del abogado Luis Rivera Velasco, ex Juez Nacional, por ausencia definitiva[8].
10. Así, queda conformado el Tribunal de casación de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por la doctora Rita Annabel Bravo Quijano, Jueza Nacional (e); doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional; y, abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional (e) Ponente.

3. Validez procesal

11. En el trámite del recurso de casación, no se han alegado ni se han observado vicios de procedimiento que podrían generar nulidad procesal; por lo que este Tribunal, declara la validez de lo actuado habiéndose garantizado las normas del debido proceso y el procedimiento respectivo conforme a los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, "COIP".
12. En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según formulación de cargos de fecha 5 de noviembre de 2019, corresponde aplicar las normas vigentes a tal tiempo, conforme lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del COIP, publicada en el Registro Oficial N° 180 de 10 de febrero de 2014, que, para el presente caso, corresponde al COIP; y, su vigencia total fue a partir del 10 de agosto del 2014.

4. Fundamentación del recurso de casación en audiencia

13. **Intervención del recurrente José Henrry Vaca Chamba, representado por el doctor Carlos Torres Trujillo, quien al argumentar el recurso de casación, puntualizó:**
    - *Que las normas infringidas son el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 82 ibidem, artículos 42 numeral 1 y 622 numerales 2, 3 y 4 del COIP.*
    - *Existe contravención expresa del artículo 42 numeral 1 y 622 numerales 2, 3 y 4 del COIP, por cuanto, la fiscalía basó su acusación afirmando que el señor José Henrry Vaca Chamba, induce a error a la víctima, para que le entregue 15.000 dólares, para la adecuación de un bien inmueble, que la obra no fue entregada, y que lo construido está en mal estado, que no es ingeniero, y la vivienda no es habitable, por ello, fiscalía acusa el delito 186 del COIP, y la Sala de apelación, dicta la sentencia rechazando el recurso planteado.*
    - *Se viola la ley, por indebida aplicación del artículo 622 numerales 2, 3 y 4 del COIP, artículo 76 numeral 7 literal i) de la CRE, por falta de motivación.*
    - *Contravención expresa del artículo 76 numeral 7, porque en todo proceso se asegura el derecho al debido proceso, la sentencia debe estar ceñida de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.*
    - *La víctima manifestó que ella misma lo contrató.*

[7] Oficio N° 148-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero de 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Constante a fs. 3 Ibidem.

[8] Oficio N° 152-SG-CNJ-2024, de 08 de febrero de 2024, suscrito por el doctor José Suing Nagua, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien previo el sorteo respectivo, llamó a la doctora Rita Annabel Bravo Quijano, Conjueza Nacional, en reemplazo del doctor Luis Rivera Velasco, ex Juez Nacional, por ausencia definitiva. Constante a fojas 4 del cuadernillo de esta Sala.

- *El dinero que fue entregado lo usó en la obra, las obras no han tenido inconvenientes.*
- *No queremos que se valore la prueba, pero hay que verificar en qué circunstancias se da por probados ciertos hechos. No se motiva, los hechos que los llevaron a la conclusión.*
- *Que las fuentes de las obligaciones son el artículo 1453, 1454, 1572, 1933, y 1936 del Código Civil, y el artículo 1933, es siempre que no se cumple o no se ejecute.*
- *El artículo 3 del COIP, principio de mínima intervención penal, son suficientes los mecanismos extrapenales, en este caso hay mecanismo civil, y con ello, se debió observar la duda sobre la responsabilidad penal.*
- *Se atenta contra la seguridad jurídica.*

Pretensión.- Se case la sentencia y se reconozca su inocencia, o se declare la nulidad constitucional.

Réplica.- Se hace una valoración pero no fundamentan como llegan a determinar el delito.

14. **Contradicción efectuada por el representante de la Fiscalía General del Estado, abogado Alfredo Rodríguez Ramos, que al contestar el recurso planteado por la persona procesada, en síntesis refirió que:**
    - *No se cumple el principio de autonomía, habla de contravención expresa y luego de indebida aplicación, todo ello para expresar que la sentencia no es motivada, pero no alega sobre un defecto o un vicio.*
    - *Luego habla de duda, pero sin fundamento.*
    - *Solicita que se declare la inocencia, y a su vez pide una falta de motivación, lo cual, resulta dos aristas totalmente contrapuestas.*

    Pretensión:.- Se declare improcedente, más allá de las facultades para casar la sentencia.
15. **Intervención realizada por el doctor Cesar Abad, en representación de la víctima Paulina del Rocio Alvarado Aguirre, quien señaló:**
    - *Me adhiero a la intervención de fiscalía, acotó que se han respetado los principios del debido proceso.*

Pretensión.- Se declare improcedente del recurso.

5. Problema Jurídico según lo planteado por el recurrente

5.1. La impugnación propuesta por la persona procesada, se basa en:

Determinar si la sentencia impugnada no está motivada, y si en ella, existe contravención expresa de los artículos 42.1; y, 622 numerales 2, 3, y 4 del COIP; e, indebida aplicación del artículo 622 numerales 2, 3, y 4 del COIP.

6. Análisis del Tribunal de casación sobre el recurso planteado

6.1. Que es el recurso de casación

16. Es un medio extraordinario de impugnación, por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la verificación de *-errores jurídicos-* atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica, exigiendo la correcta aplicación de la norma jurídica.
17. Para Tarigo, *"Es un recurso extraordinario por cuanto él exige, para su interposición la alegación de causales específicas, preestablecidas por la ley por un lado, y, por otro, porque el Tribunal de casación no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos aspectos sobre los que versa el recurso"* [9].

    Por ello, a este Tribunal, corresponde dejar aclarado, las siguientes interrogantes:

6.2. ¿Cuándo procede el recurso de casación?

18. El Código Orgánico Integral Penal, establece en su artículo 656 de manera expresa, las causales por las que procede este medio impugnatorio, cuando la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa del texto de la ley[10], por indebida aplicación de la ley[11], o por errónea interpretación[12], errores de derecho que deben contar con una fundamentación autónoma, que prevalezca su trascendencia, sin direccionar tales pretensiones a cuestiones litigiosas.
19. En tal virtud, se advierte que el recurso de casación, procede cuando en la sentencia que no

[9] Tarigo, Enrique. Fundación de Cultura Universitaria, cuarta edición actualizada, Montevideo-Uruguay, noviembre de 2007, pp. 269-260.

[10] CONTRAVENCIÓN EXPRESA DEL TEXTO DE LA LEY.- Se da cuando no se emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que conociéndola no la aplica.

[11] INDEBIDA APLICACIÓN DE LA LEY.- Tiene lugar 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.

[12] ERRÓNEA INTERPRETACIÓN.- Opera cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección.

puede ser otra que la dictada en apelación, se hubiera violado la ley, por las causales antes referidas.

6.3. ¿Cómo fundamentar el recurso de casación en audiencia?

Los errores jurídicos, que sean atribuidos a la sentencia de segundo nivel, deben ser materializados en observancia de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, siendo:

20. **Taxatividad.-** 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*[13]*".*
21. **Autonomía.-** Según lo determinado por la Corte Nacional[14], el recurrente debe fundamentar cada uno de los cargos de forma autónoma, lo que implica 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; consecuentemente, la falta de explicación de la materia del recurso conforme a las causales indicadas, o sustentarla en pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, los cuales 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, la impugnación va a ser declarada improcedente por no cumplir la debida fundamentación que es un principio propio de la casación, y por imperativo legal, está prohibido volver a valorar prueba en esta sede, sobre lo cual la Corte Constitucional ha manifestado:

    "(…) 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" [15].

    "(…), 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" [16].
22. **Trascendencia.-** Finalmente, 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, que a su vez va de la mano con el principio de debida demostración.
23. Además, quien recurre en esta sede, también debe cumplir el principio de no debate de instancia, a fin de completar y alcanzar una debida fundamentación del recurso, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del casacionista.
24. Con estas puntualizaciones, en el caso concreto, corresponde a este Órgano colegiado, solventar el problema jurídico descrito en el numeral 5 de la presente sentencia; y, para ello, nos preguntamos:

    ¿El recurso se ha fundamentado debidamente, siendo las argumentaciones realizadas por la defensa técnica de la persona procesada, suficientes para casar la sentencia recurrida?
25. Con la finalidad de solventar esta interrogante, en virtud del principio iura novit curia, traducido como "el juez conoce el derecho", le permite a este Tribunal, determinar que la norma acusada por el recurrente respecto a la "falta de motivación" (artículo 76. 7 i) de la CRE), se encuentra establecida en el artículo 76.7) literal L) de la CRE, con esta aclaratoria, corresponde en primer lugar abordar si la sentencia impugnada resulta inmotivada o inválida, que

[13] Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.
[14] Causa Penal Nº- 17283-2021-00024.
[15] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 076-16-SEP-CC, de 09 de marzo de 2016, Caso N° 1956-13-EP.
[16] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero de 2013, Caso N° 1647-11-EP

de serlo así, no cabría analizar lo alegado como cargos casacionales.

26. Al respecto, se advierte que el reproche sobre la *"falta de motivación"* de la sentencia impugnada, no es necesario que se cumpla con los principios de taxatividad, autonomía y trascendencia, ya que: *"…los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte"* [17].
27. No obstante, esta circunstancia excepcional, no deslinda a la parte impugnante, el deber de observar lo dispuesto por la Corte Constitucional, en sentencia 1158-17-EP, dictada el 20 de octubre de 2021, que es clara, en determinar, que no basta con hacer una alegación genérica de "falta de motivación" (párrafo 100[18]), más bien, quien afirme que la sentencia está inmotivada, debe especificar en qué consiste el supuesto defecto en la motivación.
28. Por lo que, se exige que se argumente de manera sólida, el ¿por qué NO se considera que la sentencia está motivada?, pues recordemos que, para los sujetos procesales, la sentencia se presume como motivada, es por esta razón, que la carga argumentativa es de quien afirma que la garantía de motivación establecida en el artículo 76 numeral 7 literal L de la CRE, ha sido transgredida, el mismo, que debe formular con aceptable claridad y precisión las razones por las que considera que se ha vulnerado tal garantía; además, en estas determinaciones se debe advertir la trascendencia de la falta de motivación, lo cual conlleva a una sentencia invalida.
29. Por el contrario, del argumento planteado por la defensa, se evidencia:

    Que en apelación no se dio un argumento sólido para determinar porque dan por probados ciertos hechos.
30. Planteamiento, escueto, que carece de asidero jurídico, pues deja de lado los lineamientos planteados por la Corte Constitucional, mediante sentencia 1158-17-EP, dictada el 20 de octubre de 2021, específicamente en el párrafo 100, que exige a quien acude por este medio, a no brindar solo afirmaciones de manera genérica, como en el presente caso ha ocurrido, cuando refiere que en la sentencia no hay un argumento sólido para determinar porque dan por probado ciertos hechos; por tal motivo, no hay fundamentación que determine una declaratoria de nulidad constitucional por vulneración a la garantía prevista en el artículo 76 numeral 7 literal L) de la CRE; más aún, cuando del análisis exhaustivo de la sentencia de apelación, se tiene:

    29.1. Que los jueces *Ad-Quem*, cumplen con la debida motivación, pues mantiene una estructura adecuada en la parte expositiva, contiene la denominación del órgano jurisdiccional de alzada, ciudad y fecha en la que se emite la sentencia determinando la decisión adoptada por el Tribunal de mérito, validez procesal, sustanciación y consignación de las alegaciones efectuadas vía apelación, concluyendo con las consideraciones jurídicas y fácticas, alcanzando a cumplir con los requisitos de la sentencia conforme el Art. 622 del COIP.

    29.2. Además la sentencia contiene una explicación lógicajurídica de la decisión, que parte del antecedente fáctico, para alcanzar la subsunción a derecho, con la debida determinación de la pertinencia de la aplicación de la norma; tanto es así, que en el considerando cuarto, existen cargos tales como: 1) Existe

[17] Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.3

[18] Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia N° 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. *"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 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).

prejudicialidad; 2) Que si se hizo la obra; y, 3) Que no hay perjuicio económico, los cuales, han sido contestados a partir del considerando sexto, específicamente en los literales a) b) y c), concluyendo:

"SEXTO.- (...) Al respecto tenemos: el análisis de la prueba en conjunto, a la luz de la sana crítica, de su legalidad y autenticidad, revelan como hechos ciertos: A). Que, el procesado, José Henrry Vaca Chamba, el 08 de septiembre de 2017, en el Barrio Ciudad Alegría, Manzana D, Villa 15, calle sin nombre, ciudad de Loja, recibió de parte del Sra. Paulina del Rocío Alvarado Aguirre, la suma de USD 15.600,oo para la adecuación de su inmueble, tanto por dentro como por fuera, como se desprende del acuerdo probatorio de Reconocimiento del Lugar de los Hechos, así como como lo manifiestan los peritos, Voltaire Ovidio Castillo Jaramillo y César Augusto Aguirre Arias, referentes al material inadecuado y a una mala compactación; a más de que, existen facturas, recibos y hoja de apuntes del procesado, relacionados con la negociación de la obra; B). Que, se ha demostrado el perjuicio económico a la Sra. Paulina del Rocío Alvarado Aguirre, por parte del procesado, constituyendo su accionar una conducta típica, antijurídica y culpable, pero en relación a los verbos rectores del tipo penal abuso de confianza, tipificado y reprimido por el inciso primero del Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal, pues así lo demuestran los hechos , mismos que se adecuan al delito de abuso de confianza , y que es por el que ha sentenciado; C). Que, el Art. 414 del Código Orgánico Integral, prescribe: " Prejudicialidad. En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial" . En el presente caso, no encontramos en ningún pasaje de la ley, que para iniciar un proceso penal por el presunto delito de abuso de confianza, se deba agotar primero la vía civil, obteniendo un auto o sentencia en esta materia, por lo que, la alegación reiterativa de la defensa técnica del procesado, carece de fundamentación jurídica; y, (...)" .

31. Conclusión, que deviene de los hechos comprobados a través de las pruebas actuadas y revaloradas en segunda instancia; en consecuencia, advertimos, que la presente alegación de falta de motivación, es improcedente, porque la sentencia emitida el 30 de junio de 2023, a las 08h34, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, cuenta con la motivación suficiente, tal como lo requiere la Corte Interamericana de derechos Humanos, al señalar que: *"la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa" , demuestra a las partes que estas 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"* [19].
32. Por tal motivo, es una SENTENCIA VÁLIDA, más allá, que las razones sean correctas o equivocadas, no contraviene la garantía constitucional prevista en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.
33. Ahora bien, una vez solventado el planteamiento de *"falta de motivación"* , corresponde abordar la alegación planteada como *"cargos casacionales"*, que de conformidad, con el numeral 6.3 de la presente sentencia, deben ser sometidos al análisis de procedencia. A continuación:

Cargos planteados	Taxatividad		Autonomía		Trascendencia	
1. Contravención expresa de los artículos 42.1; y, 622 numerales 2, 3., y 4 del COIP	SI	X	SI		SI	
	NO		NO	X	NO	X
2. Indebida aplicación del artículo 622 numerales 2, 3. , y 4 del COIP	SI	X	SI		SI	
	NO		NO	X	NO	X

[19] Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331

34. En relación al primer cargo de ***"Contravención expresa de los artículos 42.1, y 622 numerales 2, 3, y 4 del COIP,*** el impugnante, escoge taxativamente la causal prevista en la ley, que se materializa cuando el juzgador no emplea la norma que corresponde, porque el juez yerra acerca de su existencia; ya porque la desconoce o que conociéndola no la aplica; Por el contrario, de la sentencia impugnada, que confirma la dictada por el Tribunal de primera instancia, se desprende que el artículo 42.1 del COIP, ha sido debidamente aplicado; es decir, desvanece, el alcance del objeto de la causal escogida por el casacionista para esta supuesta violación.
35. Ahora bien, respecto a la contravención expresa del artículo 622, numerales 2, 3, y 4, del COIP, alegado en el primer cargo, se evidencia que como segundo cargo casacional, la defensa también plantea como "indebida aplicación" del artículo 622, numerales 2, 3, y 4, del COIP; no es aceptable, pues si bien, taxativamente son causales previstas en la ley, estas son independientes, y excluyentes la una de la otra, teniendo como contravención expresa, la falta de aplicación de la norma en la resolución de la causa; mientras que, la indebida aplicación se materializa cuando el juzgador en lugar de aplicar la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente, en otras palabras, hay una norma incorrecta que se ha aplicado y una correcta que se ha dejado de aplicar; por lo que, quien reprocha este error, debe indicar que norma es la correcta, exigencia conocida como proposición jurídica completa.
36. Además, el principio de autonomía, es inobservado, porque a pesar de escoger la norma supuestamente vulnerada, se olvida de identificar la parte específica de la sentencia impugnada que contendría el error de derecho acusado; tampoco realiza una confrontación de lo resuelto por el Tribunal de apelación; más bien, su pretensión es contradictoria, pues solicita que se declare su estado de inocencia, y a la vez declare nulidad constitucional, argumento contradictorio que impide superar el cargo planteado.
37. Más aún, cuando ni siquiera, se refirió a la trascendencia, es decir, no señaló cómo este supuesto error de derecho, influyó en la decisión de la causa.
38. Con estas determinaciones, se concluye que el recurso NO se ha fundamentado debidamente, y las alegaciones realizadas en audiencia, por la defensa del señor José Henrry Vaca Chamba, NO son suficientes para casar la sentencia recurrida, lo cual, se torna en improcedente tanto la alegación de falta de motivación, así como los cargos planteados, porque no cumplieron con la debida fundamentación.

7. Casación de Oficio

7.1. Para desarrollar este acápite, es necesario plantearnos la siguiente interrogante: ***¿Existen errores de derecho por los cuales se pueda casar de oficio, la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, de fecha 30 de junio de 2023, a las 08h34?***

39. De conformidad con lo estipulado en el artículo 657, numeral 6, del Código Orgánico Integral Penal, se impone a esta institución jurisdiccional, la obligación de efectuar un análisis de la sentencia impugnada, que no puede ser otra que la dictada por el Tribunal de apelación, independientemente de que la fundamentación que realiza el recurrente sea correcta o equivocada, denominada como **facultad oficiosa en casación**; pero, previo a activar dicha potestad jurisdiccional, es necesario solventar si ***¿tenemos una sentencia válida, que cumpla con la debida motivación?***
40. Al respecto, conforme se avizora del numeral 31 de la presente sentencia; más allá, de que las razones sean correctas o equivocadas, hay una determinación de que el fallo del 30 de junio de 2023, a las 08h34, cumple con la debida motivación, por lo que, contamos con una sentencia válida.
41. Ante ello, es procedente analizar los temas de legalidad (errores de derecho), que hayan sido expuestos en la respectiva audiencia, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, conforme la Corte Constitucional, el 08 de diciembre de 2021, en Sentencia No. 8-19-IN y acumulado/21, ha dispuesto

    "[…], se puede sostener que el derecho a recurrir por regla general configurará un acto dispositivo de las partes procesales (los titulares del derecho de acción y de la excepción u oposición), y, en consecuencia, las partes podrán disponer libremente de aquel, decidiendo si activarlo o no, y en caso de activarlo, si desistir, renunciar o abandonar el mismo. Empero, existen situaciones donde por razones de orden público, por técnica legislativa o para proteger grupos de atención prioritaria, el legislador ha introducido ***fórmulas oficiosas y***

***no dispositivas**, como en el caso de la consulta de oficio o de la casación penal oficiosa; […]"* [20] *(el énfasis nos pertenece).*

42. Pronunciamiento que es coadyuvado con el voto concurrente del Juez Constitucional Agustín Grijalva Jiménez, que en su párrafo 21 señala:

    67.1) *"Este examen solo es posible realizarlo, según el procedimiento previsto en el COIP,* ***luego de escuchada la fundamentación del recurso de casación en audiencia y a los otros sujetos procesales pronunciarse sobre la misma. Es en ese momento donde se produce la rectificación del error de manera oficiosa, al observar el Tribunal que existe una violación de la ley que no fue alegada por el casacionista.*** *Por lo cual, rechaza el recurso de casación interpuesto, al no encontrar 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).

43. En el caso concreto, se evidencia que la mayor pretensión del recurrente es alcanzar su inocencia, por lo que este Tribunal de casación, asume que el error de derecho impugnado en contra de la sentencia de segundo nivel, emitida el 30 de junio de 2023, a las 08h34, se subsume en la siguiente interrogante: ***¿Existe indebida aplicación del artículo 187 inciso primero del COIP, cuando se debió aplicar el artículo 5.3 Ibidem?***

44. Para tal efecto, este cargo de oficio será analizado en plena observancia de los principios de taxatividad, autonomía y trascendencia, para demostrar si existe o no el error judicial, a saber:

    a. En taxatividad tenemos la causal de **"indebida aplicación"**, que es un yerro de selección, subsunción o pertinencia, que de acuerdo a la técnica casacional, se perfecciona cuando el juez, al emitir una resolución, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando a su vez de aplicar la que corresponde; para el tratadista doctor Jorge Zavala Baquerizo, quien citando a Chiovenda, refiere que *"es una forma de violación de la ley que se da ordinariamente cuando, aun entendiendo rectamente una norma en sí misma, se hace aplicación de ella a un hecho no regulado por ella o se aplica de una manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley"* [21].

    b. En autonomía tenemos: **1)** identificada la norma vulnerada (187 inciso primero del COIP), debiendo aplicar el artículo 5,3 ibidem; **2)** la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de fecha 30 de junio de 2023, a las 08h34, **3)** la parte específica de donde está el error, es el considerando sexto literal a), que determina: *"A).- Que, el procesado, José Henrry Vaca Chamba, el 08 de septiembre de 2017, en el Barrio Ciudad Alegría, Manzana D, Villa 15, calle sin nombre , ciudad de Loja , recibió de parte del Sra. Paulina del Rocío Alvarado Aguirre, la suma de USD 15.600,oo para la adecuación de su inmueble, tanto por dentro como por fuera, como se desprende del acuerdo probatorio de Reconocimiento del Lugar de los Hechos, así como como lo manifiestan los peritos, Voltaire Ovidio Castillo Jaramillo y César Augusto Aguirre Arias, referentes al material inadecuado y a una mala compactación; a más de que, existen facturas, recibos y hoja de apuntes del procesado, relacionados con la negociación de la obra;";* y,

    4) Como argumento legal, advertimos que, al ser estos hechos debidamente probados, nos corresponde preguntamos: **¿si la adecuación típica en la que se subsumen estos hechos corresponden al artículo 187 inciso primero del COIP?**

45. Para solventar esta interrogante, corresponde identificar los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza, a saber:

46. La figura delictiva de abuso de confianza el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 187, ha referido que comete este delito: *"La persona*

[20] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 8-19-IN y acumulado/21, de 08 de diciembre de 2021, párr. 35.
[21] Jorge Zavala Baquerizo, El Proceso Penal, Edino, Guayaquil – Ecuador, 1996, Tomo V, p. 13

que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años"; aquí, evidenciamos los siguientes elementos constitutivos: **1)** La persona que disponga; **2)** para sí o una tercera, **3.-)** de dinero, bienes o activos patrimoniales; y, **4)** entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado.

47. De modo que, este tipo penal –abuso de confianza, tiene como **Sujeto activo.-** a cualquier persona. **Sujeto pasivo.-** al no ser calificado, puede ser cualquier ciudadano. **Verbo rector.-** disponer para sí o para una tercera persona. **Objeto material.-** dinero, bienes o activos patrimoniales. **Bien jurídico protegido.-** el derecho a la propiedad.
48. La Corte Nacional, en su diccionario jurídico ha determinado que *"El delito de abuso de confianza requiere que el sujeto activo del ilícito haya dispuesto, en perjuicio de un tercero, de los bienes o dineros a él confiados para destinarlos a un fin específico. El delito se constituye cuando el sujeto activo rebasa las funciones a él confiadas y ejecuta actos de dominio sobre la cosa"* [22].
49. Ahora bien, identificado los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza, corresponde a este Tribunal, extraer los hechos que han dado por probados los jueces de apelación, en el considerando sexto, literal a), que se ciñe, en que: *"el procesado José Henrry Vaca Chamba, el 8 de septiembre del año 2017, en el barrio Ciudad Alegría, Manzana D, Villa 15, calle sin nombre, ciudad Loja, recibió de parte de la Sra. Paulina del Rocío Alvarado Aguirre, la suma de USD 15.600 dólares para la adecuación de su inmueble, tanto por dentro como por fuera, como se desprende del acuerdo probatorio, reconocimiento del lugar de los hechos, así como lo manifiestan los peritos Voltaire Ovidio Castillo Jaramillo y César Augusto Aguirre Arias, referentes al material inadecuado y una mala compactación; a más de que, existen facturas, recibos y hojas de apuntes del procesado, relacionados con la negociación de la obra"*.
50. Luego en el literal b), refiere que *"se ha demostrado el perjuicio económico a la señora Paulina del Rocío Alvarado Aguirre por parte del procesado, constituyendo su accionar en una conducta típica, antijurídica y culpable pero en relación a los verbos rectores del tipo penal abuso de confianza tipificado y reprimido por el inciso primero del Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal, pues así lo demuestran los hechos, ,os,os que se adecuan al delito de abuso de confianza"*.
51. En base a estas determinaciones, la Sala de Apelaciones, en el considerando séptimo, llega a determinar que el procesado es culpable, y por ende no acepta el recurso de apelación propuesto, a saber: *"SÉPTIMO: RESOLUCIÓN. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, este Tribunal de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, no acepta el recurso de apelación interpuesto por el procesado, José Henrry Vaca Chamba, y confirma en todas sus partes el fallo recurrido"*.
52. Con la finalidad de establecer si la adecuación típica descrita *ut supra,* se adecua como marco a la puerta del tipo penal de abuso de confianza, previsto en el artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal, siendo el **verbo rector** DISPONER; que abarca la actividad de " disposición" y que la misma sea "arbitraria"; es decir, que los valores económicos entregados al hoy recurrente, que fueron confiados con una condición (realizar la construcción del inmueble), pero ha sido dispuesto por la persona procesada recurrente, con otro fin.
53. En el caso concreto de la determinación fáctica prevista en el literal a), se evidencia que el procesado ***hizo la construcción en mala condición con material inadecuado y mala compactación;*** es decir, que la construcción sí fue realizada, pero tiene desperfectos tan grandes que no puede ser entrega como obra habitable. En los alegatos iniciales de fiscalía, tenemos que en la audiencia de juicio, (considerando segundo de la sentencia impugnada), alega que: *"el día 8 de septiembre del 2017, en el barrio Ciudad Alegría, Manzana D, Villa 15, calle sin nombre,*

[22] Consultado en la página web: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Diccionario/Penal/001.pdf; el día 01 de abril de 2024, a las 08h30.

jurisdicción de Loja, el señor José Henrry Vaca Chamba, simulando ser constructor, induce a error a la víctima para que le entregue dinero para la adecuación de bien entregándole en total la cantidad 15.600 dólares; que la obra nunca fue entregada, y que lo trabajado o construido se encuentra en mal estado…".

54. De las descripciones fácticas expuestas por Fiscalía, tampoco se subsumen a la disposición de abuso de confianza, pues la entrega de dineros, no deviene de una ilicitud como en la estafa, sino más bien de la licitud, y la entrega de dineros es que cambia la perspectiva de la persona procesada, lo que no ha ocurrido en el presente caso.
    c. En relación al principio de trascendencia, este Tribunal advierte que indudablemente este error es trascendente porque una infracción es una conducta típica, es decir debe tener una descripción típica en la norma y si esta conducta no se adecua como marco la puerta de la norma entonces no es una infracción penal y por ende no está dentro del ámbito de las competencias penales.
55. En consecuencia, ni de la determinación fáctica detallada en el considerando sexto literal a), ni de la descrita por Fiscalía, se encuentra justificado el elemento constitutivo del tipo penal de abuso de confianza; esto es, 1) La persona que disponga, de dinero, bienes o activos patrimoniales, entregado para usarlo de un modo determinado, cómo se encuentra redactado en el artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal.
56. Pues la infracción es una conducta típica, que tiene una descripción en la norma y si la conducta no se adecua como la puerta al marco, es decir los hechos no se subsume al tipo penal acusado, entonces no es una infracción penal; y, por ende no está dentro del ámbito de las competencias penales.
57. Sin dejar de advertir, que en la presente causa, existe un perjuicio al patrimonio de la persona que comparece en calidad de víctima señora Paulina del Rocio Alvarado Aguirre, pero existe una graduación de los perjuicios, y si el perjuicio no tiene una determinación dolosa, no se adecua a una descripción típica, por ende, no puede ser resuelto por el ámbito penal, sino que debe mantenerse en el ámbito civil, esto no implica que exista prejudicialidad, más bien, implica determinar que la conducta realizada por el señor José Henrry Vaca Chamba, no corresponde a una descripción típica del artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal, por ende existe una indebida aplicación del tipo penal acusado.
58. En conclusión, esta Alta Corte, concluye que si existe error de derecho por el cual se pueda casar de oficio, la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, de fecha 30 de junio de 2023, a las 08h34; esto es, por indebida aplicación del artículo 187 inciso primero del COIP, cuando se debió aplicar el artículo 5.3 ibídem; esto es que para dictar sentencia de condena es necesario el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona a quien se va a condenar más allá de toda duda razonable.

8. DECISIÓN.

59. En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, resuelve:
    59.1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por José Henrry Vaca Chamba (persona procesada), en los términos indicados en la presente sentencia, por indebidamente fundamentado.
    59.2. Se casa de oficio la sentencia dictada el 30 de junio de 2023, a las 08h34, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, por indebida aplicación del artículo 187 inciso primero del COIP, cuando se debió aplicar el artículo 5.3 ibídem; enmendando dicho error de derecho, se reconoce el estado de inocencia del ciudadano José Henrry Vaca Chamba.
    59.3. Dejando a salvo, los derechos de la víctima Paulina del Rocío Alvarado Aguirre, de iniciar las acciones legales, en cuanto a los daños civiles ocasionados por el ciudadano José Henrry Vaca Chamba.
    59.4. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. **Notifíquese y cúmplase.**

f) DRA. MERCEDES JOHANNA CAICEDO ALDAZ **JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE)** DRA. DANIELLA CAMACHO HEROLD **JUEZA NACIONAL** DRA. RITA ANNABEL BRAVO QUIJANO **JUEZA NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

El recurso es declarado improcedente, porque no cumple con la tecnicidad de este medio impugnatorio; y, de oficio, al evidenciar un error de derecho, se casa la sentencia, explicando cual es el elemento constitutivo del delito de abuso de confianza que no se ha justificado de la determinación fáctica que ha llegado a casación como probada, por lo que se reconoce el estado de inocencia del imputado, dejando a salvo los derechos de la víctima a activar las acciones legales en el ámbito civil por el perjuicio recibido por el hoy casacionista.

VIII
Juicio Nro. *23281-2017-00995*
Fecha: *martes 30 de abril 2024, las 10h25*

TEMA: Motivación. Indebida aplicación del art. 186 COIP.

SÍNTESIS

El ad quem declaró la culpabilidad del procesado en calidad de autor del delito de estafa. El recurrente alegó, errada motivación e indebida aplicación del art. 186 COIP: Tras minucioso análisis, la Sala de Casación consideró que tratarse de un asunto civil de cobro de cheques pos fechados y no una estafa. Pero, en la sentencia recurrida se comprueba que el acto de comercio propiamente en que se originó el hecho, se transforma en estafa cuando se declara la pérdida del libro de cheques y además, al comprobarse que las firmas no corresponde a la del dueño de la cuenta. Respecto del segundo cargo que sostiene el recurrente, se advierte que confunde la indebida aplicación del artículo 186 del COIP con contravención expresa del artículo 3 del COIP, pues en definitiva la pretensión del recurrente es que se declare que no se han justificado los elementos del tipo penal, que no es un asunto de materia penal, sino civil, y que por tanto no corresponde aplicar la sanción penal, sino ratificar la inocencia del procesado. La Sala advierte que el fallo impugnado se encuentra debidamente motivado, ajustado a Derecho; este recurso no permite corregir los errores *fácticos* que pudieran existir en la sentencia de instancia, al contrario, los hechos fijados por el *ad quem* se tienen como probados sin que exista posibilidad de alterarlos; entonces la Sala se limitó a verificar si en la sentencia existen errores de *derecho* que impliquen vulneración de la ley. La Sala declaró improcedente el recurso de casación interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23281-2017-00995

Juez Ponente: Dr. Lauro Javier De La Cadena Correa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 30 de abril del 2024, las 10h25.

VISTOS.- En virtud de la audiencia de fundamentación del recurso de casación interpuesto por el procesado *Carlos Antonio Espin Negrete,* realizada el 20 de marzo del 2024, a partir de las 16h00, el suscrito Tribunal resolvió declarar improcedente el recurso; en tal razón, conforme lo dispuesto en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República (en adelante CRE), numeral 18 del artículo 5, numeral 4 del artículo 560, numeral 7 del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); y numeral 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ); se dicta la presente sentencia por escrito, al tenor de las siguientes consideraciones:

1. Antecedentes procesales

1.1. Mediante sentencia de 20 de abril de 2018, las 15h37, el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, integrado por los jueces Hugo Ibarra Crespo (Ponente), Anabel Torres Cevallos y Sandra Bosques Aldaz, declaró la culpabilidad del procesado CARLOS ANTONIO ESPÍN NEGRETE, en calidad de AUTOR del delito de ESTAFA, previsto y sancionado en el artículo 186 del COIP, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de SIETE AÑOS, multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general; y, como medida de reparación, la indemnización a la víctima en el monto de cincuenta y seis mil quinientos cincuenta y tres dólares de los Estados Unidos de América con quince

centavos (56.553,15 USD). Por otra parte, se ratificó el estado de inocencia de la procesada NELLY CARLOTA NEGRETE TORRES.

1.2. Contra la sentencia de primera instancia los procesados *Carlos Antonio Espín Negrete* y Nelly Negrete Torres interpusieron recursos de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas integrado por los jueces Juan Mariño Bustamante (ponente), Marco Hinojosa Pazos e Iván León Rodríguez. Este Tribunal en sentencia de 09 de agosto de 2018 negó los recursos de apelación y ratificó la sentencia subida en grado.

1.3. De la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, el procesado *Carlos Antonio Espín Negrete* interpuso recurso de casación. En atención a este recurso extraordinario, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los jueces Walter Macías Fernández, Luis Rojas Calle y Byron Guillén Zambrano, en auto de 22 de diciembre de 2021, declaró que la sentencia dictada en segunda instancia vulnera la garantía de motivación y en consecuencia declaró la nulidad de la misma, disponiendo que un nuevo Tribunal de apelación resuelva dichos recursos.

1.4. Devuelto el proceso a segunda instancia, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo, de los Tsáchilas, integrado por los jueces Jorge Montero Berrú (Ponente), Marco Jiron Coronel y Patricio Calderón Calderón, en sentencia de 21 de septiembre de 2022, a las 10h58, rechazó los recursos de apelación.

1.5. Respecto de la sentencia dictada por el Tribunal de apelación (en adelante Tribunal Ad-quem), el procesado *Carlos Antonio Espín Negrete* interpuso recurso de casación, el cual fue concedido para ante la Corte Nacional de Justicia en auto de 14 de noviembre de 2022; correspondiendo su conocimiento al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado integrado por los jueces Walter Macías Fernández (Ponente), Byron Guillén Zambrano e Iván Saquicela Rodas.

1.6. Atendiendo el recurso, en auto de 25 de septiembre de 2023 el Juez Nacional ponente señaló para el 02 de octubre de 2023, a las 16h00, la audiencia de fundamentación. En dicha fecha se instaló la audiencia, se escuchó la intervención de los sujetos procesales, pero en el momento de la deliberación fue suspendida; reinstalada la audiencia el 16 de enero de 2024, el Tribunal comunicó su decisión de declarar improcedente el recurso. En esta audiencia actuó la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en reemplazo del doctor Iván Saquicela Rodas, por presidir la Corte Nacional de Justicia.

1.7. Toda vez que los ex jueces nacionales Walter Macías Fernández y Byron Guillén Zambrano cesaron en funciones por cumplimiento del periodo para el que fueron designados, y al no haberse notificado la sentencia por escrito, el Tribunal de casación con su nueva integración, en auto de 05 de marzo de 2024, declaró la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de fundamentación del recurso de casación.

1.8. Por último, el Juez Nacional ponente en auto de 15 de marzo de 2024 señaló para el 20 de marzo de 2024, a las 16h00, la audiencia de fundamentación del recurso de casación. En dicha fecha se llevó a cabo la audiencia, el Tribunal escuchó la intervención de los sujetos procesales, y luego de la deliberación declaró improcedente el recurso, por lo que corresponde en este momento procesal reducir a escrito la respectiva sentencia.

2. Jurisdicción y competencia

2.1. 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.

2.2. Por sorteo de 02 de diciembre 2022, a las 11h14, 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 Walter Macías Fernández (Ponente), Byron Guillén Zambrano; e, Iván Saquicela Rodas, quien en la presente causa fue reemplazado por la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional que actuó en calidad de Jueza Nacional encargada.

2.3. Posteriormente, 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 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 0082021 de 28 de enero de 2021, entre ellos el doctor Walter Macías Fernández y el doctor Byron Guillén Zambrano.

2.4. Por haber cesado en funciones los referidos ex magistrados, con base en lo determinado en los artículos 173 y 174 del COFJ, así como lo previsto en el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el señor presidente de la Corte Nacional de Justicia mediante oficio No. 149-SG-CNJ-2024 de 08 de febrero de 2024, encargó al doctor Javier De la Cadena Correa, Conjuez Nacional, el Despacho que mantenía el doctor Walter Macías Fernández; en tanto que, con oficio No. 148-SG-CNJ-2024, encargó a la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, el Despacho que correspondía al doctor Byron Guillén Zambrano.

2.5. Consta en el expediente casacional que la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional encargada, presentó excusa por haber intervenido en la audiencia efectuada el 02 de octubre de 2023 y reinstalada el 16 de enero de 2024; en tal razón, los otros jueces miembros del Tribunal en auto de 14 de marzo de 2024 aceptaron la excusa y solicitaron al presidente de la Corte Nacional de Justicia que se designe un Conjuez Nacional para que integre el Tribunal, siendo designado el doctor Pablo Loayza Ortega.

2.5. Conforme lo señalado, el Tribunal de casación del presente proceso queda integrado por el doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, el doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional; y, el doctor Javier De la Cadena Correa, Juez Nacional encargado, quien interviene como ponente, conforme los artículos 141 y 186 del COFJ. Por tanto, el suscrito Tribunal tiene jurisdicción y competencia en el ámbito espacial, temporal, personal y material, para conocer y resolver el recurso de casación planteado por el procesado.(sic)

3. Trámite y validez procesal

3.1. En razón de la vigencia del principio de legalidad, y las reglas referentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal[1], por cuanto el caso *in examine* inició en vigencia del COIP, el presente medio de impugnación debe sustanciarse conforme las normas 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 y contestación del recurso de casación

4.1. En el día y hora señalados para la audiencia de fundamentación del recurso, a través de Secretaría se constató la presencia de las partes indispensables para que se efectúe la misma por lo que se declaró instalada la audiencia; luego se concedió la palabra al procesado recurrente para que fundamente su recurso, y posteriormente a Fiscalía y víctima para que ejerzan su contradicción. A continuación, se relata lo principal de las referidas intervenciones, conforme consta en el acta de audiencia:

4.2. Procesado recurrente: En representación del ciudadano CARLOS ANTONIO ESPÍN NEGRETE, su defensora técnica particular fundamentó lo siguiente:

> La sentencia objeto de recurso casación es la que ha sido dictada el día 21 de septiembre del 2022, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la cual se ratifica la sentencia de primera instancia emitida por el Tribunal de Garantías Penales, en la cual en lo principal se ha declarado a Carlos Espín Negrete como culpable en calidad de autor del delito

[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.

de estafa, tipificado y sancionado en los incisos primero y segundo del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole por ello en lo principal una pena privativa de la libertad de 7 años, como primer cargo voy a plantear un argumento que no es un cargo casacional propiamente dicho, sino que se refiere a una vulneración de una de las garantías básicas y mínimas constitucionales como lo es del derecho a la motivación, garantía que se recoge en el artículo 76.7.l de la Constitución de la República, me atrevo a decir señores magistrados que de una forma totalmente maliciosa y vaga los señores jueces del Tribunal de alzada omiten en su sentencia en el considerando segundo del fallo impugnado denominado fundamentos del recurso de apelación, recoger cada uno de los argumentos que fue planteados por esta defensa en la audiencia de apelación, como consecuencia de esto señores jueces evidentemente al no haberse recogido estos argumentos que fueron planteados evidentemente no fueron contestados tampoco, en este momento voy a hacer referencia a la sentencia número 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, específicamente a los párrafos 87 y 88, que se refieren a la incongruencia frente a las partes, que es el vicio, el error que ha cometido el Tribunal de Alzada al dictar su sentencia, la incongruencia frente a las partes se dice en esta sentencia de la Corte Constitucional que ocurre cuando se deja de resolver los cargos relevantes que han sido planteados por las partes, y cuáles son los cargos relevantes, son los que precisamente de haberse resuelto llevarían al Tribunal a arribar a una decisión totalmente opuesta o contraria a la que se decidió, en este caso sería una sentencia de inocencia, porque lo que se dictó fue una sentencia de condena, si ustedes se permiten escuchar el audio de la audiencia de apelación van a encontrar los siguientes cargos que no fueron ni siquiera plasmados en dicho fallo, peor aún resueltos, el primer cargo que la sentencia de primera instancia fue emitida con una evidente vulneración del artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución de la República, que se refiere a la prohibición de privación de la libertad por deudas, derecho que se encuentra relacionado con el principio de mínima intervención penal recogido en el artículo 195 de la Constitución, y 3 del COIP, este cargo no se recoge y tampoco se resuelve, el segundo cargo que se planteó en sede de apelación, es que no se hizo el estudio de 3 de los parámetros que se establecen en el caso 2706-16-EP-2021, de 29 de septiembre del 2021, por la Corte Constitucional del Ecuador para establecer si un caso corresponde resolver a la jurisdicción civil o a la jurisdicción penal, dilema que ha venido suscitándose desde primera instancia, porque se trata en este caso de un caso de estafa, en el que se ha venido alegando por parte de la defensa que se tratan de actos comerciales, debo hacer aquí énfasis señores jueces que precisamente aquí ya se ha dictado por parte de un Tribunal anterior de la Corte Nacional de Justicia una nulidad constitucional el día 22 de diciembre del 2021, en el que expresamente se solicitó al Tribunal de alzada que se pronuncie sobre la mínima intervención penal, y si la causa correspondía resolver a la jurisdicción civil o a la jurisdicción penal, pero el Tribunal de Alzada hizo caso omiso a este pedido que fue realizado por el anterior Tribunal de la Sala Penal de esta Corte Nacional de Justicia, el tercer cargo que se planteó en sede de apelación y que no fue resuelto, es que también existía una pericia contable realizada por la doctora Nancy Aguirre Espinosa, en la cual se analizaron cada una de las 14 facturas que fueron emitidas por el acusador particular, al señor Carlos Espín Negrete que ahora es procesado, y las 14 retenciones que él emitió por lo mismo, en virtud de una deuda de 57.000 dólares que existía, el cargo preciso fue que existiendo estas facturas y estas retenciones, se debía haber sustanciado la causa por procedimiento sumario de acuerdo con el artículo 332.6 del COGEP, el cuarto cargo que se planteó y que no se resolvió por la Sala de apelaciones fue que tampoco se valoró el testimonio de Gregorio Pérez, que es el hijo del acusador particular, él reconoce que había mantenido relaciones comerciales con el señor Carlos Espin Negrete, a quien le vendía balanceado de pollos por más de 11 años, y que incluso el señor Carlos Espín intentó hacer acercamientos para pagar su deuda, pero que su abogado defensor no le había permitido que cobre ese dinero, es más hasta

la actualidad él está dispuesto a pagar esa deuda, dicho esto señores jueces debo indicar que como defensa se cumple con el párrafo 100 de la sentencia número 1158 del 2017-EP que establece cómo se deben plantear los cargos por falta de motivación, pues en la fundamentación he indicado con precisión los argumentos que fueron expuestos en sede de apelación, y también se ha indicado la normativa que se omitió aplicar por parte de los Jueces de apelación, muy respetuosamente también solicitó señores jueces de que de no ser aceptado este cargo de incongruencia frente a las partes, se indique en qué parte de la sentencia se ha recogido cada uno de estos argumentos planteados, y dónde se ha resuelto, dónde se han expuesto las razones para negar por parte del Tribunal de alzada estos argumentos, de igual manera relacionado con el tema de falta de motivación y la vulneración de esta norma constitucional del 76.7.l tenemos que la sentencia impugnada también incurre en la incongruencia respecto al derecho, en sentencia número 2706-16-EP/2021, en los párrafos del 31 al 40 de la Corte Constitucional del Ecuador, se establece que por la materia penal y la restricción de los derechos implicaría una condena a una persona que está siendo procesada y que su consecuencia evidentemente es la privación de la libertad, los criterios para que la sentencia se considere debidamente motivada son distintos y son aún un poco más exigentes que para otras materias, pues se dice que se deben recoger criterios de suficiencia, y que los juzgadores deben exponer la forma mediante la cual han superado el umbral de la duda razonable, y se dice que para que se supere este umbral de la duda razonable, se debe hacer el examen de adecuación que no consta recogido en la sentencia impugnada, en el examen de adecuación se debe establecer cada uno de los elementos de prueba que se han practicado en la audiencia de juicio, se debe valorar este acervo probatorio, se debe establecer los hechos que se determinan como probados, se debe adecuar la conducta, el relato fáctico a la norma típica, se debe establecer y analizar por qué la conducta es anti jurídica y es culpable, sin embargo señores jueces debo indicar que este ejercicio tampoco lo realiza la Sala de alzada, y más bien de una forma o de una manera totalmente arbitraria fija los hechos que determina como probados sin ningún análisis probatorio, al menos señores jueces debo decir que si la Sala respecto del primer argumento que plantea de la incongruencia frente a las partes consideraba que no eran importantes los argumentos planteados, al menos debían haber indicado por qué no eran relevantes y tampoco se hizo esto, como segundo cargo y este sí es un cargo estrictamente casacional, voy a argumentar la indebida aplicación del artículo 186 inciso primero y segundo del COIP, y por técnica casacional debo indicar que esta norma fue indebidamente aplicada por lo que la norma que correspondía aplicar en este caso o en la especie es del artículo 5.3 del mismo cuerpo legal que establece o recoge el principio de indubio pro reo, el yerro de indebida aplicación señores jueces se incurre cuando el relato fáctico que se establece como probado, no se adecua a cada uno de los elementos del tipo penal, es decir no se reúnen todos los elementos tipos, en este caso el Tribunal de alzada no explica cómo se indujo a error al supuesto acusador particular, inducir a error es precisamente el verbo rector de este tipo penal, y es uno de los elementos del tipo penal, el Tribunal de Alzada no llega a decir si se indujo a error si en el momento que se hizo la entrega de los cheques postfechados, o en el momento que la señora madre del señor procesado Nelly Negrete, puso o notificó al banco que la chequera se había extraviado, no se dice por parte del Tribunal de alzada cómo es que se indujo a error al acusador particular, y tampoco se hace un análisis sobre la idoneidad para provocar el juicio de error en el supuesto acusador particular, lo cual ya vamos a analizar más adelante, en este momento quiero traer a colación varias sentencias dictadas por esta Corte Nacional de Justicia, e incluso la primera sentencia señor magistrado es una sentencia dictada con una ponencia suya señor doctor De la Cadena que es el caso número 01283-2015-03298, de 5 de octubre del 2020, si bien es cierto que esta sentencia fue tramitada con Código de Procedimiento Penal, en la misma se establece y se analiza el tipo penal con Código Penal y Código de Procedimiento Penal, en esta sentencia se hace un análisis de que el delito

de estafa nuevamente lo recogemos en el Código Orgánico Integral Penal y se trata de una casación de oficio en el cual se ratificó el estado de inocencia de la procesada, en aplicación del principio de indubio pro reo, en esta sentencia se hace un análisis cronológico de cómo fueron dándose los hechos probados para determinar si es lógico que en la conclusión si es que se indujo o no a error al acusador particular, y si se encontró dolo en el actuar del procesado, en esta sentencia se establece una regla interpretativa para el delito de estafa de la siguiente manera, y dice, para emitir una sentencia condenatoria debe demostrarse plenamente el elemento subjetivo del tipo que es el dolo tanto en lo intelectivo, como en lo volitivo, y que en los actos jurídicos el dolo implica la voluntad maliciosa de engañar a alguien, o de incumplir una obligación contraída, en el presente caso señores jueces como el Tribunal no analiza si supuestamente el dolo se dio en el momento que se entregó los cheques, o con el actuar posterior cuando se notificó que la chequera se había perdido, se debe enfatizar que el señor procesado no podía prever este hecho futuro que es la pérdida de la chequera de su señora madre, y tampoco señores jueces se analiza el hecho de que el señor Carlos Espín ha intentado pagar su deuda y hasta ahora está dispuesto a hacerlo de esa manera, entonces ahí vemos que está su ánimo de cumplir con la obligación contraída, y esto ha sido alegado también ante el Tribunal de apelación, de igual manera hay una sentencia que es la dictada en el caso número 172526-2015-00190 de 4 de mayo del 2020, es una ponencia del doctor Iván Saquicela Rodas, aquí presente, en esta sentencia se dice que para que se configure el tipo penal de estafa, el artificio debe ser idóneo y suficiente para poder producir el engaño, en el presente caso señores jueces todas las personas conocemos que los cheques son cobraderos a la vista, aquí tenemos cheques postfechados que fueron entregados respecto de los cuales posteriormente se puso en el banco una notificación por pérdida de la chequera íntegra, entonces señores jueces cómo se puede hablar de una idoneidad y de que sea suficiente este hecho cuando si yo recibo cheques posfechados, sé que esos son pagaderos a la vista, y como yo puedo asegurar de que la chequera no se pudo haber perdido, es decir no hay idoneidad respecto del acto, y el acto tampoco es suficiente para haber producido engaño a los acusadores particulares, hay una tercera sentencia que es la 23281-2017-575, de 16 de julio del 2019, ponencia del doctor Marco Rodríguez, y en tribunal con el doctor Iván Saquicela y que nuevamente se recoge y se analiza un caso en el que el supuesto instrumento para cometer el delito también fueron cheques que no pudieron ser cobrados y fueron devueltos a razón de que la firma que constaba en los mismos no correspondía al titular de la cuenta, es decir es un caso sumamente similar que no solamente cabe el criterio interpretativo que se ha venido exponiendo sobre el delito de estafa, sino también los hechos son totalmente similares, quiero insistir señores jueces que en este caso no hay artimaña, no ha idoneidad, pues al ser cheques posfechados, la supuesta víctima conocía que su validez dependía de la confianza de los contratantes, y pues al ser cobrado en un tiempo posterior estaba sujeto a posibles contingencias cómo era la pérdida de la chequera, sin que esto sea imputable a la persona procesada, es más la pérdida de la chequera de acuerdo al Código Orgánico Monetario y Financiero no podía haber sido notificada por parte de mi defendido Carlos Antonio Espín Negrete, sino únicamente por parte de la titular de la chequera que es Nelly Carlota Negrete, respecto de quién se ha ratificado su inocencia, y nos encontramos de acuerdo con ello, pero él está respondiendo por actos que no fueron realizados por él sino por su señora madre, en virtud de los principios de igualdad formal y de seguridad jurídica, también esta sentencia o estos precedentes de los cuales ustedes han formado parte del Tribunal deberían ser tomados en cuenta y deberían ser considerados de acuerdo a la sentencia número 3059-19-EP de la Corte Constitucional que habla sobre los precedentes auto vinculantes, el otro cargo casacional propiamente dicho es la contravención expresa del artículo 3 del COIP que se refiere al principio de la mínima intervención penal, y que establece que la intervención del derecho penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para proteger los derechos de las personas, y que constituye el último recurso

cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales, en este sentido, en el considerando cuarto de la sentencia objeto del recurso, se tiene como hecho probado que no existe duda para el Tribunal de apelación sobre la existencia de actos de comercio, pues se dice que el señor acusado se hizo entregar alimento para aves o balanceado por aproximadamente 57.000 dólares, y que se entregaron un total de 11 cheques emitidos con fecha de cobro noviembre y diciembre del 2015, es decir señores jueces al existir actos de comercio, se entiende que existieron las facturas, se entiende que existieron las retenciones, siendo la vía adecuada para poder cobrar estas facturas la vía sumaria prevista en el artículo 332.6 del COGEP, incluso podía haberse seguido por vía ordinaria o por mecanismos alternativos de solución de conflictos, como es la mediación, con relación al principio de mínima intervención penal también la Corte Nacional de Justicia ha dictado sentencias como es la 11313-2021-00379, en la cual se dijo que mantener una condena ante la existencia de mecanismos jurisdiccionales menos gravosos para la protección de los derechos de los involucrados, torna la privación de la libertad en arbitrario, por incumplir con el principio de necesidad, cuando se podría restituir el objeto conflicto vía jurisdiccional sin necesidad de afectar el derecho a la libertad, en el mismo sentido la Corte Constitucional en sentencia 2706-16 de 29 de septiembre del 2021, ha establecido tres parámetros para que los jueces penales puedan discernir si el caso se trata de jurisdicción civil o de jurisdicción penal, lo primero que se debe analizar es si el derecho penal es la mejor vía para tutelar de una forma más eficiente el bien jurídico protegido, lo segundo que se debe analizar es, si activando el derecho penal se podrá reparar integralmente los derechos de la víctima, en este caso estamos hablando de una afectación al patrimonio que debo insistir nuevamente mi defendido ha estado dispuesto a pagar, pero que la defensa no ha permitido que su representado cobre este dinero, y la tercera, si la imposición de una pena podría aportar a la rehabilitación social del presunto transgresor, debo indicar señores jueces que se tiene por probado que la relación comercial fue de 11 años, no es la primera vez que le han vendido balanceado para pollos, el señor es padre de familia de dos niños pequeños que todavía dependen de él, y que él sea privado de su libertad en 7 años como viene la sentencia de condena, no ayudaría ni para la sociedad para que se hable de una supuesta rehabilitación, porque esto siempre se trató de actos de comercio, más no de actos delictivos, finalmente la Corte Constitucional concluye al decir que si contrario a todo este análisis el operador de justicia concluye que con la vía civil se pueden alcanzar todos estos fines, y es la forma más efectiva y con la menor restricción de derechos, se debe optar pues por la vía civil, y no por la vía penal, siendo así señores jueces y tras haber expuesto estos cargos muy respetuosamente solicitó que de no aceptar el cargo de falta de motivación, se analice sea la indebida aplicación del primero y segundo inciso del artículo 186 del COIP, siendo la norma correcta para aplicar el 5.3 del COIP, o el cargo que he venido manifestando de contravención expresa del artículo 3 del COIP, caso contrario señores jueces como lo han hecho en casos anteriores y como lo permite la norma se proceda con casación de oficio.

4.3. Fiscalía General del Estado. Respecto de la fundamentación del recurso del procesado, el representante de Fiscalía General del Estado señaló:

Comparezco a nombre de la Fiscalía General del Estado para realizar la contradicción a las alegaciones de casación que se han expuesto en la presente audiencia, en una primera instancia se alega la falta de motivación básicamente por dos aspectos, dos deficiencias motivacionales, esto es una incongruencia frente a las partes como punto central porque no se han dado respuesta a los cargos de apelación que ni siquiera se han transcrito, y que consisten en justamente que se debió seguir una vía civil, que no se hizo conforme a los parámetros de la Corte Constitucional para tomar en cuenta una jurisdicción civil y no penal, una pericia contable, que no se ha valorado un testimonio del señor Gregorio Pérez que mantuvo una relación comercial por 11 años, y que por tanto, al no darse contestación exigiría o existiría una incongruencia de las partes, sobre este primer punto es necesario referirnos

justamente a lo que ha manifestado el casacionista en el sentido de que si bien la falta de motivación no es propiamente un cargo casacional, si se debe observar los parámetros que ha establecido justamente la Corte Constitucional sobre la falta de motivación, y la forma en cómo debe ser esta mentada principalmente el párrafo 100 de la sentencia 1158 que obliga a establecer con claridad y precisión las razones por la cuales considera que la sentencia no se encuentra debidamente motivada, sobre la incongruencia frente a las partes, la sentencia 1158 establece que se da cuando se deja de contestar argumentos relevantes de las partes que inciden significativamente en la resolución, y que permiten contextualizar cuál es el problema jurídico que permite la respuesta justamente a un cuestionamiento de las partes, veamos cuáles son los cuestionamientos que constan justamente en la sentencia de segunda instancia, y son aquellos que el Tribunal ha establecido justamente en el considerando segundo de la sentencia con respecto a la fundamentación del recurso de apelación, y lo que hace es establecer o encasillar el problema jurídico en que la parte recurrente solicita que al existir un acto de comercio, se debió seguir una vía civil y no una vía penal, cuáles son los argumentos presuntamente no contestados y que por supuesto no constan en la sentencia sino en el problema jurídico y que se encuentran englobados en el problema jurídico, justamente que se analice el artículo 66 numeral 23 literal c de la Constitución, esto es que no hay prisión por deudas, que no se han analizado parámetros sobre la Corte Constitucional sobre si un caso pertenece a la jurisdicción civil o jurisdicción penal, si existe una pericia contable que establece que se debió seguir un procedimiento sumario, y que no se estableció justamente el testimonio de Gregorio Pérez sobre relaciones comerciales, es decir señores jueces todos y cada uno de estos argumentos son referidos al problema jurídico establecido en segunda instancia que es si es que se debió seguir una vía civil, o si es que estamos ante la presencia de un injusto penal, de un delito penal que merece justamente una sanción por haberse configurado los elementos objetivos y subjetivos del delito penal de estafa, ese el problema jurídico que la Corte Constitucional dice que debe ser respondido, no todos los argumentos establecidos por las partes en una audiencia de apelación, sino aquellos argumentos centrales que permiten englobar un problema jurídico, como efectivamente lo ha hecho el Tribunal de segunda instancia, al establecer justamente si existió una relación comercial, y si se debió seguir la acción civil o penal, y efectivamente en el considerando cuarto se analiza este problema jurídico, se da respuesta a la parte recurrente en el sentido de que habría un perjuicio ocasionado por el valor de 56.553,15 dólares por haberse entregado cheques posfechados, y también se da por probado la existencia del dolo consciente al existir un ardid de engaño, entregar cheques posfechados que se sabían que no iban a ser cobrados dado que la firma que consta en estos cheques es falsa, de igual manera, en el mismo considerando cuarto se analizan todos y cada uno de los elementos del delito de estafa, perjuicio patrimonial, ardid o engaño, inducción al error, y por supuesto el perjuicio patrimonial a la víctima, así como que se ha afectado el bien jurídico protegido que es la propiedad, estableciendo de esta manera la antijuricidad material, y por supuesto adecuando todos y cada uno de los elementos del tipo penal del artículo 186, se ha dado contestación, se estableció un problema jurídico y por tanto no existiría una incongruencia frente a las partes, con respecto a la incongruencia frente al derecho, refiere que no se explica una superación de la duda razonable, que no hay un examen de adecuación de los hechos al derecho, que no se analiza la antijuricidad ni la culpabilidad, y que no hay un análisis probatorio, la incongruencia frente al derecho la Corte Constitucional ha establecido que surge cuando se deja de abordar alguna cuestión que el sistema jurídico, la ley o la jurisprudencia impone abordar al Tribunal juzgador, en el presente caso si bien se pide o se establece que no se ha analizado la antijuridicidad ni la culpabilidad, hay que tener claros que estos argumentos no fueron cuestionamientos de apelación, la naturaleza de la sentencia de segunda instancia conforme al artículo 654.2 únicamente es resolver las inconformidades manifestadas en apelación, y que ya hemos dicho cuál ha sido el

problema jurídico manifestado en segunda instancia, por lo tanto no cabe que en esta audiencia se diga que no se ha analizado la antijuricidad, la culpabilidad, cuando ésta no fue justamente cuestionada en la audiencia de segunda estancia, que no existe un examen de adecuación de los hechos al derecho, tampoco corresponde a la realidad, sin querer ser repetitivo, en el considerando cuarto se establecen todos los y cada uno de los elementos del tipo penal de estafa como ya hemos manifestado al responder al anterior cargo, y por tanto se ha hecho una adecuación justamente un juicio de subsunción y un juicio de tipicidad, así como de antijuricidad, y también de culpabilidad conforme consta en el considerando cuarto, no existiendo por supuesto una incongruencia frente al derecho, sobre los cargos casacionales se alega en primer lugar la indebida aplicación del artículo 186 inciso primero y segundo, y se debió aplicar dice en su lugar el 5.3 justamente que dado el argumento central en que no se adecuaron la narración fáctica a los elementos de tipo penal de estafa, para lo cual justamente menciona algunas sentencias de la Corte Nacional de Justicia, que incluso que está dispuesto a pagar la deuda, y que no ha habido idoneidad del acto justamente para inducir al engaño, un cargo casacional tiene un límite supremamente definido por la jurisprudencia de la Corte Nacional, más aún cuando se trata de una indebida aplicación, y el límite de este argumento justamente son los hechos dados por probados, la jurisprudencia de la Corte Nacional ha establecido que cuando se alega un error de selección en la norma llamada a resolver un supuesto hecho por probado, se debe justamente partir de los hechos dados por probados, y es lo que la defensa técnica no ha hecho, más bien hay una pretensión revalorativa, cuestiona el juicio de tipicidad, dice que no hay idoneidad del acto, y de esta manera inobserva todos los elementos que en el considerando cuarto de la sentencia ya han sido dados por probados y que no corresponde revalorarlos o cuestionarlos en sede de casación por prohibición del artículo 656 inciso final, justamente manifiesta que el procesado no podía prever un hecho suscitado posteriormente que es la pérdida de la chequera de un juicio de idoneidad, es decir en definitiva una pretensión revalorativa, y sobre todo incluso con argumentos que no fueron planteados en segunda instancia, es decir en sede de casación se establece que no existe dolo, porque no podía prever la pérdida de la chequera, hecho que ni siquiera fue mencionado por la defensa técnica en los cargos que presuntamente fueron alegados en la audiencia de apelación, por lo tanto contraviene la técnica casacional, no se ha adecuado un principio de trascendencia en aplicación de la causa, y más bien lo que existe es una debida aplicación artículo 186, cómo no si el Tribunal de segunda instancia ha dado por probados los elementos del tipo penal de estafa, y por supuesto correspondía si da por probados los elementos objetivos y subjetivos, aplicar el artículo 186 como efectivamente ha sucedido, por lo tanto este cargo también debe ser declarado improcedente, finalmente se habla de una contravención expresa el artículo 3, el principio de mínima intervención penal, dice que es un hecho probado el acto de comercio que no se tome en cuenta justamente los parámetros de la Corte para establecer si es una vía civil o una vía penal, que ha habido una relación comercial dado como hecho probado, en este caso no se cumple el principio de autonomía, nuevamente el argumento es el mismo, que hay una vía civil no es una vía penal, este argumento violenta el principio de no debate de instancia sobre si existe una vía civil o una vía penal ha sido ya suficientemente discutido en segunda instancia, ha sido resuelto este problema jurídico, no es procedente plantearlo nuevamente en sede de casación, sobre que ha sido probado el acto de comercio, efectivamente señores jueces, en considerando cuarto dice que no hay duda para el Tribunal hasta ese momento de la existencia de un acto de comercio, pero sin embargo este acto se rompe e inobserva el principio de transparencia y buena fe, y se desnaturaliza este acto cuando se convierte en delito al probarse el dolo consciente al entregar cheques posfechados con firma falsa, es decir si bien se da por probado en un inicio el acto de comercio, el Tribunal también da por probado que se desnaturalizado el acto de comercio, y que se ha deformado justamente en una conducta ilícita en un delito de estafa, no siendo procedente a través

de un cargo de contravención expresa nuevamente discutir los hechos y pretender una pretensión re valorativa, más aún cuando un cargo de contravención expresa como un error de omisión, también se debe partir del hecho dado por probado, lo cual evidentemente la defensa técnica no lo ha hecho, por todo lo expuesto señores jueces al no existir fundamento suficiente ni para declarar la nulidad constitucional, ni para declarar con lugar un cargo de mérito, la Fiscalía General del Estado solicita que este recurso sea rechazado y la sentencia de segunda instancia sea confirmada en todas sus partes.

4.4. Víctima. En relación con el recurso planteado por el procesado, la víctima *Efraín Pérez Villacís* por medio de su defensa técnica manifestó:

No voy hacer una introducción que el representante de la Fiscalía lo ha hecho en forma inteligente, en forma técnica y transparente conforme los méritos del proceso, pero sí voy a aclarar algunos aspectos del acusado que ha indicado, lamentablemente señores jueces ustedes han de observar del proceso que esta es ya la tercera audiencia que nosotros nos presentamos hacer valer nuestros derechos en la Corte Nacional de Justicia, la primera que se declaró la nulidad indicando que se había violentado el principio de motivación, después se presentó un recurso de casación, se estableció varias situaciones en ese recurso de casación, en ese Tribunal se dictó sentencia condenándole otra vez al acusado, negando la casación, ratificando la sentencia en instancias inferiores, y ahora nuevamente viene con nuevos argumentos, o sea se le dio tres ocasiones al acusado para que plantee argumento sobre argumento, argumento sobre argumento, y obviamente en la sentencia de casación ya la Sala estableció una sentencia y los motivos por los cuáles se le negó la casación, entonces obviamente la defensa técnica retomó esa negativa y nuevamente asoma con otras cosas, y quiero aclarar ciertas circunstancias, todo dice la defensa técnica pero se olvida de algo muy importante y quiero que ustedes tomen en cuenta, en el proceso, en la audiencia de juicio se recibió el testimonio del señor policía Eduardo Paúl Guillén, quién realizó una pericia grafotécnica de las firmas constantes en los cheques, y ahí señores jueces se estableció que la firma que consta en estos cheques no corresponden a la giradora, a la señora Nelly Negrete, madre del acusado, eso se olvidaron, entonces el señor Espín a sabiendas que esos cheques, las firmas eran falsificadas, entregó a mi cliente esos cheques con dolo, con malicia, con la intención de causarle daño entregó esos cheques, y después asoma no como dice la defensa técnica del acusado que se perdió la chequera, no, ahí está la notificación del Banco de Pichincha en donde se determina que se sustrajeron, o sea se robaron los cheques, no la chequera que es cosa muy diferente, y quién entregó esos cheques sustraídos, quien entregó con firmas falsificadas, justamente es el acusado señor Espín, ahora se me dice que no se tenía que realizar por la acción penal sino por una acción civil, es que acaso podríamos haber seguido una acción civil con cheques falsificados en su firma, cómo pues señores jueces, aquí lo que se estableció es que justamente con el engaño que hizo el acusado que se hizo entregar mercadería en varias toneladas de comida de pollo, mi cliente es un ciudadano de 90 años, enfermo y que ha tenido que soportar este juicio desde el año 2016 estamos con este juicio y no podemos tener justicia, él le entregó como un empresario dueño de la bodega en la ciudad de Santo Domingo por todo el mundo como un comerciante que ha trabajado lealmente con la gente, ayudando a la gente, este señor se llevó toda esa mercadería, prácticamente quebró a la empresa en realidad engañándole, apropiándose de estos bienes de mi cliente, incrementando su patrimonio, entonces señores jueces mi cliente es una persona de la tercera edad que ha tenido que soportar enfermo, muchas veces le tenemos que mantener en audiencia, entonces yo sí pido que se tome en cuenta todos estos particulares, se dice también algo muy importante que el señor acusado en varias ocasiones ha querido pagar entre comillas la supuesta deuda, y que la defensa no le ha permitido a que se haga esa negociación, yo le puedo ver los ojos al acusado y solamente en las octava o décima audiencia que hemos mantenido durante este juicio le he visto, jamás he recibido una llamada, jamás hemos tratado de tener una reunión al respeto, y es más yo jamás hubiese tratado de arreglar ningún asunto porque con los delincuentes no se arregla, se pide sanciones

conforme lo estamos insistiendo en esta audiencia, por tal razón nosotros solicitamos que se rechace este recurso de casación a fin de que se cumpla con la sentencia del juez de segunda instancia.

4.5. Procesada no recurrente: En representación de la procesada no recurrente *Nelly Carlota Negrete Torres*, el Defensor Público asignado señaló: *"Comparezco por la señora no recurrente quien ha sido ratificada su inocencia, en esta audiencia no hemos escuchado que se haya pretendido afectar sus derechos, ni tampoco una pretensión para cambiar su situación jurídica, por lo tanto nada tengo que alegar al respecto."*

4.6. Réplica del procesado. En ejercicio de su derecho a la réplica, el procesado CARLOS ANTONIO ESPÍN NEGRETE manifestó:

En cuanto al tema de la acción civil debo indicar que no se requiere los cheques a los cuales ha hecho mención el señor abogado del acusador particular, porque la acción civil a la que se ha hecho referencia es para el cobro de facturas, las facturas fueron emitidas, las facturas de igual manera, y eso fue declarado al Servicio de Rentas Internas, aquí no tienen nada que ver los cheques, sino las facturas, porque la acción es establecida en el artículo 326 del COGEP es para el cobro de factura, señores jueces no estoy segura si es 326 pero eso lo planteé ya en la exposición primera, eso es solo para facturas insisto no para el tema de los cheques, en cuanto al tema de que fue voluntad del señor Carlos Espín pagar la deuda, ustedes podrán por el principio de inescindibilidad de las sentencias, verificar el testimonio del señor Gregorio Pérez que es el hijo del acusador particular, y él en su testimonio dice y reconoce que el señor quiso pagarle, que la mamá del señor quiso pagarle, pero que el señor abogado de la defensa no ha permitido ese pago, eso no lo digo yo sino lo dice la sentencia, y por último en cuanto al tema de precedentes que han sido citados por esta Sala respecto del delito de estafa, sí quiero mencionar que cada uno de estos fallos han sido casados de oficio por indebida aplicación de los incisos primero y segundo del 186, e incluso en el caso precisamente 23281-2017-00575 del 16 de noviembre del 2019, el caso es exactamente igual, es exactamente el mismo, en este caso los cheques fueron devueltos porque la firma no se correspondía con la del titular de la cuenta, es decir es el mismo caso y en virtud de los principios de igualdad formal y de seguridad jurídica, estos precedentes sí pueden ser aplicados por ustedes señores magistrados, solicito que virtud de la garantía constitucional del artículo 76.c de la Constitución de la República se le permite al señor Carlos Espín ser escuchado.

4.7. Finalmente, en ejercicio del derecho a última palabra el procesado CARLOS ANTONIO ESPÍN NEGRETE personalmente manifestó:

Soy un criador de pollos, yo le compraba balanceado al señor Gregorio Pérez y mantuvimos muchos negocios, porque llevo un negocio hasta por 11 años, los cheques yo le di de garantía al señor Gregorio Pérez que siempre manteníamos una relación comercial e incluso algunas veces yo le di hasta dos carros por parte del pago, le dimos una camioneta como parte de pago. y le dimos otra camioneta también valorada en veinte mil dólares, y la otra en treinta y cinco mil dólares, y en múltiples ocasiones yo quise pagarle y quiero y voy a pagarle sino que no me ha dejado, incluso el señor Gregorio Pérez en su testimonio lo dice y no me aceptaron porque me decían que tengo que pasar por los procesos para que el proceso le determine si es que es factible en la cobranza o no es factible la cobranza, soy como les indico una persona que no quiere ser tratado como un delincuente, he sido productor de pollos, he servido a la comunidad y eso es mi testimonio, también soy padre de familia, tengo dos hijos que son menores de edad, mis niños con quién se van a quedar, yo no soy un delincuente.

5. Problemas jurídicos

5.1. El procesado interpuso recurso de casación argumentando que en la sentencia dictada por el Tribunal de apelación vulnera la garantía constitucional de motivación por contener vicios de incongruencia frente a las partes e incongruencia frente al Derecho, por lo que solicita se declare la nulidad de la sentencia. De forma subsidiaria, alega que en la sentencia se ha aplicado indebidamente el artículo 186 del COIP, cuando correspondía aplicar el numeral 3 del artículo 5 ibídem; y, que existe contravención expresa del artículo 3 del COIP.

5.2. Conforme lo señalado, los problemas jurídicos del presente caso consisten en responder si se

ha configurado la vulneración de motivación y/o los cargos planteados, cuestiones cuyo análisis procederá siempre que se cumpla con la fundamentación debida, esto sin perjuicio de la facultad de casación oficiosa prevista en el numeral 6 del artículo 657 del COIP.

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 respetadas dentro de un proceso judicial; y, que se encuentra consagrado en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República; 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 considerarán 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.** [Negrillas añadidas como énfasis].

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 forman 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..."[2]. 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. […] [3]

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"*, conforme lo determina el numeral 14 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

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" [4],* en definitiva,

[2] Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014, Caso No. 2230-11-EP.
[3] Ibídem.
[4] Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 2681-19-EP/24, de 11 de enero de 2024, Caso 2681

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"* [5].

6.6. En el ámbito penal, el numeral 1 del artículo 652 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 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*)[6].

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 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[7].

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[8].

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 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 en 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 el procesado Carlos Antonio

---

[5] Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 2113-15-EP/21, de 28 de abril de 2021, Caso 2113-15-EP.
[6] Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 8-19- IN y acumulado 21, de 08 de diciembre de 2021.
[7] Ibídem.
[8] 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

Espín Negrete, para lo cual se realiza el análisis que sigue a continuación.

6.14. Previó al análisis, se debe señalar que el COIP en sus artículos 656 y 657 establece el recurso de casación, su objeto, procedencia y reglas de trámite, en este sentido, es claro que este medio de impugnación es extraordinario, formal y limitado, de competencia de la Corte Nacional de Justicia, que su objetivo es corregir las violaciones de ley que existan en las sentencias; y, que procede únicamente por las causas legalmente establecidas, esto es, contravención expresa, indebida aplicación y errónea interpretación de la Ley.

6.15. 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 se equivoca al seleccionar la norma aplicada para resolver el caso, dejando de aplicar la correcta. Finalmente, *la errónea interpretación* refiere un yerro en el ejercicio intelectivo de la norma, pues al aplicarla el juzgador limita, amplía o modifica su sentido, contraviniendo el espíritu y/o el sentido literal de la norma.

6.16. Respecto a la naturaleza limitada del recurso, es menester insistir en que el segundo inciso del artículo 656 del COIP establece que: *"No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba"*; esta limitación es además un elemento de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, medio de impugnación que según el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial no es instancia ni grado del proceso penal, sino recurso extraordinario de *"control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia."*

6.17. 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[9].

6.18. 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.

6.19. En segundo lugar, al ser posible en este recurso alegar la existencia de varios errores jurídicos, se debe observar el *principio de autonomía,* por el cual se tiene que realizar una fundamentación específica, individualizada e independiente para cada cargo casacional, cuidando que la fundamentación no sea contradictoria.

6.20. 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.

6.21. 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

[9] 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.

consecuencia jurídica del error, que configura la cuestión a ser corregida por el recurso.

6.22. 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.*

6.23. 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 el recurrente, quien inició identificando que impugna la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2022 por el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en la que se rechazó su recurso de apelación y se confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia que lo declaró como autor del delito de estafa, previsto en el artículo 186 del COIP.

6.24. Luego, el recurrente planteó una alegación de vulneración de la garantía constitucional de motivación y dos cargos casacionales, consistentes en (i) indebida aplicación del artículo 186 del COIP y (ii) contravención expresa del artículo 3 del COIP. En atención al principio de prioridad, previo al análisis de los cargos casaciones, corresponde analizar la alegación de vulneración de la garantía de motivación.

Sobre la vulneración de la garantía constitucional de motivación

6.25. En argumentación de esta primera alegación, la defensa técnica del procesado recurrente manifestó que la sentencia impugnada denota que de forma maliciosa y vaga los jueces del Tribunal Ad quem omitieron recoger en el considerando segundo de la sentencia todos los argumentos planteados por él en sede de apelación, y que como consecuencia de esto no se respondieron todos los argumentos relevantes presentados, incurriendo en un vicio de incongruencia frente a las partes, conforme lo determina la sentencia No. 1158-17-EP/21 dictada por la Corte Constitucional.

6.26. Fundamentando esta alegación, el recurrente señaló que en la grabación de la audiencia de apelación se puede constatar los argumentos relevantes planteados, identificando los siguientes: (i) que la sentencia de primera instancia fue dictada vulnerando el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la CRE, que establece la prohibición de prisión por deudas; (ii) que no se consideró los parámetros establecidos en la sentencia No. 2706-16-EP/21 para diferenciar cuando un asunto es de jurisdicción civil y cuando de jurisdicción penal; (iii) que existía una pericia contable realizada por Nancy Aguirre Espinosa que determinó la existencia de facturas y retenciones, siendo prueba de que existió una relación comercial y que por tanto debía tramitarse la reclamación en procedimiento sumario; (iv) que no se valoró el testimonio de Gregorio Pérez, hijo del acusador particular, que refirió que mantenía relaciones comerciales con el procesado y que éste propuso pagar la deuda.

6.27. Señalados los argumentos que considera no fueron atendidos en sede de apelación, el recurrente manifestó que ha cumplido las exigencias de fundamentación de esta alegación de vulneración de la garantía de motivación, que debe declararse la nulidad de la sentencia impugnada, y que en caso de no acogerse esta alegación, se explique en qué parte de la sentencia del Tribunal *Ad quem* se encuentran las respuestas a los cargos señalados.

6.28. Como otro argumento de su alegación de vulneración de motivación, el recurrente señaló que la sentencia impugnada incurre en una incongruencia frente al Derecho, puesto que en la sentencia No. 2706-16-EP/21 dictada por la Corte Constitucional, en los párrafos 31 a 40 señala las exigencias de motivación en materia penal, entre ellas la explicación de cómo se supera el umbral de la duda razonable y cómo los hechos probados se adecúan al tipo penal acusado; y, cuestionó que estas explicaciones no constan en la sentencia impugnada, pues a su criterio el Tribunal *Ad quem* de forma arbitraria fijó los hechos sin un análisis probatorio.

6.29. En atención a esta alegación, por su parte el representante de Fiscalía manifestó que de la revisión de la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* se observa que sí se consideraron los argumentos señalados por el procesado, que no se lo hace de forma expresa pero si se

toma en cuenta al formular el problema jurídico; y, que se ha cumplido con atender todas las exigencias normativas, por lo que concluye que no existe incongruencia frente a las partes ni incongruencia frente al Derecho. En similar sentido, el defensor técnico del acusador particular señaló que debe rechazarse esta alegación por cuanto la sentencia impugnada cumple con los parámetros de motivación.

6.30. Expresados los argumentos planteados por el procesado, se debe considerar que en su jurisprudencia indicativa la Corte Nacional de Justicia ha determinado que la alegación de falta de motivación no constituye *per se* un cargo casacional en materia penal, toda vez que la motivación no es una disposición normativa que se debe aplicar o no en un determinado caso; sino que es una garantía del debido proceso que toda decisión de autoridad pública debe observar, entendiendo que su ausencia, insuficiencia o apariencia implicaría vulneración del debido proceso y la nulidad de la decisión.

6.31. Sin perjuicio de que la jurisprudencia indicativa de esta Corte considere que la alegación de vulneración de la motivación no precisa el cumplimiento de la técnica casacional, quien recurre puede realizar su fundamentación como un cargo casacional o como una alegación de nulidad constitucional, pero se requiere que la fundamentación especifique las razones por las cuales se considera que la sentencia no se encuentra motivada. En tal razón, en el recurso de casación el recurrente tiene libertad para alegar vulneración de motivación de la sentencia impugnada, correspondiendo al Tribunal de casación analizar la motivación de la sentencia siempre que la alegación tenga una fundamentación clara y específica.

6.32. Respecto de esta fundamentación específica, la Corte Constitucional en su sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, que determina *"pautas para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación"*, señaló en el párrafo 100 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, 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. […]

6.33. Conforme la argumentación del procesado y las exigencias jurisprudenciales de fundamentación mencionadas, se verifica que el recurrente expuso de forma específica una alegación de vulneración de motivación, expresando las razones por las que considera que la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* incurre en los vicios de motivación de incongruencia frente a las partes y frente al Derecho; en tal sentido, al haberse fundamentado en debida forma esta alegación, procede el análisis de motivación de la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, aclarando que este análisis es sobre la suficiencia de la motivación, no considera si la decisión es correcta y no permite que el Tribunal de casación corrija la motivación o se pronuncie sobre los méritos del caso.

6.34. Respecto de la garantía constitucional de motivación, es menester señalar que esta es un elemento sine *qua non* de las decisiones judiciales, pues el artículo 76.7.l) de la CRE establece que toda resolución de autoridad pública debe ser motivada, determinando como elementos esenciales de la motivación la enunciación de normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, enunciación de los elementos fácticos del caso y argumentación sobre la pertinencia de aplicación de dichas normas a los hechos concretos.

6.35. Ahora bien, respecto del análisis de motivación, la Corte Constitucional en la referida sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, ha determinado que al examinar la motivación de una decisión no se debe analizar si la decisión es correcta o no, sino que se debe considerar el cumplimiento del estándar de suficiencia de la motivación, el cual se

verifica observando la existencia de los elementos constitutivos de la motivación; a este límite en el análisis de motivación, debemos insistir que en este ejercicio no es permitido al Tribunal de casación corregir la motivación o pronunciarse sobre los méritos del caso.

6.36. Por otra parte, se debe tener en cuenta que en consideración de la grave afectación a derechos fundamentales de las personas en materia penal, la Corte Constitucional en la sentencia No. 2706-16-EP/21 ha definido que en esta materia la suficiencia de motivación implica una argumentación que explique: (i) los elementos probatorios que permitieron llegar a la convicción de que los hechos del caso concreto se adecúan al tipo penal acusado, (ii) que la conducta es antijurídica y que el procesado es culpable, elementos con los cuales se deberá (iii) justificar haber superado el umbral de duda razonable y desvirtuado los argumentos de defensa del procesado.

6.37. En consideración del estándar de suficiencia en materia penal, debemos observar que en la sentencia No. 1158-17-EP/21 la Corte Constitucional analiza cuáles son los posibles déficits motivacionales de una sentencia, estableciendo que la motivación puede ser (i) inexistente, cuando la decisión carece de motivación jurídica o fáctica; (ii) insuficiente, cuando hay fundamentación jurídica y fáctica, pero al menos una de ellas no cumple el estándar de suficiencia; y, (iii) aparente, cuando a primera vista la decisión cumple con una fundamentación suficiente, pero en realidad está afectada por algún tipo de vicio motivacional, como incoherencia, inatinencia, incongruencia o incomprensibilidad.

6.38. En el caso in examine, el procesado de forma expresa cuestionó que el Tribunal *Ad quem* habría incurrido en el vicio de incongruencia frente a las partes e incongruencia frente al Derecho, identificando los argumentos que no habrían sido atendidos y la exigencia legal incumplida; por tanto, el análisis de la motivación de la sentencia impugnada se restringe a dichos aspectos, señalando que no es procedente una auditoría total de la sentencia ni tampoco un análisis oficioso del cumplimiento de esta garantía constitucional[10].

6.39. Al haberse alegado existencia de vicio de incongruencia, resulta imprescindible transcribir las pautas señaladas por la Corte Constitucional al respecto, conforme sigue:

> **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), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones – véanse, párrs. 104ss.–, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho).
>
> **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 (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.

6.40. En cuanto a la incongruencia frente a las partes, el procesado identificó cuatro argumentos que considera relevantes y que señala no fueron atendidos por el Tribunal de apelación.En este sentido, corresponde analizar si en la sentencia impugnada se responde sobre: la aplicación del literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la CRE, la aplicación de la sentencia No. 2706-16-EP/21, las conclusiones de la pericia contable realizada por Nancy

[10] Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párr. 100 y 101.

Aguirre Espinosa; y, la valoración del testimonio rendido por el señor Gregorio Pérez.

6.41. De la revisión de la sentencia impugnada, se observa que en su considerando segundo, bajo la denominación de *"fundamentación del recurso de apelación"*, el Tribunal *Ad quem* expone que el procesado planteó como argumentos de apelación los siguientes:

> La señora defensora técnica del recurrente Carlos Antonio Espín Negrete, en lo principal manifestó que: el acto imputado responde a una relación comercial de algún tiempo, desde el año 2009, en la que el acusador particular le entregaba mercadería, alimento para pollos, al señor Carlos Espín Negrete, motivo por el cual se entregaron 11 cheques anteriormente, que no fueron cobrados por el reporte de pérdida de cheques, debiendo haberse seguido la acción sumaria para su cobro y no la vía penal, solicitando que se revoque la sentencia y se confirme el estado de inocencia.

6.42. Más adelante, en el considerando cuarto el Tribunal *Ad quem* plantea como problema jurídico del caso lo siguiente: *"En concreto el recurso de apelación se centra en que se trata de un negocio jurídico por la relación comercial habida entre el acusado y acusador particular, motivo por el cual se entregaron varios cheques"*; y, en respuesta a este planteamiento en lo principal señala:

> De manera general podemos mencionar que la Constitución de la República, en el Art. 66.29 letra c) establece que: ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. [...] En el presente caso, tenemos que el acusado se hizo entregar alimento para aves (balanceado) por el valor de US 56.553,15, ofreciendo pagar en noviembre y diciembre del 2015, entregando en total 11 cheques emitidos con fecha de cobro noviembre y diciembre 2015 (en distintas fechas), sin embargo el 24 de noviembre de 2015, la dueña de la cuenta madre del sentenciado señor Carlos Espín Negrete, pone en el banco prohibición de pago de dichos cheques por pérdida. Vistos así los hechos, no **hay duda para el Tribunal, hasta ese momento de la existencia del acto de comercio**, hecho que no ha sido puesto en duda de su existencia por los sujetos procesales ni tampoco de sus participantes, correspondiendo analizar la forma como se produjo **dicho acto de comercio, teniendo así que dicho acto rompe e inobserva el principio de transparencia y buena fé**, por ende desnaturaliza dicho acto, **convirtiéndose en un delito al probarse de la existencia de dolo consistente en la oferta engañosa de cubrir el valor de los cheques en tiempo posterior,** hecho que nunca se iba a producir ya que con el testimonio del policía Eduardo Paúl Guillén Villamarín, que realizó la pericia grafotécnica de las firmas de la giradora de los cheques, estableció que la firma NO corresponde a la dueña de cuenta señora Nancy Guadalupe Aguirre, madre del sentenciado, **es decir son firmas falsas las que constan en los 11 cheques entregados, hecho que era de conocimiento del recurrente señor Carlos Antonio Espín Negrete, y que aún mas se ratifica animus doloso cuando la dueña de la cuenta pone prohibición de pago por pérdida de cheques**, cheques que sin embargo, aparecen siendo entregados por el señor Carlos Espín Negrete, por la entrega de balanceado para pollos conforme lo admite en su testimonio el procesado, que acepta haber obtenido el alimento balanceado para crianza de pollos por parte del almacén Bodega Central, como tampoco niega haber entregado los referidos cheques para tal cometido, afirmando que del valor total de la mercadería obtenida ha pagado 14.000 dólares, sin que exista prueba de la entrega de US 14.000. Lo que conlleva a su vez a establecer que hubo un acrecimiento patrimonial por parte del procesado producto de la oferta engañosa de pagar la mercadería con cheques falsificados su firma de girador y posterior prohibición de pago, luego de entregados los cheques, por pérdida de cheques por parte de la dueña de cuenta que es madre del procesado. **Todo lo cual, desnaturaliza que se trate de un simple acto de comercio por haber simulado hechos falsos como es la entrega de cheques posfechados, cuyas firma de girador eran falsas, lo que conllevo a engañar al dueño de la mercadería** al creer que los cheques eran legítimos, valederos y cobrables, perjudicando de esta forma su

patrimonio en el valor de la mercadería entregada, lo que sin lugar a dudas lesionó el bien jurídico protegido que en este caso es la propiedad, habiendo quedado probado el "acrecimiento patrimonial" por parte del sujeto activo y un "decrecimiento patrimonial" por parte del sujeto pasivo.

6.43. Del texto transcrito se evidencia que el Tribunal *Ad quem* inició la construcción de su decisión exponiendo que de acuerdo con el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la CRE, en Ecuador está prohibida la prisión por deudas; por lo tanto, se verifica que se atiende este argumento del procesado, advirtiendo esta prohibición constitucional de prisión en caso de deudas.

6.44. Luego, se refiere que el artículo 8 del Código de Comercio, explica cuáles son los actos de comercio y que el artículo 3 ibídem señala los tres principios que rigen estos actos, siendo la transparencia, buena fé y licitud de la actividad; con base en ello, se expone como hechos probados en el presente caso la existencia inicial de un acto de comercio por el cual el procesado se hizo entregar alimento para aves (balanceado), y que a cambio de esta mercadería entregó en noviembre y diciembre de 2015 11 cheques de cuenta de la madre del procesado; pero que se denunció la pérdida de los cheques y el 24 de noviembre de 2024 se fijó la prohibición de pago de estos cheques.

6.45. Más adelante, con base en los hechos señalados, el *Tribunal Ad quem* determina que si bien se aprecia un acto de comercio, se debe considerar que se incumplieron los principios de transparencia y buena fe, y que por tanto se desnaturaliza dicho acto de comercio, convirtiéndose en un delito, al existir una oferta engañosa de pago por presentarse de forma dolosa cheques con firma que no corresponde a la titular y que no podían ser pagados por la denuncia de pérdida de la chequera.

6.46. Después, en el párrafo final del considerando cuarto de la sentencia impugnada se establece que al haberse simulado hechos falsos, al haber el procesado entregado cheques posfechados y con firma que no corresponde al titular, se verifica que existe un engaño que perjudicó patrimonialmente a la víctima.

6.47. Por lo señalado, se observa que en la sentencia impugnada el Tribunal *Ad quem* sí consideró la prohibición de privación de libertad por deudas y explicó los elementos fácticos en los que fundamenta su decisión, de manera que determinó cómo en el caso se da por probada la existencia de un acto de comercio; además, se expone que de los hechos probados se verifica el cumplimiento de los elementos descriptivos del tipo penal de estafa, así como la existencia de dolo, por lo que se explica su naturaleza penal.

6.48. Revisada que ha sido la sentencia y la atención de los argumentos planteados por el procesado en sede de apelación, se debe considerar que la sentencia No. 1158-17-EP/21, que fija los parámetros de análisis de vulneración de la garantía de motivación, determina que el vicio de incongruencia frente a las partes se presenta siempre que los argumentos sean relevantes, para lo cual se debe observar si los argumentos inciden significativamente en la decisión, cuestión cuyo análisis debe tener en cuenta el estándar de suficiencia y que los argumentos apunten a una decisión en sentido opuesto a la tomada por el Tribunal.

6.49. Con base en los parámetros jurisprudenciales referidos, es criterio del suscrito Tribunal que la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas satisface los argumentos presentados por el procesado en sede de apelación. El Tribunal *Ad quem* explica cómo consideró la prohibición de prisión por deudas, señala los elementos fácticos que fija como probados, y expone las razones por las que considera que los hechos no se adecuan a un acto de comercio sino a un acto ilícito que es objeto de la jurisdicción penal, es decir, la sentencia en análisis cuenta con una motivación suficiente.

6.50. Si bien el análisis del Tribunal *Ad quem* no aborda de forma expresa la consideración de una pericia elaborada por la ciudadana Nancy Aguirre Espinosa ni la valoración del testimonio del ciudadano Gregorio Pérez, encaminados a justificar la existencia de un acto de comercio, de la revisión íntegra de la decisión se advierte que el Tribunal *Ad quem* considera como un hecho no controvertido la existencia inicial de un acto de comercio, por lo que el objeto de dichos medios probatorios fue tenido en cuenta.

6.51. En definitiva, insistiendo en que el análisis de motivación de la sentencia impugnada no habilita revisar si la decisión es o no correcta, se concluye que la sentencia impugnada cuenta

con una motivación suficiente, que se adecúa a las exigencias determinadas en las sentencias No. 1158-17-EP/21 y 2706-16-EP/21 dictadas por la Corte Constitucional, por lo que se rechaza la alegación de existencia de un vicio de incongruencia frente a las partes.

6.52. Por otro lado, la defensa técnica del procesado recurrente señaló que en la sentencia impugnada existe incongruencia frente al Derecho, acusando que no se ha aplicado lo determinado en los párrafos 31 a 40 de la sentencia No. 2706-16-EP/21 dictada por la Corte Constitucional, que establece criterios de suficiencia de motivación en materia penal.

6.53. En el análisis de este argumento, se debe considerar que la antes mencionada sentencia de justicia constitucional No. 1158-17-EP/21, al referirse al vicio de *incongruencia frente al Derecho* señala que este se presenta cuando: *"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"* [11].

6.54. En este sentido, al haberse cuestionado la no aplicación de lo determinado en la sentencia No. 2706-16-EP/21, es necesario primero identificar qué establece esta decisión judicial y si es una cuestión exigida por el ordenamiento jurídico para la resolución del caso en concreto; debiendo partir por identificar que en dicha sentencia la Corte Constitucional resuelve una acción extraordinaria de protección en la que se cuestionó la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de ser juzgado ante autoridad competente y con aplicación del trámite propio y la garantía de motivación.

6.55. Al respecto, la Corte Constitucional a partir del párrafo 29 de la sentencia analiza la garantía de motivación, y en lo principal explica el criterio de suficiencia de motivación en materia penal, señalando:

> **31.** Por otro lado, en ciertos contextos la Corte Constitucional ha reforzado este estándar de suficiencia, exigiendo la constatación de elementos adicionales; en tal sentido, este Organismo en consideración de la gravedad de la restricción de los derechos que se pone en juego con una sentencia condenatoria (privación de libertad, suspensión de derechos políticos, etc.), recuerda que la garantía de motivación en los procesos penales exige, dentro de los criterios de suficiencia desarrollados por esta Corte, que se exponga la forma mediante la cual se ha superado el umbral de la duda razonable y se han desvirtuado los argumentos de defensa del procesado;15 en consideración de la interdependencia que existe entre la garantía de motivación y el principio de inocencia.
>
> **32.** Asimismo, este Organismo considera apropiado resaltar que, en los procesos y sentencias penales, el elemento de la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes, debe incluir un examen de adecuación a través del cual el operador judicial ofrezca una (a) explicación de cómo los elementos probatorios aportados y practicados,17 le permitieron llegar a la convicción de que la conducta reproducida por el presunto infractor se ajusta a todos los elementos configurativos del tipo penal. Asimismo, respecto a este criterio, los operadores de justicia deberán exponer las razones por las cuales: (b) la acción u omisión del presunto infractor debe calificarse como antijurídica, (c) y los motivos por los cuales debe considerarse que el presunto infractor es culpable y que aquel actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Lo dicho materializa la necesaria interdependencia que debe existir entre la garantía de motivación y el principio de legalidad, y, al dar respuesta a exigencias que el ordenamiento jurídico impone a la justificación de ciertas decisiones, constituye un caso de congruencia argumentativa frente al Derecho como requisito para satisfacer la suficiencia de la motivación.
>
> **33.** Estos criterios para evaluar la suficiencia de la motivación en los procesos penales garantizan que únicamente las personas sean procesadas, juzgadas y condenadas por conductas penalmente relevantes, esto es, acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos,

[11] Ibídem, párr. 86.

descriptibles y demostrables; e impide que existan condenas arbitrarias e inmotivadas, como aquellas que se adoptan por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

[...] 40. Contrariamente a esto, se observa que el análisis contenido en la motivación de la sentencia de las autoridades de justicia impugnadas se centró mayoritariamente en el testimonio y prueba documental aportada por el acusador particular, así como en los testimonios de terceras personas. En esta línea la Corte Constitucional reitera la importancia de que en los procedimientos penales la motivación de los jueces de garantías penales que emitan una sentencia condenatoria, deberá expresar de manera clara los razones por las cuales considera que ha sido superada la duda razonable, dando respuesta (desvirtuando) a cada uno de los argumentos relevantes de defensa expuestos por el procesado.

[...] 42. En este contexto, **la Corte reitera que el análisis aquí expuesto no traduce la exigencia de algún criterio de corrección para la examinación del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación,** sino que exige como un elemento para medir la suficiencia de la motivación en decisiones penales condenatorias, el que haya existido un pronunciamiento por parte de las autoridades de justicia sobre la forma en que ha sido superada la duda razonable y desvirtuada la defensa del acusado o procesado (congruencia); así como, la explicación de la forma en la que la conducta del presunto infractor se ajusta a todos los elementos del tipo penal, con la explicación de los motivos por los cuales dicha conducta debe ser calificada como antijurídica y al presunto infractor como responsable.

6.56. De lo transcrito, es evidente que la Corte Constitucional en el caso en concreto analiza el cumplimiento de la garantía de motivación, en consideración de los criterios constitucionales y jurisprudenciales previamente establecidos, y delinea el estándar de suficiencia exigible en materia penal. En tal sentido, la sentencia No. 2706-16-EP/21 explica las exigencias constitucionales, legales y jurisprudenciales que deben observar los juzgadores al motivar sentencias penales.

6.57. Por lo dicho, en la motivación de una sentencia penal se debe observar los siguientes elementos: (i) una argumentación que explique los elementos probatorios que permitieron llegar a la convicción de que los hechos del caso concreto se adecúan al tipo penal acusado, (ii) que la conducta es antijurídica y (iii) que el procesado es culpable, elementos con los cuales se deberá justificar haber superado el umbral de duda razonable y desvirtuado los argumentos de defensa del procesado.

6.58. Respecto de los mencionados elementos que configuran el criterio de suficiencia de una sentencia en materia penal, es necesario también señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el principio de legalidad al determinar la responsabilidad penal y en relación con este, la motivación de las sentencias, señalando:

> 132. La Corte ha enfatizado que 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 el adecuamiento 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[12].

6.59. Ahora bien, explicados los elementos de suficiencia de motivación en las sentencias penales, se debe señalar que estos son exigibles, en términos generales, a las sentencias de primera instancia, lo cual además se adecúa a los requisitos determinados en el artículo 622 del COIP; pero además se debe tener en cuenta que las sentencias de recurso de apelación se sujetan a lo previsto en el numeral 6 del artículo 654, que señala: *"Finalizado el debate, la sala procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, anuncia su resolución en la misma audiencia."*

6.60. En definitiva, si bien el recurso de apelación es un medio de impugnación amplio, que permite la revisión de hechos y nueva valoración de prueba, así como la corrección de errores de hecho y de Derecho que existan

[12] Corte IDH. "Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Mohamed Vs. Argentina*, de 23 noviembre de 2012, párr. 132

en la sentencia de primera instancia, esto no implica directamente que le corresponde al Tribunal *Ad quem* realizar una auditoría completa de la decisión objeto de impugnación; sino que su actuación se centra en atender los fundamentos y alegaciones planteados por los sujetos procesales en audiencia.

6.61. En consideración de las exigencias normativas y jurisprudenciales señaladas, en el presente caso se debe verificar si el Tribunal *Ad quem* analizó las alegaciones planteadas por los sujetos procesales en sede de apelación. En este sentido, vale señalar que en el examen antes realizado en atención al argumento de incongruencia frente a las partes, se verificó que el Tribunal *Ad quem* contestó los argumentos presentados por el procesado.

6.62. Como se estableció antes, de la revisión de la sentencia impugnada se verificó que el Tribunal de apelación dio respuesta a las alegaciones presentadas por el procesado en dicha sede, explicando la prohibición constitucional de prisión por deudas, determinando los hechos que fija como probados, y cómo de estos hechos se concluye que el procesado es autor del delito de estafa y ratifica la sentencia de primera instancia, conclusión a la que arriba luego explicar los elementos del tipo penal y cómo se configuró el engaño.

6.63. En conclusión, el Tribunal *Ad quem* cumplió con las exigencias que el ordenamiento jurídico impone para la resolución del recurso de apelación, y en relación con lo señalado en la sentencia No. 270616-EP/21, se observa que el Tribunal realizó una argumentación que explica cómo los elementos probatorios le llevaron a su decisión, que la conducta es antijurídica y cómo se supera el umbral de duda razonable y la discusión sobre si los hechos son objeto de jurisdicción penal o civil, por lo que la motivación es suficiente; en tal razón, se rechaza el argumento de incongruencia frente al Derecho.

6.64. Desvirtuadas las acusaciones de que la sentencia impugnada contiene vicios de incongruencia frente al Derecho e incongruencia frente a las partes, el suscrito Tribunal determina que la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* cumple con la garantía constitucional de motivación, correspondiendo proseguir con el análisis de los otros cargos.

Sobre la indebida aplicación del artículo 186 del COIP

6.65. En este segundo cargo, el recurrente expresó que el Tribunal *Ad quem* de forma indebida aplicó los incisos primero y segundo del artículo 186 del COIP, cuando a su criterio correspondía aplicar el numeral 3 del artículo 5 ibídem, y en consecuencia ratificar su estado de inocencia. En fundamento de este cargo se señaló que el relato fáctico fijado por el Tribunal de apelación no se adecúa al tipo penal aplicado, al no explicarse cómo se indujo a error a la víctima, pues no se explica si esto fue al entregar cheques posfechados o en el momento de notificación de pérdida de los cheques.

6.66. Sobre el delito de estafa, la defensa técnica del recurrente señaló que la Corte Nacional en casos anteriores ha analizado el tipo penal y el elemento de error, mencionó como jurisprudencia indicativa la sentencia dictada en el proceso No. 01283-2015-03298, de 05 de octubre de 2020, y que en esta sentencia se realizó una casación oficiosa por principio de indubio pro reo y analiza la existencia de error, fijando una interpretación que considera el dolo tanto en el elemento intelectivo como en el volitivo.

6.67. Con lo dicho, se alegó que en el presente caso el Tribunal *Ad quem* no analizó si el dolo se dio al momento de entregar los cheques o cuando se notificó la pérdida de los cheques, debiendo considerar que el procesado no podía prever el hecho futuro de pérdida de la chequera; y, que tampoco se ha considerado el ánimo que tiene el procesado de pagar la deuda contraída con el acusador particular.

6.68. En referencia nuevamente a jurisprudencia indicativa, el procesado señaló que en el proceso No. 17252-2015-00190, al analizar el delito de estafa se determina que el artificio debe ser idóneo y suficiente para poder producir el engaño, pero que en el presente caso estamos ante la presentación de cheques pos fechados y de una notificación posterior de pérdida de la chequera; por lo que considera que no existe idoneidad para el engaño.

6.69. Por último, se hace referencia a una tercera sentencia, dictada en el proceso No. 23281-2017-00575, en que con hechos similares sobre la presentación de cheques sin firma del titular, se ratificó la inocencia de la persona procesada. Con esta referencia el recurrente solicitó considerar estos fallos anteriores, teniendo en cuenta que según la

sentencia No. 3059-19-EP dictada por la Corte Constitucional, son fallos auto vinculantes.

6.70. Expuesto lo anterior, se observa que el recurrente alega la existencia de un error de indebida aplicación, que consiste en un error de pertinencia, por el cual el juzgador selecciona para resolver el caso una norma que no es la correcta, dejando de aplicar la norma que sí corresponde; por tanto, al fundamentar este cargo el recurrente debe realizar una proposición jurídica completa, que identifique la norma indebidamente aplicada y aquella que considera debió aplicarse en su lugar.

6.71. Al respecto, se evidencia que el recurrente expresamente señaló que se aplicó de forma indebida el artículo 186 del COIP, y que en su lugar debía aplicarse el numeral 3 del artículo 5 ibídem. Luego, en fundamentación de este cargo el recurrente señaló en lo principal que los hechos que el Tribunal *Ad quem* fija como probados no se adecúan al tipo penal de estafa por no explicarse cómo se indujo a error a la víctima, si esto sucedió al entregar cheques posfechados o al notificarse la pérdida de los cheques.

6.72. Por haberse cuestionado la adecuación de los hechos al tipo penal, corresponde al Tribunal de casación verificar si en efecto existe un error de aplicación del artículo 186 del COIP, que establece el delito de estafa, infracción penal que es parte de los delitos contra el derecho de propiedad, cuyo tenor literal es como sigue:

> **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. [Negrilla añadida como énfasis][13]

6.73. Del inciso primero del artículo transcrito, se determina que en el delito de estafa tanto sujeto activo como pasivo no son sujetos calificados, por lo que cualquier persona puede cometer este delito y cualquier persona puede ser víctima del delito. En relación al verbo rector, este se configura en *"inducir a error"*, para lo cual se describe como acciones posibles la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, con la finalidad de que la víctima realice un acto que

[13] Ecuador Código Orgánico Integral Penal, con reformas publicadas a 30 de septiembre de 2015. No incluye reformas publicadas en Registro Oficial Suplemento No. 107, de 24 de diciembre de 2019.

perjudique su patrimonio o el de una tercera, y beneficie al sujeto activo o una tercera persona.

6.74. Luego, en varios numerales e incisos el legislador explica o desarrolla ciertos presupuestos de este delito, siendo relevante para el presente caso el segundo inciso, que consta seguido a los numerales, en el que se prevé que cuando el monto del perjuicio es igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, se sanciona con pena de siete a diez años, cuestión determinada en el presente proceso.

6.75. Explicada la configuración normativa de este tipo penal, se considera necesario recurrir a aspectos doctrinarios, al respecto Serrano Gómez y otros[14] señalan que el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio, y que existe unanimidad en señalar como elemento esencial de este delito el engaño, respecto del cual establecen: *"por engaño ha de considerarse cualquier representación distinta de la realidad, a modo de simulación o disimulación capaz de inducir a error [...] se equipara a artificio, trampa, ardid, astucia, treta, picardía, artimaña, mentira, etc."*

6.76. Por su parte, Edgardo Donna, respecto del tipo objetivo de estafa señala que este delito exige siempre la presencia de tres elementos fundamentales: fraude (ardid o engaño), error y disposición perjudicial; en cuanto al fraude, el mencionado autor establece que este diferencia a la estafa de otros delitos patrimoniales, lo define como la *"falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, [...] es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas."* [15]

6.77. Además, Donna señala que la doctrina ha identificado dos criterios para concebir este delito, un criterio limitado y otro amplio. En el primer caso, se exige que el sujeto activo ejecute ciertas acciones tendientes al engaño, que exista actividad encaminada a falsear la realidad, no siendo suficiente las palabras.[16] En tanto que, en el aspecto amplio señala:

> Frente a la posición anterior, se considera que para la existencia del delito de estafa es suficiente con cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima, sin que en todos los casos sea exigible el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior. Es decir, para estimar el carácter penal del fraude basta con que la conducta, aunque sólo se encierre en una mentira verbal, sea susceptible de engañar a la persona a la que va dirigida, o que el engaño no sea fácilmente verificable. Dicho de otro modo, cualquier forma de engaño es típicamente relevante, siempre que tenga la virtualidad de provocar el error de la víctima y causar un daño patrimonial.[17]

6.78. Ahora bien, en referencia a la jurisprudencia indicativa mencionada por la defensa del procesado, observamos que en efecto anteriores decisiones de la Corte Nacional de Justicia analizan los elementos descriptivos del tipo penal de estafa, y en forma coincidente con la doctrina en las sentencias dictadas en los procesos No. 01283-2015-03298[18], No. 17252-2015-00190[19] y No. 23281-2017-00575[20], se refiere que son elementos constitutivos del tipo penal el fraude (ardid o engaño), error y perjuicio patrimonial.

6.79. De la revisión de las referidas sentencias, se observa que en cada caso las decisiones valoran, como es lógico, el caudal fáctico de cada caso y la adecuación de los hechos concretos al tipo penal; por tanto, si bien las sentencias fijan criterios generales sobre el delito de estafa, las decisiones de cada causa no son en ningún sentido vinculantes para el presente proceso, pues en cada uno de ellos se está a los hechos particulares, y no determinan un criterio jurisprudencial de obligatoria aplicación.

6.80. Explicados aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, corresponde señalar que en el caso in examine, de la revisión de la sentencia impugnada se observa que el Tribunal *Ad quem* con claridad y de forma concreta

[14] Serrano Gómez et al, Curso de Derecho penal Parte Especial. 2da edición (Madrid: Editorial Dykinson, 2015), p. 289.
[15] Edgar Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001), p. 273.
[16] Ibídem, p. 275.
[17] Ibídem, p. 278.
[18] Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en Juicio No. 01283-2015-03298, de 5 de octubre de 2020.
[19] Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en Juicio No. 17252-2015-00190, de 5 de octubre de 2020.
[20] Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia" en Juicio No. 23281-2017-00575, de 16 de julio de 2019.

señala los elementos fácticos en que basa su decisión, y cómo estos justifican que ha existido un engaño por parte del procesado a la víctima, que a propósito de este engaño la víctima incurrió en error; y, que este error le produjo un perjuicio económico específico. Es decir, se cumplen los elementos esenciales del tipo penal de estafa.

6.81. En cuanto a la adecuación de los hechos al tipo penal descrito en el artículo 186 del COIP, resulta evidente que el procesado con el fin de obtener un beneficio económico para sí, indujo a error a la víctima para que entregue mercadería (balanceado para aves), perjudicando su patrimonio, y que el perjuicio supera el monto establecido en el inciso siguiente a los numerales del artículo en referencia, esto es, que el perjuicio es superior a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

6.82. En relación con el elemento engaño, el Tribunal *Ad quem* en el considerando cuarto de la sentencia impugnada establece lo siguiente:

> [...] convirtiéndose en un delito al probarse de la existencia de dolo consistente en la oferta engañosa de cubrir el valor de los cheques en tiempo posterior, hecho que nunca se iba a producir ya que [...] la pericia grafotécnica de las firmas de la giradora de los cheques, estableció que la firma no corresponde a la dueña de la cuenta [...] Lo que conlleva a su vez a establecer que hubo un acrecimiento patrimonial por parte del procesado producto de la oferta engañosa de pagar la mercadería con cheques falsificados su firma de girador y posterior prohibición de pago, luego de entregados los cheques, por pérdida de cheques por parte de la dueña de cuenta que es madre del procesado.

6.83. Conforme lo transcrito, es evidente que el Tribunal *Ad quem* determinó expresamente los hechos que fija como probados y que configuran el engaño, siendo estos dos principales: la presentación de cheques con firma que no corresponde a la titular de la cuenta, y la denuncia de pérdida de los cheques, cuestiones que señalan como actos que imposibilitan el pago de la mercadería entregada por la víctima al procesado, y que señalan como hechos constitutivos del engaño a la víctima, que además sería idóneo para inducir a error, el cual se configuró en un perjuicio económico.

6.84. Finalmente, vale señalar que en el último párrafo del considerando cuarto de la sentencia impugnada, se establece cómo los hechos probados explican la presencia o configuración del dolo en el actuar del procesado, y de esta manera se explica la concurrencia de las categorías del tipo penal.

6.85. Por todo lo señalado, el Tribunal de casación determina que, conforme los hechos que en sede de apelación se fijaron como probados, el Tribunal Ad quem en forma correcta aplicó el artículo 186 del COIP, al demostrarse la existencia de los elementos del tipo penal de Estafa; en tal razón, al no haber aplicado indebidamente dicho artículo, corresponde rechazar este cargo casacional planteado por el recurrente.

Sobre la contravención expresa del artículo 3 del COIP. Mínima intervención penal

6.86. En fundamentación de este tercer cargo casacional, el procesado señaló que el principio de mínima intervención penal determina que la intervención penal está legitimada cuando sea estrictamente necesaria para proteger los derechos de las personas, constituyendo el último recurso cuando los mecanismos extrapenales no son suficientes.

6.87. Al respecto, el recurrente expresó que en el considerando cuarto de la sentencia impugnada se tiene como hecho probado que entre procesado y víctima existía una relación comercial consistente en la compra de alimento balanceado para aves por un monto de cincuenta y siete mil dólares (57.000.00 USD), y que en pagó de esto se entregó once cheques con fecha de cobro noviembre y diciembre de 2015; y además, que por estos hechos se entregó facturas y las correspondientes retenciones, por lo que considera que la vía idónea para el cobro de dicho valor era un proceso civil sumario, o mecanismos alternativos de solución de conflictos como la mediación.

6.88. En relación al principio de mínima intervención, el procesado indicó que la Corte Nacional en sentencia dictada en el proceso No. 11313-2021-00379 determinó que mantener una condena ante la existencia de mecanismos menos gravosos torna la privación de libertad en arbitraria por incumplirse el principio de necesidad; y, que en el mismo sentido la Corte Constitucional en la sentencia No. 2706-16-EP/21 de 29 de septiembre de 2021 establece parámetros para que los jueces

penales puedan discernir si un caso se trata de jurisdicción civil o penal, debiendo analizar si la vía penal es la mejor para tutelar los derechos afectados, si la vía penal permite reparar integralmente los daños y si la imposición de una pena puede aportar a la rehabilitación del procesado.

6.89. Considerando los señalados parámetros, el procesado argumentó que en el caso se ha probado que existía una relación comercial entre él y el acusador particular por más de 11 años, que es padre de familia, que tiene dos hijos menores que dependen de él y que la pena privativa de libertad no aportaría para una supuesta rehabilitación social, por no haber cometido actos delictivos; y, que la vía civil resulta más eficiente para reparar los perjuicios patrimoniales causados por el no pago de la deuda. Por lo dicho, solicitó que se case la sentencia y se ratifique su estado de inocencia.

6.90. Por haberse fundamentado en debida forma este cargo procede su análisis, debiendo considerar que en relación al principio de mínima intervención penal la Constitución de la República en su artículo 195 determina que Fiscalía ejerce la acción penal pública con sujeción al principio de mínima intervención penal; y, en concordancia con ello, el artículo 3 del COIP establece: *"Principio de mínima intervención. La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales."*

6.91. De acuerdo con lo señalado, constitucional y legalmente el ejercicio del poder punitivo se legitima, es decir, se justifica siempre que se cumpla a su vez con una serie de principios que orientan el Derecho penal, principalmente el principio de necesidad, en virtud del cual este medio de control social es de *última ratio*, esto es, que debe ser empleado como último recurso de la sociedad para la protección de bienes jurídicos de las personas.

6.92. En relación con este principio, Ferrajoli encuentra como fundamento de la mínima intervención el principio de necesidad, en virtud del cual se puede acudir al poder punitivo como remedio extremo, considerando que: *"la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos"* [y con base en ello señala que] *[...] Es evidente el nexo de este principio con el de reserva de ley, que debería vetar o, cuando menos, obstaculizar la inflación penal, y, por otro lado, con la función, ya descrita, del derecho penal mínimo como ius necessitatis y de la pena como mal menor para quien la sufre y para la generalidad."* [21]

6.93. En tal sentido, el principio de mínima intervención orienta el sistema penal, y establece un límite para la actividad del legislador, de manera que no se podrá establecer que una conducta es merecedora de sanción penal, sino en los casos en que se consideren insuficientes otros mecanismos de control social, con lo cual se contiene el poder punitivo y se evita un uso excesivo y/o autoritario del ejercicio del castigo penal.

6.94. Considerando los señalados criterios, para atender el cargo casacional presentado es indispensable señalar que este principio no es de aplicación directa del juzgador, es decir, no puede un juzgador, ante hechos constitutivos de una infracción penal, decidir no aplicar una norma que sanciona una conducta punible.

6.95. Sin embargo, el propio COIP establece una excepción a dicha regla, configurando el principio de oportunidad previsto en el artículo 412, por el cual Fiscalía en los casos legalmente establecidos puede abstenerse de iniciar una investigación o desistir de la ya iniciada, principalmente cuando se trata de un delito menor y que no compromete gravemente el interés público ni vulnera los intereses del Estado. En este caso, el Fiscal debe solicitar al juez la aplicación del principio de oportunidad, y de ser aceptada, se declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.

6.96. En este caso, el recurrente argumentó que el Tribunal *Ad quem* contravino expresamente el contenido del artículo 3 del COIP, es decir, que dejó de aplicar el principio de mínima intervención penal, al inobservar que los hechos acusados no configuran el delito de estafa, sino que son un acto de comercio que debía ser resuelto en vía civil; y, además señala que se justifica que no existe necesidad de aplicar

[21] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), p. 465-6.

una sanción penal, por cuanto existe de parte del procesado la intención de pagar a la víctima lo adeudado, que tiene dos hijos menores de edad y que no existe necesidad de medidas de rehabilitación social.

6.97. Además, para fundamentar este pedido, el procesado solicitó que se considere lo que ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia No. 2706-16-EP/21 respecto del principio de mínima intervención, que en lo principal señala:

> 26. Esta Corte estima pertinente referirse a que, si bien los procesos civiles tienen un fin determinado, opuesto al fin que persigue el proceso penal, estos casos limítrofes exigen de los operadores de justicia un mayor esfuerzo a efectos de constatar si la activación del sistema penal permitirá, en comparación con la activación de la vía civil, (a) tutelar de una forma más eficiente y oportuna al bien jurídico protegido, (b) reparar integralmente los derechos de la víctima y (c) aportar a la rehabilitación social del presunto transgresor en caso de que lo necesitare. Si contrariamente, el operador judicial advierte que en la vía civil se pueden alcanzar estos fines de forma más efectiva y con una menor restricción de derechos, se deberá optar por esta última.
>
> 27. Sin perjuicio de lo expuesto, la **Corte analiza que el ejercicio racional contemplado en el párrafo precedente demanda de un control integral de las piezas procesales, bajo estándares infra constitucionales de normativa penal y civil, lo cual incluye la valoración de los insumos probatorios aportados por las partes;** atribuciones que escapan del ámbito de competencia de la Corte Constitucional en las garantías jurisdiccionales de acción extraordinaria de protección. En esta línea, esta Corte ya se ha pronunciado manifestando: "Tampoco compete al Pleno de la Corte Constitucional realizar valoración fáctica hecha por los [sic] de las pruebas presentadas por el legitimado activo (…), ya que este Organismo ha manifestado en varias ocasiones que la valoración o apreciación de la prueba constituye un asunto de legalidad que no forma parte del ámbito material de procedencia de la acción extraordinaria de protección". Además de que, excepcionalmente, cuando el caso proviene de garantías jurisdiccionales existe la posibilidad de revisar el mérito del proceso de origen, lo cual no ocurre en el presente juicio penal.
>
> 28. Por consiguiente, esta Corte rechaza el cargo de la accionante sobre una presunta violación del derecho al debido proceso en la garantía del juez competente, en tanto que el análisis requerido sobrepasa el ámbito de competencia de la Corte Constitucional en acciones extraordinarias de protección. [Negrilla añadida como énfasis]

6.98. Conforme lo transcrito, es evidente que la Corte Constitucional establece un criterio jurisprudencial con base al cual se exige al juzgador identificar si los hechos corresponden a un asunto de jurisdicción civil o penal en los casos limítrofes; pero en consonancia con lo antes señalado, esta revisión debe considerar los elementos fácticos del caso en concreto, pues de encontrarse el juzgador frente a la existencia clara de los elementos descriptivos del tipo penal, lo que corresponde es que aplique la sanción legalmente prevista, sin que sea posible de forma arbitraria decidir no imponer sanción ante la constatación del delito.

6.99. Como se ha dicho de forma reiterada en líneas anteriores, en el presente caso la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* ha señalado de forma clara y concreta que los hechos que considera como probados justifican que la actuación del procesado se adecúa a los elementos descriptivos del tipo penal, por lo que la consecuencia jurídica es la imposición de la sanción legalmente prevista.

6.100. Explicadas estas cuestiones, se advierte que este segundo cargo casacional planteado por el recurrente confunde la indebida aplicación del artículo 186 del COIP con contravención expresa del artículo 3 del COIP, pues en definitiva la pretensión del recurrente es que se declare que no se han justificado los elementos del tipo penal y que por tanto no corresponde aplicar la sanción penal, sino ratificar la inocencia del procesado.

6.101. Por lo dicho, el Tribunal *Ad quem* no ha contravenido expresamente el contenido del artículo 3 del COIP, correspondiendo rechazar este cargo casacional; y, al haberse descartado las alegaciones de nulidad y los cargos casacionales, en consecuencia se debe declarar improcedente el recurso.

6.102. Finalmente, en ejercicio de la facultad de casación oficiosa prevista en el numeral 6 del artículo 675 del COIP, en consideración de las alegaciones planteadas por el recurrente el suscrito Tribunal revisó la sentencia impugnada, determinando que no existen errores de Derecho que ameriten casar de oficio la misma.

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, por unanimidad resuelve:

1. DECLARAR improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado CARLOS ANTONIO ESPÍN NEGRETE, señalando además que no existen errores de Derecho que ameriten casar de oficio la sentencia impugnada.

2. DISPONER que una vez se encuentre ejecutoriada la presente sentencia, el proceso sea devuelto de forma inmediata al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

f) DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. PABLO FERNANDO LOAYZA ORTEGA **CONJUEZ NACIONAL** DR. IVÁN PATRICIO SAQUICELA RODAS **JUEZ NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

El procesado interpone recurso de casación alegando (i) vulneración de la garantía de motivación, (ii) indebida aplicación del artículo 186 del COIP y (iii) contravención expresa del artículo 3 del COIP. Por haberse fundamentado la alegación y cargos casacionales, el Tribunal analiza la sentencia impugnada y determina que la misma cumple con la garantía constitucional de motivación, que no se ha aplicado de forma indebida el artículo 186 del COIP, y que no se ha vulnerado el principio de mínima intervención penal; por tanto, se declara improcedente el recurso interpuesto. De la revisión de la sentencia además se establece que no existen errores de Derecho que ameriten casar de oficio la misma.

IX
Juicio Nro. 12333-2020-00277
Fecha: martes 30 de abril 2024, las 15h04

TEMA: El delito de tránsito que ocasiona una muerte culposa, es de carácter pluriofensivo.

SÍNTESIS

Este Tribunal de cierre estimó erradamente fundamentado el recurso interpuesto del casacionista, quien reclama ser admitido como parte procesal a lo largo del proceso, sin haber sido aceptado. Advierte este Tribunal además que: el delito de tránsito que ocasiona una muerte culposa, es de carácter pluriofensivo, pues ataca a más de un bien jurídico protegible; y, en este sentido, el casacionista ha surgido como víctima indirecta de tal infracción, y, por otro lado, que el ámbito de la victimología se amplificó significativamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, sobre todo, a partir de la promulgación de la CPE (2008), sistematizado con la vigencia del COIP (2014), en sus artículos 11 (derechos de la víctima) y 441 (ámbitos de la víctima para efectos de aplicación de las normas del COIP), entre otros aspectos, porque la víctima dejó ser considerada únicamente el titular del bien jurídico protegido, expandiéndose hacia víctima indirecta como consecuencia de la infracción, tal como prevé el numeral 1 del citado artículo 441 del COIP . Por consiguiente, de oficio, se casa la sentencia de alzada, por contravención expresa del numeral 1 del artículo 441 del COIP ordenándose el pago de la reparación integral respectiva.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 12333-2020-00277

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 30 de abril del 2024, las 15h04.

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, constituido en órgano judicial de casación e integrado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional y Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (e), dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 12333-2020-00277:

I. ANTECEDENTES:

1. El 18 de abril de 2022, las 14:00, el juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Vinces, provincia de Los Ríos, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Jairo Lorenzo Flores Peralta, por considerarle autor del delito de muerte culposa, tipificado y sancionado en el artículo 377, inciso segundo, numeral 5, del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en tal virtud considerando la agravante descrita en el numeral 3 del artículo 374 *ibídem*-, le impuso la pena privativa de libertad de cuarenta meses, suspensión de su licencia de conducir, multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.7 *ejusdem*; y, a manera de reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, el pago de USD. $ 15.000 a favor de la víctima.

2. Inconformes con la decisión del *a quo,* tanto el señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, en su calidad de acusador particular, como el procesado interpusieron recursos de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos.

3. El 28 de septiembre de 2022, las 16:28, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, rechazó los recursos, confirmó la sentencia subida en grado; sin embargo, la reformó, declarando improcedente a la acusación particular presentada por el señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, y, bajo tal supuesto,

dispuso que la reparación integral fijada se deberá entregar a quien justifique ser víctima.

4. Respecto del fallo del *ad quem*, el acusador particular 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 15 de abril de 2024, a partir de las 16:00.

II. COMPETENCIA:

6. La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

7. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 008-2021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 04-2021, de 19 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional y Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (e), quien actúa por licencia concedida a la abogada Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional.

III. VALIDEZ PROCESAL:

8. El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 del COIP, en concordancia con el artículo 76.3 de la CRE, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal de cierre declara su validez.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN Y RÉPLICA:

4.1. Fundamentación del recurso:

9. El abogado Enrique Avilés Morán, en representación del acusador particular recurrente Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, manifestó que:

> Fundamento el recurso de casación propuesto de la siguiente manera, la sentencia recurrida es la dictada por los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en el cantón Babahoyo, fallo que dictaron el 28 de septiembre de 2022 y fue notificado el 29 de septiembre del mismo año, dentro del proceso No. 12333-2020-00277, seguido por la fiscalía del cantón Vinces, representada por el fiscal Manuel Álvarez Peña y el acusador particular Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, en contra del procesado y sentenciado Jairo Lorenzo Flores Peralta, mediante la cual, confirman la sentencia venida en grado, en lo referente a la pena de 40 meses de privación de libertad, impuesta por el juez de primer nivel y suspendida condicionalmente, pero la reforman en lo relacionado a la reparación integral de la víctima que decretó el juez *a quo*, estableciendo el pago de USD. $ 15.000, en aproximación a lo determinado en el artículo 369 del Código de Trabajo (CT), a favor del acusador particular Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, a quien eliminan como víctima y con ello hacen inejecutable lo que prescribe el artículo 631.7 del COIP, como requisito para que proceda la suspensión condicional de la pena, esto es la reparación integral a la víctima, violando de forma flagrante la ley, por haberla interpretado erróneamente. La determinación específica de la parte que se ha violentado en la sentencia impugnada donde se encuentra el error de derecho, es en la parte considerativa y decisiva de la sentencia donde se ha violentado el artículo 441 del COIP, ocurre eso, cuando los jueces del tribunal interpretan erróneamente el contenido del referido artículo, específicamente, en su numeral 1 que señala, que las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derecho que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien ajeno de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción, y, el numeral 6 que señala, que tiene derecho a ser considerado como víctima, el Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción. Los jueces de primer nivel en la parte de la sentencia, que se ha producido el error de derecho esto es, en el numeral 7.2.3.2, respecto a la reparación integral de la víctima, cuando señalan, respecto al fallecido Fausto Gerardo Yépez Muñoz, el pago de USD. $ 15.000, esto en aproximación a lo determinado en el

artículo 369 del CT vigente para las muertes accidentales en materia laboral y ante lo expresado acudimos, dice la sala, artículo 441 del COIP que nos dice: se consideran víctimas para efectos de la aplicación de las normas de este código, como ya lo indiqué, las personas naturales, jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta, y, en el numeral 6, el Estado. Esa disposición legal transcrita, dice la sala, debemos examinar primeramente si el acusador en este proceso, tiene las condiciones antes expresada y encontramos que el mismo manifiesta ser sobrino de la víctima directa del incidente, y fallecido, para justificar su condición de víctima y de acusación particular de la foja 47, manifiesta en el ordinal tercero, justificación de la condición de víctima, como denunciante del delito de tránsito que fue víctima mi tío, que en vida se llamó Fausto Gerardo Yépez Muñoz, con las copias de cédula de ciudadanía, certificado de votación anexo, el juez no acepta la acusación porque manifiesta en la foja 53 que no cumple con la acusación, por el numeral segundo del artículo 433 y numerales 3.4 y 5 del COIP, lo que es correcta la negativa del juez, dice la sala. Luego, anexa un escrito con copia de fe de bautismo y copia de cédula, donde indica que es hijo de una hermana del occiso, documentos que no revisten en calidad de válidos para justificar la condición de víctima de quien dice ser sobrino del fallecido en el accidente de tránsito. Continúan diciendo, se define como parentesco al lazo que se constituye a raíz de la consanguinidad, adopción y matrimonio, que está basado en el efecto genuino, se trata, por lo tanto, de relaciones que puedan desencadenarse por factores biológicos y así narrando la forma de la línea recta de herederos y concluye, entonces, por lo analizado, los sobrinos no están dentro del segundo grado de consanguinidad como lo exige el artículo 441.3 del COIP, por lo que la acusación particular no es procedente, mal podía, dicen, el juez *a quo* aceptar a trámite dicha acusación, le llaman la atención al juez indicando, que la reparación integral fijada por el juez *a quo* debe ser pagada a la persona o personas que en su momento respectivo justifiquen la calidad de víctima. Como hemos señalado, indican en esta sentencia que el recurrente Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, no tiene, o no ha probado conforme a derecho, tener la calidad de heredero, tampoco está comprendido entre las personas que podían presentar acusación particular, como lo hemos expresado, con eso ocurre que le causan un agravio al acusador particular, al eliminarlo como acusador y también como víctima, desconociendo de forma ilegal que el acusador particular es el sobrino de la persona que fue víctima del accidente tránsito que nos motiva en esta audiencia, que es una persona inmersa o catalogada dentro de los grupos vulnerables por ser una persona de 68 años de edad, y, por ende, de la tercera edad, que debe recibir atención prioritaria de parte de las autoridades competentes que representan el Estado, y, por eso, tiene que considerárselo como la víctima en este caso, digna de recibir la liquidación que corresponde, porque así lo señalan los artículos 35, 36 y 75 de la CRE, porque la persona que sufrió el irreparable daño fue el que perdió a su tío que era como su padre, y cómo puede decirse que no ha sufrido un irreparable daño a un bien jurídico que no puede ser otro que la vida de su extinto tío. Ahora, la explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho sobre la parte dispositiva de la sentencia, es la errónea interpretación del artículo 441 del COIP, influyó de manera determinante en la decisión final del caso en segunda instancia, cuando en el contenido en la sentencia, en la parte final o decisiva, la sala concluye dejando sin efecto la acusación particular, perjudicando a mi cliente, descalificándolo como víctima y con eso han lesionado el principio a la seguridad jurídica, a la tutela efectiva e imparcial de los derechos de los ciudadanos y le quitan la posibilidad de que pueda ser indemnizado y también eso ustedes deben observar. Y, en el caso de que fuera procedente que se elimine al acusador particular, alguien debe ser reparado en este caso, el artículo 631.7 del COIP señala el derecho a reparar integralmente a la víctima y lo señala como una de las condiciones que el procesado y sentenciado fue beneficiado con la suspensión condicional de la pena, y al fallar de esa manera la sala, ha hecho inejecutable esa parte de la sentencia. Por lo que, sus Autoridades,

al margen de que pueda establecerse que ha sido fundamentado de manera ecuánime o no el recurso de casación, tengan en cuenta y consideren lo que señala el artículo 657.6 del COIP, esto es, si se observa que la sentencia se ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se admitirá. Por lo tanto, solicito declaren procedente del recurso de casación propuesto y reformen la sentencia venida ante ustedes por casación, habilitando como acusador particular al recurrente.

4.2. Fiscalía General del Estado (FGE):

10. El abogado Wilson Espín Rosales, en representación de FGE, dijo que:

Hemos escuchado atentamente el argumento del recurso, se ha legado un cargo de errónea interpretación del artículo 441.1 y 6 del COIP, básicamente, con la pretensión de que se revoque la sentencia de segunda instancia y que se otorgue la calidad de víctima y de acusador particular, a fin de que, sea beneficiario de la reparación integral que ha sido reformada en segunda instancia al eliminar la calidad de víctima, del sobrino de la víctima Gilberto Esteban Rodríguez. En primer lugar, con atención al principio de objetividad, lealtad procesal, la fiscalía no ha sido recurrente en el presente caso, sin embargo, es menester también establecer que más allá de las omisiones técnicas del presente recurso, conforme el parágrafo 30 de la sentencia 76815-EP del 2 de diciembre de 2020, emitida por la CCE, la acusación particular puede interponer algún recurso siempre y cuando tenga como alcance las cuestiones relacionadas a la reparación integral. Entendemos que, el afán del recurrente ha sido justamente ser beneficiario de la reparación integral y por tanto no estaría inmerso en la prohibición del *non reformatio in peius*, conforme el fallo anotado. Más aún de las deficiencias técnicas, cuando se ha solicitado la errónea interpretación del artículo 441.1 y 6, se detecta que en la sentencia no han sido aplicados estos numerales, sino más bien el numeral 3 de este artículo. Por lo dicho, solicito que sea analizada esta pretensión, sin tener nada más que pronunciar.

4.3. Contradicción:

11. El abogado Carlos Cárdenas Martínez, en representación del procesado no recurrente Jairo Lorenzo Flores Peralta, sostuvo que:

He venido escuchando lo dicho por el recurrente y también por la fiscalía quien nos ha confirmado que por lealtad procesal no es recurrente, pues justamente el artículo 656 del COIP, nos dice de forma clara que, por contravenir expresamente a su texto, por haber hecho una indebida aplicación de ello o por haberla interpretado erróneamente. De lo que ha escuchado esta defensa técnica, justamente, en relación con lo manifestado, el mismo recurrente indica que no se ha justificado la condición de víctima, cuando esto es obligatorio, lo que no se les ha explicado a ustedes de que salieron como 5 o 6 personas distintas a reclamar esta situación, lo cual, se debía haber justificado en su debido momento la condición de víctima. La defensa técnica del recurrente nunca justificó realmente la parte clara de quién es la víctima, así lo han dicho ya en instancias anteriores. Lo manifestado por fiscalía, en cambio, en el asunto de que se ha hecho una errónea interpretación del artículo 441.1 y 6, indica cuáles son exactamente las condicionantes para poder ser víctima, y para poder explicar esto, esta defensa técnica se pregunta si nosotros realizamos el pago al señor Fausto Gerardo Yépez y después salen otras personas en el que también quieren hacer el reclamo, nosotros nos veríamos en indefensión, en este sentido, lo que sí tiene que quedarse claro es de que mi representado el señor Flores Peralta Jairo Lorenzo recibió una condena de 40 meses, se acogió a la suspensión condicional, la cual, lo está cumpliendo y también la reparación integral, mientras que se justifique realmente quién es la víctima habrá que hacer la reparación. Por eso, incluso se hizo la solicitud a la defensa técnica de que indique con claridad meridiana quién es la víctima, porque en el proceso se demostró de que el señor Fausto Gerardo Yépez dejó salir a una persona que estaba bajo cuidados de que no se le podía dejar transitar solo, sin embargo, se perdió esa parte. En ese sentido, esta defensa técnica, no ha visto ni que se haya contravenido el texto, ni que haya habido una indebida aplicación o de haberla interpretado erróneamente. Por lo cual, esta defensa técnica solicita a ustedes, se deseche esta petición de casación de la parte accionante.

4.3. Réplica:

12. La defensa técnica de la acusación particular recurrente afirmó que:

> Solamente ratificarme en lo expresado en cuanto a la fundamentación del recurso de casación, ratificándole que se ha interpretado erróneamente el artículo 441, que mi defendido sí ha justificado la condición de víctima.

V. PROBLEMA JURÍDICO:

13. Verificar si en la sentencia de segunda instancia, se ha vulnerado el artículo 441.1 y 6 del COIP que tiene relación con las circunstancias de las víctimas para efectos de aplicación de las normas del COIP, bajo la causal de errónea interpretación.

VI. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

6.1. Sobre el recurso de casación:

14. 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.

15. El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

16. El segundo escenario del error *in iudicando,* tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

17. En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la 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.

18. Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el invocado artículo 656 del COIP.

19. Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta, correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.

6.2. Sobre el caso en concreto:

20. El acusador particular recurrente Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, a través de su defensa técnica, al fundamentar el recurso, a manera de única pretensión casacional, acusó la siguiente:

- Errónea interpretación del artículo 441.1 y 6[1] del COIP, bajo el argumento relativo a que el *ad quem*, lo marginó tanto acusador particular, como víctima, y, en este sentido, dejó inejecutable el *ítem* de la reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, que había sido dispuesta por el *a quo*.

[1] COIP: Art. 441.- Víctima. - Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas: (…) 1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algun daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción. (…) 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.

21. Al respecto, este Tribunal de cierre puntualiza que el reparo expuesto *ut supra*, a primera vista, se ajusta a una de las causales de casación previstas en la ley, esto es a la errónea interpretación, la cual, acaece cuando el juzgador selecciona correctamente la norma y la adecua al caso concreto, sin embargo, yerra cuando, al interpretar el precepto, le atribuye un sentido que no tiene, o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido. Así, para que prospere tal causal, como demanda casacional, el impugnante debe justificar que el juzgador ha confundido el sentido y alcance de la norma aplicada.

22. No obstante lo anotado, luego de la revisión prolija del fallo impugnado, se advierte que, el *ad quem*, en el apartado 7.2.3.2 del mismo, razona y analiza tanto términos y alcances, únicamente del numeral tercero del artículo 441 del COIP, sin que se detenga a cavilar acerca del contenido de los numerales 1 y 6 que fueron aludidos como vulnerados por el recurrente del citado artículo. En este sentido, discurre sobre el artículo 22 del Código Civil, entre otros aspectos, y, concluye que los sobrinos no están dentro del segundo grado de consanguinidad, como le exige el artículo 441.3 del COIP, que dice: "La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior".

23. Ahora bien, este Tribunal de casación concluye que, la argumentación desplegada por el censor, no logró acreditar que el juzgador de alzada confundió el sentido y alcance de lo preceptuado en los numerales 1 y 6 del artículo 441 del COIP, porque ni siquiera los seleccionó para el caso en concreto, y, por tanto, menos podía establecer la manera correcta de inteligenciar tales numerales.

24. Por consiguiente, la única censura casacional al estar exenta de fundamentación técnica, debe ser rechazada, y, por ende, el recurso *in examine*, deviene en improcedente.

6.3. Casación ex oficio:

25. La denominada "casación oficiosa opera como una excepción al principio de limitación que regula el ejercicio de la casación ordinaria" de ahí que, en cuanto a la casación de oficio, hay que remitirse al artículo 657.6 COIP, que señala "Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurso sea equivocada, de oficio se la admitirá".

26. Sobre la base legal que precede, dentro del rol de este Tribunal de casación, como un órgano de control de la juridicidad de los fallos de alzada y de subsanador en el caso de existir, de los yerros jurídicos del mismo, se estima necesario acotar que en el sub iudice, lo que se ha puesto de manifiesto, es la contravención expresa del numeral 1 del artículo 441 del COIP, modalidad que tiene lugar, cuando dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador por error sobre la existencia de la norma jurídica que corresponda, deja de aplicarla por olvido o desconocimiento, convencimiento de su derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso en concreto.

27. En efecto, este Tribunal de Cierre observa que existe un error de omisión en la sentencia recurrida, pues el juzgador de alzada ha estimado que no es aplicable al caso en concreto lo previsto por el artículo 441.1 del COIP, y, de esta manera, ha declarado improcedente la calidad de acusador particular y víctima del sobrino Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, sin tomar en cuenta que el mismo quien se ha presentado en todas las fases y etapas del proceso penal, tiene la calidad de víctima indirecta, como consecuencia de la infracción, al haber sido su tío quien falleció, por el accidente de tránsito.

28. Así las cosas, el *ad quem* también ha pasado por alto, por un lado que, el delito de tránsito que ocasiona una muerte culposa, es de carácter pluriofensivo, pues ataca a más de un bien jurídico protegible, a la sazón: la seguridad vial y la vida, y, en este sentido, el sobrino Gilberto Rodríguez Yépez, ha surgido como víctima indirecta de tal infracción, y, por otro lado, que el ámbito de la victimología se amplificó significativamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, sobre todo, a partir de la promulgación de la CRE (2008), lo cual, fue sistematizado con la entrada en vigencia del COIP (2014), en sus artículos 11 (derechos de la víctima) y 441 (ámbitos de la víctima para efectos de aplicación de las normas del COIP), entre otros aspectos, porque la víctima dejó ser considerada únicamente el titular del bien jurídico protegido, expandiéndose hacia víctima indirecta como consecuencia de la infracción, tal como prevé el numeral 1 del citado artículo 441 del COIP e inclusive hacia segmentos más amplios como hacia el Estado, y, personas jurídicas del sector público y privado, como pregona el numeral 6 del artículo invocado.

29. Por lo demás, este Tribunal de cierre tampoco puede dejar de señalar que, la decisión del juzgador de segunda instancia -al declarar improcedente la acusación particular presentada dentro del *sub lite-,* dejaría en condición de inejecutabilidad a la reparación integral, no solo en su esfera de la indemnización, sino como derecho mismo de la víctima, pues además, tal indemnización constituye una de las condiciones que fijó el *a quo* para que se cumpla la suspensión condicional de la pena.

30. En este orden de planteamientos, el yerro en el fallo de segunda instancia se encuentra en el numeral 7.2.3.2 y en el acápite "IV DECISIÓN", los mismos que se transcriben a continuación en sus partes pertinentes:

> (…) Entonces por lo analizado los sobrinos no están dentro del segundo grado de consanguinidad como lo exige el Art. 441 numeral 3 del COIP, por lo que la acusación particular no es procedente, mal podía el Juez a quo aceptar a trámite dicha acusación. Se le llama la atención al Juez a quo por aquella actuación indebida. Entonces, la reparación integral fijada por el Juez a quo debe ser pagada a la persona o personas que en su momento respectivo justifiquen la calidad de víctima, ya que como hemos indicado en esta sentencia el recurrente GILBERTO ESTEBAN RODRIGUEZ YEPEZ, no tiene o no ha probado conforme a derecho tener la calidad de heredero y tampoco está comprendido dentro de las personas que podían presentar acusación particular como lo hemos expresado.
>
> (…)
>
> **IV DECISIÓN**
>
> (…) **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** confirma la sentencia venida en grado pero la reforma en cuanto a que no es procedente la acusación Particular, presentada por GILBERTO ESTEBAN RODRIGUEZ YEPEZ. Y que el monto de reparación integral fijado se le deberá entregar a quien en el momento de ejecución de la sentencia, justifique ser víctima, conforme al art. 432 numerales 1y 441 N° 1 Y 3 del COIP. (sic.)

31. A partir de la cita transcrita, se denota claramente el error *in iudicando* en el que ha incurrido el juzgador de apelación, al no considerarle al señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, como víctima indirecta, sin discurrir que se han cumplido con los presupuestos establecidos en el numeral 1 del artículo 441 del COIP, el mismo que no solo es sobrino, de quien en vida se llamó Fausto Gerardo Yépez Muñoz, sino también quien presentó en el momento procesal oportuno, acusación particular y ha actuado dentro de todas las etapas del presente proceso penal.

32. Por consiguiente, de oficio, se casa la sentencia de alzada, por contravención expresa del numeral 1 del artículo 441 del COIP, al no haberse considerado como víctima indirecta al señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, y, en consecuencia, este Juzgador pluripersonal de esta Alta Corte, en su actividad oficiosa, de carácter correctiva, establece que la reparación integral de USD. $ 15.000, ordenada por el juez de primera instancia, en el numeral 7, como parte de la suspensión condicional de la pena, deberá ser cancelado en el tiempo que se determina en la sentencia de primer nivel, a la víctima indirecta, esto es, al sobrino del fallecido, el señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez.

VII. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al tenor de lo previsto por el artículo 657.6 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:

1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, en su calidad de acusador particular, por falta de fundamento jurídico;

2. Casar –ex oficio- la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2022, las 16:28, por la SalaMulticompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, por contravención expresa del numeral 1 del artículo 441 del COIP; y,

3. Establecer como reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, la cantidad de USD. $ 15.000, la misma que deberá ser cancelada a la víctima indirecta, esto es al sobrino del fallecido, el señor Gilberto Esteban Rodríguez Yépez, en el tiempo y la condiciones que fueron señaladas en el fallo expedido el 18 de abril de 2022, las 14:00, por el Juez de la Unidad

Multicompetente, con sede en el cantón Vinces, provincia de Los Ríos.

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. CARLOS VINICIO PAZOS MEDINA **CONJUEZ NACIONAL** DR. IVÁN PATRICIO SAQUICELA RODAS **JUEZ NACIONAL**

Gaceta Judicial

Número 9 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09330-2019-00503*
Fecha: *martes 6 de febrero del 2024, a las 14h32*

TEMA: Visto bueno por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia del trabajador Art. 172 CT.

SÍNTESIS

De conformidad con el artículo 172 del Código del Trabajo en el numeral 1, para que opere el Visto Bueno contra el trabajador por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia del trabajador; estas deben ser, por un lapso mayor a 3 días; y, adicionalmente, deben ser dentro del mismo período mensual de labores. Cuando en la norma, se aduce a periodo mensual, se refiere a aquellas faltas que se hayan realizado dentro de cualquiera de los meses que tiene el año, no dentro de un periodo de 30 días. La Sala de casación no casa el fallo recurrido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09330-2019-00503

Juez Ponente: Dr. Alejandro Magno Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL Quito, martes 6 de febrero del 2024, a las 14h32

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, competente para conocer el presente proceso se encuentra conformado por: el doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional Ponente, la doctora, María Consuelo Heredia, Jueza Nacional; y, la doctora María Gabriela Mier[1], Conjueza Nacional, que actúa por licencia concedida a la doctora Enma Tapia Rivera, quienes dictan sentencia en la causa N° 09330-2019-00503:

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.1. En la demanda presentada **Paola Katerine Rojas Cox** en contra de **GLENIA Elizabeth Zambrano Zambrano** y **Vivian Elsie Guerrero Ferber** en calidad de Gerente General y Directora respectivamente de la **Compañía BANANA LIGTH, BANALIGHT C.A.**; y por sus propios derechos señala que la entidad empleadora ha presentado un visto bueno sin sustento motivacional alguno para terminar la relación laboral y solicita se le cancele los rubros correspondientes a: decimotercera y decimocuarta remuneraciones, vacaciones, bonificación por desahucio, bonificación por despido intempestivo, remuneraciones no canceladas y su triple de recargo, costas, intereses y honorarios de su defensa.

1.2. El juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Durán, en decisión de fecha 22 de septiembre del 2021, resuelve aceptar parcialmente con lugar la demanda propuesta.

1.3. Inconforme con esta decisión, la actora apela la sentencia, mientras que la parte demandada se ha adherido a este recurso presentado por la actora, 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 Guayas.

1.4. El tribunal de Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en sentencia de fecha 31 de enero del 2022, acoge parcialmente el recurso de apelación planteado por la actora, reformando la sentencia venida en grado.

1.5. En virtud de la resolución emitida, la parte demandada interpone recurso de casación, señalando errónea interpretación de los Arts. 172 numerales 1 y 2; y, Art. 183 del Código del Trabajo; al amparo del caso 5 del Art. 268 del COGEP.

1.6. En auto de 25 de octubre del 2022, la señora doctora María Gabriela Mier, Conjueza Nacional, admite a trámite el recurso de casación planteado.

[1] ACTA DE SORTEO de 23 de noviembre de 2023, a las 11h32, suscrito por el Dr. Ivan Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y, la Dra. Isabel Garrido Cisneros , Secretaria General.

1.7. Sorteado el tribunal de casación, se instaló la audiencia de fundamentación del recurso de casación el día 22 de diciembre de 2023, a las 09h00; reinstalándose el día 19 de enero de 2024, a las 09h00; y, encontrándose en estado de motivar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

2.1. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 02-2021 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por los sorteos de ley que obran a fs.15 del cuaderno de casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1. 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.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en el COGEP. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel que:

> […] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal […] Por lo tanto, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo […] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas [2].

4.2. Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto tribunal de la justicia ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4.3. FUNDAMENTO DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA: La parte accionada fundamenta su recurso bajo los siguientes cargos:

> *"(…) Con relación al Numeral 5, del artículo 268 del COGEP, en el cual se funda el recurso de casación interpuesto por la compañía BANALIGHT S.A. y respecto al cual su Autoridad solicita aclarar y/o completar; me permito manifestar los siguientes: La norma de derecho sustantivo que se ha lesionado corresponde a la establecida por el Artículo 172, numeral 1 del Código de Trabajo; que claramente establece: Causas por la 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. AL TRABAJO o por abandono de este por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa, y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un periodo mensual de labor" (…) Si revisamos gramaticalmente, podemos observar dos causales en el numeral 1, del Art. 172, Código de Trabajo, separadas por la conjunción disyuntiva "o" que tienen características y condiciones diferentes, siendo por ello que hay error en la interpretación de esta norma, puesto que el visto bueno se siguió fue por "Faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia" es decir faltas que reúnen una doble calidad repetidas e injustificadas, o sea que se produjeron repetidamente (4) y en un determinado lapso de tiempo (entre el 27 de mayo y el 25 de junio de 2019). Es por ello, que, en la Sentencia, el tribunal de mayoría realiza una errónea interpretación del Articulo 171, numeral 1 del Código del Trabajo; que, a pesar de transcribirlo, analiza con los parámetros de la otra causal de la misma norma., Al efecto llama la atención el pronunciamiento del Tribunal a- quem de mayoría al sostener en el considerando DUODÉCIMO literal b.-) que, al existir*

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, "Teoría y Técnica de la Casación", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13

el cometimiento de cuatro faltas de asistencia al trabajo, la falta cometida en el mes de mayo no se la puede considerar en el mes de junio, y por ende para los Magistrados no hay ¡inasistencias consecutivas (…) Indebidamente se declara por parte de la Sala Laboral de Guayas -mayoría-, la ineficacia del VISTO BUENO concedido por una Autoridad de Trabajo, no obstante que se demostró fehacientemente la causal en la cual se fundamentó la misma (Numeral 1 del Art. 172 CT. Incurre en error el tribunal a-quem al interpretar el numeral 1, del artículo 172 del código de la materia, en que la acción de visto bueno objeto de estudio no se debe considerar como consecutivas las faltas de asistencia al trabajo, una cometida en el lapso de los 30 últimos días, esto es (27 de mayo) y las otras tres cometidas el (3, 10 y 25 de junio de 2019), por lo que según dicen, no se adecúa la institución del numeral 1 del artículo 172 del Código de Trabajo por cuanto dichas faltas (4) no se produjeron dentro de un periodo mensual de labor (…) Los jueces de segunda instancia al momento de analizar la impugnación de la resolución de visto bueno, realizan "particulares y subjetivas interpretaciones" del numera! 3 del artículo 172 del Código del Trabajo, y con su errada interpretación pretenden crear nuevas condiciones o requisitos para esta normativa sustantiva, al remitirse a la definición de "periodo" verificando el Diccionario de la Real Academia Española. Al tratarse de está causal "FALTAS REPETIDAS DE PUNTUALIDA O DE ASISTENCIAAL TRABAJO" a más del doble requisito de retiración e justificación de las faltas de asistencia o puntualidad, que para nada lo consideran, para formar su criterio la Autoridad de Trabajo o judicial para formar su juicio debe analizarlo, cotejándola con las condiciones del Contrato de Trabajo, lo dispuesto en el Reglamenta interno de Trabaja, y con las costumbres del lugar de trabajo e industria. de que se trate, ¿En qué lapso de tiempo deberá repetirse la falta de asistencia o de puntualidad? Acaso como criterio de equidad, podría ser el plazo de prescripción de las acciones laborales establecidas en el Art. 626, que prescriben en un mes: literal b) la de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato de trabajo. Es decir, la reiteración de faltas injustificadas deberá producirse en el lapso del último mes, como exactamente ocurre en el trámite de visto bueno objeto del presente juicio. las faltas de asistencia al trabajo una cometida el (27 de mayo) y las otras tres cometidas los días (3, 10 y 25 de junio) de 2019, es decir CUATRO FALTAS en los últimos 30 días. Nada de esto se analiza en base al caso concreto, conforme lo argumentado en el Recurso de Casación (…)".

4.4. RÉPLICA DE LA PARTE ACTORA: En los términos del Acta Resumen de la Audiencia de Casación constante en el proceso, en lo principal comparece la defensa técnica de la parte accionante, quien expone:

"EN RELACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA CONTRAPARTE SEÑALA QUE SOBRE LA INATINENCIA ACUSADA DE LA FALTA DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO INTERNO ES INDEBIDA POR LA CAUSAL ADMITIDA, SIENDO IMPERTINENTE UN ANÁLISIS DE PRUEBA DOCUMENTAL COMO EL DOCUMENTO INTERNO. EN CUANTO AL ART. 172 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO SOSTIENE QUE DICHO ARTÍCULO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE INTERPRETADO POR CUANTO LOS DÍAS QUE SE AUSENTÓ LA TRABAJADORA FUE EN UN PERÍODO DE DOS MESES, SIN QUE EXISTA ERROR ALGUNO QUE DEBA SER CORREGIDO. SOLICITA QUE SE RECHACE EL RECURSO INTERPUESTO Y NO SE CASE LA SENTENCIA RECURRIDA." (SIC)"

V. PROBLEMAS JURÍDICOS:

5.1. De la fundamentación efectuada por la parte accionada se desprende que el problema jurídico radica en:

- **Caso cinco:** Verificar si existe errónea interpretación del artículo 172 numerales 1 y 2 del Código del Trabajo, al aceptar la impugnación de visto bueno y determinar que la relación laboral terminó por despido intempestivo .

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

6.1. RESPECTO DEL 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…" [3].

6.2. Al invocar el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, implica que las acusaciones deben necesariamente versar sobre la transgresión directa de la norma legal en la sentencia; por lo que no cabe en ella consideración respecto de los hechos, dado que se parte de la base de que es correcta la apreciación del tribunal ad quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, es decir que el recurrente, al fundar su pretensión en este caso está conforme con los hechos, no así con el derecho aplicado, de tal manera que corresponde al tribunal de casación, examinar la sentencia, a base de los hechos considerados como ciertos.

6.3. Bajo este orden de argumentos, se tiene que la parte recurrente acusa la errónea interpretación del artículo 172 numerales 1 y 2 del Código del Trabajo, en atención a que el Tribunal Provincial en sentencia, reforma la subida en grado, indicando que el abandono del trabajo debe ser dentro del mismo período mensual de labor.

6.4. La actora de la causa no asistió a trabajar los días 27 de mayo, 3 de junio, 10 de junio y 25 de junio del 2019, indica el recurrente (parte accionada) que el período debe entenderse desde el primer día en que la trabajadora se ausenta del trabajo, es decir, el período se empezaría a contar, en el presente caso, desde el 27 de mayo y expiraría el 26 de junio.

6.5. La sentencia provincial sobre esto realiza el siguiente análisis:

"Existe un claro cuestionamiento por parte del actor, apelante, respecto a la ilegal decisión del Inspector de Trabajo, por considerar, la parte actora, que las faltas incurridas por su defendida no se encuentran en el tiempo señalado en el numeral 1 del artículo 172: "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;"

El Juzgador de primer nivel no analiza esta problemática, dicha autoridad se centra en señalar que, el actor, impugnante del trámite de visto bueno, no acredita sus asistencias a su lugar de trabajo, no es este el tema a discutir, toda vez que hay un reconocimiento del actor de dichas inasistencias, (la falta del 25 de junio se pretendió respaldar con un certificado médico del cual no se acreditó que fue notificado el empleador), en este orden de ideas tenemos en consecuencia faltas al lugar de trabajo en el mes de MAYO (día 27), y, en el mes de JUNIO (días 03, 10 y 25) la discusión se centra en resolver si se puede considerar se incurre en la prohibición del artículo 172 numeral 1, ante faltas incurridas en MESES DIFERENTES, consideramos como Tribunal que se encuentra la respuesta en el sentido de las palabras, su definición, ***verificando en el Diccionario de la Real Academia Española referente a PERÍODO: 1. m. Tiempo que algo tarda en volver al estado o posición que tenía al principio, 2. m. Espacio de tiempo que incluye toda la duración de algo, 3. m. Menstruo de las mujeres y de las hembras de ciertos animales, 4. m. Ciclo de tiempo., mientras que la definición de MENSUAL encontramos lo siguiente: 1. adj. Que sucede o se repite cada mes., 2. adj. Que dura un mes., finalmente la palabra CONSECUTIVO significa: 1. adj. Dicho de una cosa: Que se sigue o sucede sin interrupción, 2. adj. Dicho de una cosa: Que sigue inmediatamente a otra o es consecuencia de ella.***

Consideramos que el sentido de la ley es claro, en consecuencia, no se pudo considerar por parte del Inspector de Trabajo, que el actor infringió la prohibición del artículo 172 numeral 1 del Código de Trabajo, por cuanto se requiere que las faltas sean por un tiempo mayor de tres días CONSECUTIVOS, presupuesto que en ningún escenario se cumple, toda vez que la falta del mes de mayo no se puede considerar, en el mes de junio, mientras que en el mes de junio NO HAY INASISTENCIAS CONSECUTIVAS, menos aún hay MÁS

[3] MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 354

DE TRES DÍAS de inasistencias (unicamente hay 3 en Junio), es claro el Código del Trabajo, norma que prevalece respecto de reglamento interno de trabajo que no puede ir en contra de derechos y garantías establecidas en favor, en este escenario de la parte trabajadora, es decir nos encontramos ante una resolución que autorizó la culminación de la relación laboral con la parte trabajadora de forma ilegal y arbitraria.

El visto bueno constituye un procedimiento por el cual se busca establecer o acreditar ante la autoridad administrativa y con un trámite también de carácter administrativo, la existencia de una causa legal que permita al empleador por su voluntad unilateral dar por concluida la relación contractual; Al tratarse del ejercicio de un derecho del empleador en el marco del contrato, la causal invocada para la terminación del mismo debe ser precisa y ejercitarse dentro de los plazos que la ley permite; se hace énfasis por parte del Tribunal que no existe desarrollo alguno, es decir, motivación, razonamiento respecto de los atrasos del trabajador a su lugar de trabajo, lo que tampoco se puede encontrar en el reglamento interno debidamente desarrollado, entiéndase, una clara determinación del número de atrasos permitidos por mes, el reglamento interno es amplio en este punto, y se contrapone con el artículo 172 del Código del Trabajo por cuanto el reglamento considera falta grave el incumplimiento de horarios y jornadas de trabajo, mientras que el Código de Trabajo señala que deben ser varias dichas faltas.

Se declara acreditada por la parte accionante su acción de impugnación de trámite administrativo de visto bueno (282844-2019), con ello hay lugar al pago de la pretendida indemnización del artículo 188 y la bonificación del artículo 185 del Código del Trabajo. –

CON LUGAR ESTA APELACION.-" (lo subrayado y en negrita nos pertenece)

6.6. Del análisis transcrito tenemos que los jueces de apelación plantean los siguientes hechos:

1. La actora se ausentó de su lugar de trabajo los días 27 de mayo, 3 de junio, 10 de junio y 25 de junio de 2019.

2. Las faltas injustificadas para ser contabilizadas conforme el artículo 172 numeral 1 del Código del Trabajo deben ser dentro del período mensual (mismo mes).

6.7. El artículo 172 numeral 1[4] del Código de Trabajo dispone que tanto para las faltas repetidas e injustificadas como el abandono al lugar de trabajo, estas deberán ser por un tiempo mayor de 3 días y siempre que dichas infracciones se hayan producido en un período mensual de labor.

6.8. El periodo mensual de labor se refiere a los meses calendario, esto es cada una de las 12 partes que componen el año; según el Diccionario de la RAE, los meses tienen nombre propio, de enero a diciembre; en lo que atañe al problema jurídico que se atiende, cuando en la norma, se aduce a periodo mensual, se refiere a aquellas faltas que se hayan realizado dentro de cualquiera de los meses que tiene el año, no dentro de un periodo de 30 días. En caso de que la intención del legislador hubiese sido que ese periodo se entienda como el lapso de 30 días, lo hubiese expresado de esa manera, por lo que en este caso no se acepta el fundamento del recurso de casación al tenor del artículo 172 numeral 1.

6.9. En cuanto al cargo de que los Jueces de apelación no entraron a analizar la segunda causal que fuera motivo del visto bueno (172 numeral 2 del Código del Trabajo), en el fallo de la Corte Provincial, sobre este tema consta:

"2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;

El artículo 29 numerales 4, 5 y 7 del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandada califica como falta grave que permite, previo trámite de visto bueno, terminar la relación laborar con la parte trabajadora, por las siguientes causas:

4.– No dar aviso previo y oportuno al empleador (superior inmediato) de su inasistencia a su puesto de trabajo, sin justificación alguna.

5.- No cumplir con las jornadas, horarios y turnos del trabajo establecido en el contrato

7.– Quienes intencionalmente paralicen parcial o totalmente el proceso productivo de la empresa dentro de su grupo o jornada de

[4] 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;

trabajo (…) El visto bueno constituye un procedimiento por el cual se busca establecer o acreditar ante la autoridad administrativa y con un trámite también de carácter administrativo, la existencia de una causa legal que permita al empleador por su voluntad unilateral dar por concluida la relación contractual; Al tratarse del ejercicio de un derecho del empleador en el marco del contrato, la causal invocada para la terminación del mismo debe ser precisa y ejercitarse dentro de los plazos que la ley permite; **se hace énfasis por parte del Tribunal que no existe desarrollo alguno, es decir, motivación, razonamiento respecto de los atrasos del trabajador a su lugar de trabajo, lo que tampoco se puede encontrar en el reglamento interno debidamente desarrollado, entiéndase, una clara determinación del número de atrasos permitidos por mes, el reglamento interno es amplio en este punto, y se contrapone con el artículo 172 del Código del Trabajo por cuanto el reglamento considera falta grave el incumplimiento de horarios y jornadas de trabajo,** mientras que el Código de Trabajo señala que deben ser varias dichas faltas" (lo subrayado y en negrita nos pertenece)

6.10. De lo transcrito, en especial el párrafo que se destaca, consta que si hubo pronunciamiento de los jueces de apelación con respecto al cargo que tiene relación al numeral 2 del artículo 172 del Código del Trabajo; la alegación propuesta nos permite establecer que el recurrente ataca el sentido de la convicción judicial; puesto que pese a que invoca el caso cinco y este supone conformidad con las consideraciones judiciales, sin embargo ataca esa parte del fallo y cuestiona las conclusiones realizadas por los jueces de instancia; este aspecto no es apropiado para el referido caso, que no admite tales cuestionamientos, solo acepta transgresiones a la parte dispositiva de una sentencia de manera directa, nunca de forma indirecta, o como consecuencia de otra violación; además que el recurrente, con dicha alegación, sustentada por el recurrente en el caso cinco, debe entenderse que tiene conformidad total con la valoración probatoria realizada al visto bueno. En definitiva, todo esto no es adecuado para dicho caso que, como ya se dijo, requiere que exista conformidad con la parte considerativa.

6.11. En los términos expuestos, no se evidencia que el fallo de alzada incurra en vulneración de normas sustantivas, por lo que no prospera el cargo efectuado por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

VII. Decisión

7.1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve no casar la sentencia del tribunal de Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de 31 de enero del 2022, a las 14h41.- De conformidad a lo establecido en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, se ordena entregar el total de la caución a la parte actora.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA **JUEZ NACIONAL PONENTE** DRA. MARÍA GABRIELA MIER ORTIZ **CONJUEZA NACIONAL** DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

El artículo 172 del Código del Trabajo en el numeral 1 para que surta efecto las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia del trabajador previo visto bueno deben ser mayor a 3 días y dentro del mismo período mensual de labores, que corresponde al mes calendario.

II

Juicio Nro. *17371-2021-00422*
Fecha: *jueves 22 de febrero del 2024, las 14h30.*

TEMA: Despido intempestivo indirecto, matices y efectos.

SÍNTESIS

El tribunal de casación, aceptando el caso cuatro, estableció que, la terminación de la relación laboral se dio de manera unilateral por parte del empleador, al haberse configurado un despido intempestivo indirecto, *durante el periodo de restricciones a causa de la pandemia SARSCOV2,* como se verifica del documento del auto de archivo de inspectoría del trabajo; que la parte empleadora afirmó que hasta julio de 2020 no se le ha despedido al actor, sino que se encuentra realizando una propuesta de desvinculación con el trabajador; sin embargo, este Tribunal constata de la planilla de aportaciones del IESS, que la demandada dejó de cancelar la aportación al seguro social y que lo hizo, sobre la base de una remuneración proporcional hasta mayo de 2020, pese, a que se trataba de un trabajador estable y permanente; acto atentatorio contra el trabajador, que lo colocó en una situación de inestabilidad laboral, generándole, intranquilidad y zozobra; por lo que es incuestionable que hay un despido evidente por el comportamiento del empleador. El trabajador se considera en situación de despido, creándose ambientes que imposibilitan la continuidad de la prestación de sus servicios. Por ello, la Sala estima procedente el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 188 y 185 CT, así como el pago de la jubilación patronal mensual.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17371-2021-00422

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL Quito, jueves 22 de febrero del 2024, las 14h30.

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 Katerine Muñoz Subía; y, doctora Enma Tapia Rivera, quienes dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17371-2021-00422.

I. Antecedentes procesales

1. **Identificación de las partes procesales:** El señor Jaime Eustorgio Sandoval Ruiz sigue juicio sumario laboral en contra del doctor José Ricardo Hidalgo Ottolenghi, en su calidad de rector de la Universidad UTE; y, Msc. Naimín Narcisa de Jesús Guerrero Vera, en su calidad de Directora de Talento Humano de la Universidad UTE.
2. **Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia:** La jueza de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, dicta sentencia el 15 de julio de 2021, a las 16h39, en la que resolvió:

"[...] se acepta parcialmente la demanda propuesta por el señor JAIME EUSTORGIO SANDOVAL RUIZ y disponiéndose que la parte demandada, señor doctor JOSÉ RICARDO HIDALGO OTTOLENGHI, identificado con cédula No. 1705293080, en su calidad de RECTOR de la UNIVERSIDAD UTE; y, MSC. NAIMÍN NARCISA DE JESÚS GUERRERO VERA, identificada con cédula No. 1303483455, en su calidad de Directora de Talento Humano de la UNIVERSIDAD UTE, pague a la referida parte actora, los valores que por el reclamo judicial se le ha concedido en el considerando TERCERO DE LA PARTE CONSIDERATIVA de esta sentencia y en atención a las pretensiones que constan en el libelo

de demanda, analizados y resueltos en esta sentencia, cuantificando los mismos de conformidad con lo establecido en la resolución dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 138 de 1 de marzo del año 1.999. Por lo que se tiene: 1.- Décima cuarta remuneración = USD$ 327,76 + 2.- Décima tercera remuneración = USD$ 560,19 + 3.- Vacaciones = USD$ 1.152,41, dando un TOTAL de USD $ 2.040,36 (DOS MIL CUARENTA CON 36/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).- Se pagarán los intereses sobre los rubros que apliquen los mismos al momento de ejecutarse la sentencia.- Con costas a cargo de la parte demandada […]".

3. **Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia:** El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 12 de abril de 2022, a las 11h50 dictó sentencia, resolviendo:
   "[…] rechaza el recurso de apelación de la parte actora y confirma la decisión recurrida. Sin costas, ni honorarios que regular en esta instancia […]".
4. **Referencia al recurso de casación:** La parte actora interpone recurso de casación, al amparo de los casos dos, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
5. El doctor Julio Arrieta Escobar, mediante auto de fecha 13 de octubre de 2022, las 10h04, dispone que el accionante-recurrente aclare[1] ciertos puntos del recurso de casación; efectuado aquello, en providencia de fecha 15 de noviembre de 2022, las 10h14, admite el recurso de casación interpuesto únicamente por los casos cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y como normas infringidas los artículos *"[…] 160, 164 y 186 Código Orgánico General de Procesos; 185 y 188 del Código del Trabajo, y los precedentes jurisprudenciales "1. SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL. Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2388, 1997 (…)" 2. Sala de lo Laboral y Social. Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2, 2006 […]".*

II. Competencia

6. 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 enero de 2024.
7. El tribunal de casación, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, convocó a audiencia para conocer y resolver el recurso de casación, misma que se llevó a cabo el día **lunes 19 de febrero de 2024, a las 11h00.**
8. 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:

III. Validez procesal

9. Durante la sustanciación de este recurso extraordinario de casación no se ha observado omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal, sin que además haya sido motivo de impugnación mediante este recurso, por lo que se declara la validez de lo actuado.

IV. Fundamentación del recurso de casación

10. La parte actora al fundamentar el recurso de casación, por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, manifiesta lo siguiente:
    - En la sentencia emitida por la Corte Provincial existe falta de aplicación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, al no valorar la copia certificada de la Resolución de Archivo No. MDT-DRTSP2-2020-0075-AAI-EH, de fecha 28 de julio de 2020 (fj 23 a 27), documento en el cual el empleador reconoce expresamente su voluntad de dar por terminada el vínculo laboral.
    - Indica que, el tribunal de apelación no consideró el certificado de afiliación del IESS (fj 21) en el cual se evidencia que la última empresa en la cual laboró el accionante por casi 24 años fue la Universidad UTE, y en la cual se constata además un estado como "CESANTE"; así

[1] Foja 3 a 4 del cuadernillo de la Corte Nacional de Justicia.

mismo, no se valoró el mecanizado de aportaciones del IEES (fj. 10 a 20) en el cual se verifica que el accionante tiene aportes hasta el 25 de mayo de 2020.

- Por lo antes expuesto, manifiesta que, el tribunal de instancia al no considerar mentadas pruebas y al no valorar la prueba en su conjunto y totalidad no aplicaron el artículo 164 del COGEP.
- Sostiene que, las declaraciones testimoniales de los señores Afranio Vivanco y Juan Ramírez (ex trabajadores de la Universidad UTE) que fueron desvinculados en las mismas condiciones que el hoy accionante, son concordantes y precisos en todos sus relatos, sobre todo en lo que refiere a la forma en la que se dio por terminada la relación laboral y es claro en decir que la fecha del despido intempestivo fue el día 25 de mayo de 2020 (día en el que el empleador interrumpe el acceso a las plataformas institucionales e ingreso de manera presencial a las instalaciones), por lo tanto, al haber los juzgadores considerado una parte determinada de la declaración y no en su totalidad infringieron el artículo 189 del Código Orgánico General de Procesos.
- Manifiesta que, el Aviso de Salida de un trabajador es un documento indispensable para ser evaluado dentro de un proceso laboral, y mucho más si se trata de un despido intempestivo, debido a que, el empleador es el único que puede registrar este aviso de salida, ya que, conforme a la Ley de Seguridad y su Reglamento el registro del mismo es potestad únicamente del empleador, sin embargo, este documento no fue admitido en virtud de no contar con las solemnidades, ahora bien, el Aviso de Salida es una prueba fundamental que podía cambiar la resolución, ya que mentado documento demostraba que el empleador acepta haber terminado la relación laboral el 25 de mayo de 2020.
- Arguye que, el tribunal de apelación considera únicamente lo establecido en la declaración de parte de los demandados sin considerar lo manifestado por los mismos en la Resolución de Archivo No. MDT-DRTSP2-2020-0075-AAI-EH, de fecha 28 de julio de 2020 (fj 23 a 27).
- Argumenta que, al haber valorado ciertas pruebas indivisamente trajo consigo la falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, esto es, por falta de apreciación de las pruebas en conjunto conforme lo determina el inciso segundo de la norma enunciada, ya que no los jueces de instancia no han establecido "[…] un nexo para llegar a un orden cronológico y un esclarecimiento de los actos incurridos en este caso […]".

11. La parte actora al fundamentar el recurso de casación, por el **caso cinco del artículo 268 del COGEP,** exterioriza que

- Existe falta de aplicación del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral y Social. Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2388, 1997, que dice: *"[…] la configuración del despido intempestivo no se realiza necesariamente a través de un acto unilateral y arbitrario por parte del empleador, también hay casos, a los que la doctrina denomina despidos indirectos, denominación que corresponde a todas las situaciones en las cuales, por un comportamiento del empleador, el trabajador se considera en situación de despido […]", así mismo indica que, existe falta de aplicación del precedente jurisprudencial de la Sala de lo Laboral y Social. Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2, 2006, que manifiesta "[…] Lo que sucede es que en ocasiones los empleadores, a través de argucias como la cesación de funciones o el cambio de éstas, efectuadas sin conocimientos ni consentimiento del trabajador, proceden a despedirlo de una manera que puede ser calificada de "indirecta" como lo advierte el Juez del primer nivel. Desde luego estas situaciones no son permitidas por la Ley, ni admitirlas por la Justicia […]".*
- Sostiene que, si bien la parte emperadora jamás reconoció el despido expresamente las actuaciones procesales fueron diferentes, ya que el empleador manifestó ante el inspector del Ministerio de Trabajo su intención de desvinculación, realizó un Aviso de Salida del IESS y dentro de la causa jamás justificó otro motivo de desvinculación del señor Jaime Sandoval. es decir, realizó estos comportamientos que determina la norma como despido, y si los jueces hubiesen incluido estos precedentes jurisprudenciales a su análisis resolutivo hubieran determinado que la relación laboral terminó por despido intempestivo.
- Añade que, si los jueces de instancia hubiesen analizado estos precedentes jurisprudenciales hubiesen constatado que existido un despido intempestivo ya que los medios

probatorios como la denuncia ingresada en el Ministerio de Trabajo, es claro que el trabajador desconocía sobre la desvinculación que fue decisión unilateral de su empleadora, adicionalmente del Mecanizado del IESS donde se demuestra que los aportes fueron hasta los 25 días de mayo de 2020, acto que solo es facultad del empleador retirarlo de su afiliación.

12. 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

13. Por el **caso cuatro** del artículo 268 del COGEP.

- **Primer problema jurídico.-** Verificar si el tribunal *ad quem* ha incurrido en falta de aplicación del artículo 164 inciso segundo, al no haber valorado la Resolución de Archivo No. MDT-DRTSP2-2020-0075-AAI-EH, de fecha 28 de julio de 2020 (fj 23 a 27) en la cual la parte accionada habría reconocido la desvinculación del accionante; así como, en falta de aplicación del artículo 186 del Código Orgánico General de Procesos al no apreciar que los testimonios indicaron que la desvinculación laboral fue desde el momento de desafiliación del Seguro Social IESS, lo cual conllevó a que se vulnere las indemnizaciones contempladas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, así como el pago de jubilación patronal por tener un aproximado de 24 años de servicio.
- **Segundo problema jurídico.-** Determinar si, el tribunal *ad quem* al haber valorado de manera individualizada ciertas pruebas y no en su conjunto como lo determina el artículo 164 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, ha ocasionado que los jueces de instancia no analicen de manera lógica los hechos de la causa con las pruebas aportadas y por tal situación se desconozca que la relación laboral terminó de manera unilateral por parte del empleador el 25 de mayo de 2020.

14. Por el **caso cinco** del artículo 268 del COGEP.

- **Tercer problema jurídico.-** Establecer si, existe falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales de la Sala Laboral y Social. "Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2388, 1997" y "Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2, 2006", al no haber observado los jueces de instancia que la configuración de despido intempestivo no se realiza necesariamente a través de un acto unilateral y arbitrario por parte del empleador ya que hay casos en los cuales el empleador comete actos consecutivos para dar por terminada la relación laboral.

VI. Análisis del tribunal de casación

15. Del recurso de casación: La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; *"[…] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de […] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio […]"* [2].

16. 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.

17. La parte actora sustenta su acusación en el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el caso cuatro, se alega: *"[…] 4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o*

[2] Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221.

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 […]".

18. Para la procedencia de este caso, que en doctrina se lo conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma(s) de valoración de la prueba que a criterio de recurrente ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la indicación del medio de prueba en que se produjo la transgresión; d) la violación de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de precepto de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material.

19. Al invocarlo, el recurrente debe justificar la existencia de dos transgresiones, la primera de una norma contentiva de un precepto de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido trasgredida como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que, es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra, situación que en el caso en estudio no acontece, ya que el recurso presentado carece del tecnicismo exigido por este recurso extraordinario, sin embargo al haber precluido la fase de admisibilidad y al haber sido aceptado el mismo, este tribunal procede a analizar el fondo de la controversia, en atención a lo manifestado por la Corte Constitucional:

"[…] los jueces casacionales, durante la fase de admisión, ya efectuaron una verificación del cumplimiento con los requisitos establecidos en la norma constitucional, de tal forma que no cabe que en sentencia nuevamente se pronuncien sobre aspectos de forma, negándose a conocer el fondo del asunto controvertido, pues una vez admitido a trámite el recurso deben resolver sobre las pretensiones del recurrente, garantizando así una adecuada tutela judicial […]". (Sentencia de la Corte Constitucional No. 307-15-SEP-CC, caso No. 0133-13-EP).

VII. Análisis de los problemas jurídicos

20. Respecto a las acusaciones efectuadas por el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se precisa que, en casación no se pueden revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, se contravengan parámetros de racionalidad y objetividad, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en las conclusiones fácticas que ameritan corrección.

21. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, señala: *"[…] podemos concluir que constituye la generalidad, la regla por la cual la casación es improcedente si de revisar nuevamente la prueba se pretende; sin embargo, puede tener cabida una excepción: en ciertos casos la revisión de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Casación, es necesaria, y será cuando el juicio de hecho contravenga abiertamente parámetros de racionalidad y de objetividad. Esto en modo alguno significa que la diversidad de criterios al momento de valorar la prueba sea susceptible de revisión por parte del Tribunal de Casación, por tanto, el examen de la prueba es estrechamente reducido a aquellos casos en que existe un error fáctico manifiesto y atentatorio a parámetros de racionalidad y objetividad, propios de cada caso concreto, error que debe incidir fuertemente en la decisión de la causa, por ejemplo al valorar medios probatorios no insertos en juicio […]". (Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, juicio N° 13102011).*

22. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad e incluso razonabilidad en la motivación como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración de los hechos.

23. En caso de que la valoración probatoria resulte arbitraria, injusta o ilegítima, absurda o irracional, el juez debe proceder a corregir dicho error. En otras palabras, es necesario que el tribunal de casación verifique que la valoración de la prueba resulte razonable, legítima y aceptable, por lo que, para resolver el problema jurídico que se plantea en el presente caso se procede con dicho análisis:

24. Al efecto, para verificar dicho quebranto, esta sala de casación, considera necesario revisar, de forma previa, la valoración probatoria que realiza el tribunal de alzada, aclarándose que de acuerdo con lo dispuesto en la doctrina, probar

es: *"[…] establecer la existencia de la verdad y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia del hombre llega a descubrir la realidad objetiva. La prueba tiende a demostrar en juicio, con los elementos que la ley establece, la certeza de los hechos controvertidos por las partes. En diversa acepción, la prueba consiste en producir un estado de certidumbre en la mente, respecto de la existencia o inexistencia de un hecho controvertido, así, probar es evidenciar algo. Esto es, lograr percibir con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales; en otras palabras, es establecer una perfecta congruencia entre la idea que tenemos de una cosa y la cosa misma, demostrando su verdad o falsedad. Esta certeza es el resultado del raciocinio, la investigación y el análisis lógico-jurídico […]". [Rafael Tena Suk y Hugo Morales, Derecho Procesal del Trabajo (México: Editorial Trillas,2007), 103.]*

25. A la vez, de acuerdo con el artículo 158 del COGEP, la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos y si bien se enumeran algunos medios de prueba, como: instrumentos públicos o privados, testigos, confesión, juramento, inspección judicial, dictamen pericial o de intérpretes, entre otros; la o el juzgador quien debe apreciarlos y decidir de acuerdo a la sana razón y el conocimiento experimental de las cosas.

26. Devis Echandía entiende a la fuerza o valor probatorio, como: *"[…] La aptitud que tiene un hecho (solo o en concurrencia con otros) para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado. Si un medio aducido por las partes o el hecho que constituye carece totalmente de aptitud, no tiene fuerza o valor probatorio alguno; si por sí solo demuestra el hecho investigado, tendrá un valor o una fuerza probatoria plena o completa […] No todos los medios producen un mismo convencimiento por sí solos, y generalmente para llegar a él se requiere del concurso varios […]".* (Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, t. 1 (Buenos Aires: Fidenter, 1970, 314.)

27. Es necesario entonces que la o el juzgador, en la valoración de la prueba, decida de acuerdo con las reglas de la sana crítica que excluye un razonamiento arbitrario y se las concibe como reglas del correcto entendimiento humano en las que interfieren las reglas de la lógica y la experiencia del juez, quien analiza la prueba, instrumentos públicos, testigos, confesión, entre otras y decide sobre la base del acervo probatorio, sin que pueda razonar a su voluntad o discrecionalmente a libre convicción.

28. Para Eduardo Couture, la sana crítica es: *"[…] la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y con relación al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una larga cadena de máximas de experiencia derogadas por convicciones más exactas; y frente a la misma manera de desarrollar los principios lógicos, la historia del pensamiento humano es un constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba, el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya […]". (Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Buenos Aires: Depalma, 1951), 1746.)*

29. Así, las reglas de la sana crítica para valorar o apreciar la prueba es un método que se basa en la lógica, la experiencia, la equidad y las ciencias y técnicas auxiliares y afines y la moral. La característica de la sana crítica radica, entonces, en la libertad razonable que tiene el juzgador a la hora de valorar los medios probatorios, sobre la base del principio de independencia y, de los principios propios de la prueba, como son los de inmediación y contradicción.

30. En este sentido, los artículos 164 inciso 2; y, 186 del Código Orgánico General de Procesos alegados como no aplicados en su orden señalan: *"[…] La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos […]"*; y, *"[…] Valoración de la prueba testimonial. Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas […]".*

31. Por otra parte, conviene indicar que para que la prueba pueda producirse y obtenerse válidamente; y, por tanto surtir los efectos legales-procesales, es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos.

32. Ahora bien, para resolver el primer problema jurídico concerniente a *"Verificar si, el tribunal ad quem ha incurrido en falta de*

aplicación del artículo 164 inciso segundo, al no haber valorado la Resolución de Archivo No. MDT-DRTSP2-2020-0075-AAI-EH, de fecha 28 de julio de 2020 (fj 23 a 27) en la cual la parte accionada habría reconocido la desvinculación del accionante; así como, en falta de aplicación del artículo 186 del Código Orgánico General de Procesos al no apreciar que los testimonios indicaron que la desvinculación laboral fue desde el momento de desafiliación del Seguro Social IESS, lo cual conllevó a que se vulneren las indemnizaciones contempladas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, así como el pago de jubilación patronal por tener un aproximado de 24 años de servicio", este Tribunal de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia procede a examinar la apreciación probatoria que expresan los juzgadores de alzada, en la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se ha producido o no el vicio alegado.

33. Del fallo de segundo nivel, se observa que el tribunal ad quem, para sostener que el vínculo laboral no terminó por despido intempestivo exteriorizó:

> *"[…] En el presente proceso, en relación al despido intempestivo ha expresado la parte actora en su demanda, que el día 25 de mayo ingresó al correo institucional de la Universidad UTE, para revisar en casos de existir protocolos para la reanudación de las actividades, mas se encontraba bloqueada su cuenta institucional, y expresa que el 26 de mayo algunos compañeros le comentaron que se encontraban con la misma dificultad, y decidió insistir por correo electrónico a su jefe inmediato superior para obtener respuesta, sin embargo, hasta la fecha no ha obtenido respuesta alguna o notificación formal, y que el 26 de junio del 2020, le llego un correo electrónico notificándole la novedad del aviso de salida del IEES por parte de su empleador, y por ende ha sido víctima de un despido intempestivo, el cual ha sido disfrazado como otras causas. Para justificar este aserto, la parte actora produjo prueba documental, que rola de fs.6 a 8 […] Mas de la revisión de este documento, que es la preventiva de sanción de 24 de junio del 2020, se constituye en un relato de su situación laboral, sin que con ello se pueda verificar la existencia del despido intempestivo. Al revisar la declaración de parte del sujeto procesal accionado, y del contenido del mismo, en ningún momento se ha aceptado que la terminación del vínculo laboral, haya sido por despido intempestivo. En lo referente a la prueba testimonial […] al revisar el contexto de la demanda, y lo expresado por el testigo, no permite al Tribunal tener la certeza de la existencia del despido intempestivo, dada la situación cronológica que se dice, por la parte actora aconteció el mismo, ya que el testimonio vertido, es muy impreciso y lacónico. Es importante aclarar, en lo que respecta al aviso de salida al IESS, el mismo no puede ser analizado por este Tribunal, por cuanto no fue admitido por la Juez de Instancia, y peor aún pudo ser practicado […] en la especie, la parte accionante, con las pruebas producidas, no permiten a este Tribunal, establecer que ha existido el despido intempestivo alegado, además en la misma demanda, ni siquiera se han establecido las circunstancias, el tiempo y lugar claros de cómo han operado o sucedido tales hechos; por consiguiente analizada la prueba en su conjunto y conforme las reglas de la sana crítica, se niega la pretensión de indemnización por despido intempestivo […]".*

34. Previo a emitir un pronunciamiento sobre el cargo formulado al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP, corresponde señalar que la falta de aplicación invocada, se produce en el momento en que quien juzga, no aplica las disposiciones legales que regulan la valoración de la prueba, previstas en el ordenamiento jurídico.

35. Del citado extracto de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha se puede colegir que las pretensiones de despido intempestivo no se reconocen a favor del señor Jaime Eustorgio Sandoval, por considerar que la prueba documental aportadas por la parte actora como la preventiva de sanción de fecha 24 de junio del 2020 (fojas 6 a 8) constituyen un relato de su situación laboral, sin que con ello se pueda verificar la existencia del despido intempestivo; que de la declaración de parte del accionado no se verifica en ningún momento la aceptación de la terminación del vínculo laboral por despido intempestivo; y, que al revisar el contexto de la demanda, y lo expresado por el testigo, no demuestra certeza de la existencia del despido intempestivo, ya que el testimonio vertido ha sido impreciso y lacónico dada la situación

cronológica de fechas que dice; de esta manera los jueces de instancia indican que no se ha establecido las circunstancias, el tiempo y lugar de como ha sucedido el supuesto despido y por tal situación niegan la pretensión de indemnización contemplada en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

36. Este Tribunal observa que el tribunal ad quem, para construir su criterio y emitir su decisión con relación al asunto objeto de análisis, no hace un análisis de toda la prueba actuada dentro de este juicio, tal como la Resolución de Archivo No. MDT-DRTSP2-2020-0075-AAI-EH, de fecha 28 de julio de 2020 (fj 23 a 27) prueba documental que fue anunciada y practicada oportunamente por la parte accionante, en este sentido, se observa que en la sentencia materia de casación, no se realizó ningún análisis sobre la mentada prueba, omitiendo considerar y valorar la prueba referida por el recurrente, ante la obligación de los jueces de valorar en su conjunto las pruebas actuadas y producidas en el proceso, señalando en forma expresa las razones o motivos jurídicos por los que se otorga valor a cierta prueba o por qué se la descarta, estableciendo qué elementos de convicción no aportan frente a las afirmaciones de las partes en el proceso.

37. En este contexto, el derecho a solicitar prueba y que aquella sea valorada por el juzgador ya sea para aceptarla o desecharla, constituye parte del derecho de acción y contradicción, consagrado como uno de los derechos a la defensa, al estar considerado en el art. 76, numeral 7 letra h), de la Constitución de la República, que dispone: *"[…] En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra […]".*

38. Por lo expresado, procede el yerro acusado por los accionantes al amparo del caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por lo que se acepta el cargo acusado, y en los términos fijados en el artículo 273.3 ibídem, se dicta sentencia de mérito, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que este tribunal considera correctos, resultando inoficioso el análisis del cargo sustentado al amparo del caso cinco del artículo 268 también admitido.

VIII. SENTENCIA DE MÉRITO

39. ENUNCIACIÓN RESUMIDA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO (demanda).- *"[…] Con fecha 19 de agosto de 1996, me vinculé a Universidad UTE (de ahora en adelante referida como "la empleadora" o "UTE") para desempeñar el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, bajo la modalidad de jornada completa, en el horario de 08h00 a 17h00, y desde esa fecha durante 23 años y 10 meses ininterrumpidamente he venido desempeñando mi cargo en la UTE. 4.2. Durante el periodo de restricciones a causa de la pandemia SARS-COV-2 me encontraba en suspensión de la jornada laboral y a espera de órdenes para el reintegrarme a mis actividades una vez superada la emergencia. 4.3. Con fecha 25 de mayo ingresé al correo institucional de la UNIVERSIDAD UTE para revisar en caso de existir protocolos para la reanudación de las actividades, sin embargo, ya se encontraba bloqueada mi cuenta institucional a pesar de contar con mis credenciales respectivas. 4.4. Con fecha 26 de mayo algunos compañeros me comentaron que se encontraban con la misma dificultad, a pesar de esto, insistí por correo electrónico a mi jefe inmediato superior para obtener una respuesta, sin embargo, hasta la presente fecha no he obtenido respuesta alguna o notificación formal sobre mi futuro laboral dentro de la UNIVERSIDAD UTE. 4.5. Mi última remuneración completa fue el mes de abril de 2020, por MIL CIENTO CIINCUENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con 41/100 (USD 1.152,41) […] 4.12. De acuerdo a lo enunciado anteriormente, el día 26 de junio de 2020, me llegó un correo electrónico notificándome la novedad de Aviso de Salida del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, de mi empleador UNIVERSIDAD UTE […] Esto como lo puede deducir Sr. Juez, no fue una renuncia voluntaria y peor aún el empleador la UNIVERSIDAD UTE tenía causa alguna para justificar mi desvinculación de la institución, por ende, fui víctima de un despido intempestivo el cual se ha buscado disfrazar como otras causas, cuanto es evidente que es un despido intempestivo […]".*

40. Actuaciones procesales.- Calificada la demanda (fs. 44) se citó legalmente a la parte demandada, la cual no dio contestación a la demanda en el término legal concedido.

41. Audiencia Única.- Convocadas las partes para la celebración de la audiencia única, la diligencia se cumple el 21 de junio de 2021, con la comparecencia de las partes procesales (fs. 80). Se procede en dos fases, conforme lo dispone el artículo 333 del COGEP.

42. En esta diligencia, mediante auto interlocutorio al actor se le aceptó los siguientes medios probatorios: **Documentales: 1.** Preventiva de sanción (fs. 6 a 8); **2.** Mecanizado del IESS (fj. 10 a 20); **3.** Resolución del inspector de trabajo (fj. 23 a 27); **4.** Reconocimiento de la UTE al actor (fj. 28 a 29); **5.** Certificado laboral (fj. 30). **Testimoniales:** Declaración de parte del demandado; y, testimonios de los señores Afranio Narciso Vivanco y Juan Alfonzo Ramírez Angulo.

43. La parte accionada no tiene pruebas que evacuar.

44. ONUS PROBANDI Y VALORACIÓN PROBATORIA: Las partes son responsables de probar lo alegado, salvo casos de reversión establecidos en la ley. Sobre la carga de la prueba, el artículo 169 del COGEP establece varias reglas: 1. "[…] 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 […]". 2. "[…] La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa […]"; y, 3. La parte demandada sí deberá producir pruebas si su contestación contiene afirmaciones explicitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada; esto en atención además a lo dispuesto en el artículo 162 ibídem, que señala: "[…] Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran […]". El concepto carga de la prueba hace alusión a lo que cada parte tiene interés en probar de los hechos controvertidos. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos (Art. 158 COGEP). En otras palabras, la finalidad de la prueba es determinar la verdad procesal para hacer justicia; y, para ello, entre las operaciones intelectuales que implica la actividad de la valoración de la prueba, el juzgador debe confrontar los hechos con las diversas pruebas producidas; debe examinar y reexaminar los hechos y las pruebas en su conjunto. Para la valoración de la prueba el COGEP reconoce el sistema de la sana crítica; pero subsiste también en ciertos casos la prueba legal. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo en la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas; en este sentido, el COGEP establece algunas reglas generales sobre la actividad de valoración de la prueba, y otras relativas a determinados medios de prueba, así: UNO. Para que las pruebas sean apreciadas por el juzgador deberán: 1) solicitarse, 2) admitirse e 3) incorporarse y practicarse dentro de los términos señalados en éste Código (Art. 164, inciso 1º), DOS. La prueba deberá ser apreciada: a) en conjunto; b) de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (Art. 164, inc. 2º); y, TRES. El juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (art.164, inciso 3º).

45. En virtud del principio dispositivo contemplado en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con el objeto de examinar el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva, sin apartarnos de la esfera de lo que ha sido materia de casación, corresponde a este Tribunal revisar la traba de la litis en lo que respecta a la procedencia del *"despido intempestivo"* y por ende a la indemnización determinada en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo; y, en caso de establecer que existió despido intempestivo al tener más de 20 años de servicio al accionante se le fijara el pago de jubilación patronal proporcional.

46. En el caso sub judice, la existencia de la relación laboral no es motivo de controversia, el inicio de la relación laboral es desde el 19 de agosto de 1996 y el monto de la remuneración es de USD 987.78 (según se desprende de la planilla de aportaciones del IESS).

47. DEL DESPIDO INTEMPESTIVO: El despido intempestivo es un medio ilegítimo, mediante el cual, el patrono termina la relación de forma unilateralmente con el trabajador y este debe ser demostrado por quien lo alega, al respecto, el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres, en su obra

"DICCIONARIO DE DERECHO LABORAL", define al despido intempestivo en los siguientes términos: *"[...] se entiende estrictamente la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por declaración de voluntad unilateral del patrono o empresario, que de tal modo extingue el vínculo que lo une con el trabajador a su servicio […]"*, en igual sentido, el Dr. Galo Espinoza M., en su *"DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA"*, Segunda Serie, Tomo I, Página 22 *"[…] Existe el despido intempestivo cuando es voluntad unilateral del empleador la que rompe el vínculo laboral, caracterizándose, generalmente, por una acción inesperada y violenta. Entonces, es una demostración de voluntad de dar fin al contrato, que puede expresarse ora obligando al trabajador a que presente la renuncia, ora cerrando el local de trabajo, realizando cambio de ocupación maliciosa para degradar al trabajador a funciones que no pueda desempeñar […]".*

48. Este acto ilegítimo del patrono denominado despido intempestivo, no es un caso de inversión de la carga de la prueba, puesto que como ha señalado de manera uniforme la jurisprudencia, debe ser comprobado por quien lo alegue de manera plena y convincente, al respecto tenemos el fallo de la ex Corte Suprema de Justicia dictado el 9-IX-1994 (R.O.542.6-X-1994), en el que se señala: *"[…] a) El despido intempestivo ya sea éste directo o indirecto debe ser justificado de manera plena y convincente por parte de quien lo alega; ya que constituyendo las indemnizaciones que este hecho genera una verdadera penalidad a lo que se hace acreedor el empleador infractor, no debe quedar duda alguna a los juzgadores que este hecho arbitrario y unilateral, que rompe la estabilidad laboral, efectivamente se ha producido. b) En la especie, R.O. con el propósito de justificar el mencionado despido intempestivo que dice haber sufrido, ocurrió tanto a la prueba documental, como la prueba testifical; pero ninguno de los dos caminos que buscó el actor resultan convincentes para la sala […]"* o la Resolución No. 345-2004 (Primera Sala R.O. 365, 27-IX-2006), que establece: *"[…] En lo atinente a la teoría de la carga de la prueba, es necesario recordar que en materia contencioso laboral, se produce la inversión de la prueba, por la cual el trabajador en calidad de demandante no está obligado a justificar sino la existencia del vínculo contractual de trabajo y si ha demandado por despido intempestivo, comprobar este hecho. En lo demás que reclame el trabajador, es el empleador el que está obligado a comprobar que ha cumplido con las obligaciones cuya inobservancia ha motivado la demanda […]".*

49. El señor Jaime Sandoval Ruiz -parte actora- señala como circunstancias del despido intempestivo, tanto en la demanda como en la audiencia única que: *"[…] Durante el periodo de restricciones a causa de la pandemia SARS-COV-2 me encontraba en suspensión de la jornada laboral y a espera de órdenes para reintegrarme a mis actividades una vez superada la emergencia. Con fecha 25 de mayo ingresé al correo institucional de la UNIVERSIDAD UTE para revisar en caso de existir protocolos para la reanudación de las actividades, sin embargo, ya se encontraba bloqueada mi cuenta institucional a pesar de contar con mis credenciales respectivas. Con fecha 26 de mayo, algunos compañeros me comentaron que se encontraban con la misma dificultad, a pesar de esto, insistí por correo electrónico a mi jefe inmediato superior para obtener una respuesta, sin embargo, hasta la presente fecha no he obtenido respuesta alguna o notificación formal sobre mi futuro laboral dentro de la UNIVERSIDAD UTE. El día 26 de junio de 2020, me llegó un correo electrónico notificándome la novedad de Aviso de Salida del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS-, de mi empleador Universidad UTE, en virtud de lo cual mi empleadora me ha desvinculado de mi puesto laboral sin tener una causa legal, por ende, fui víctima de un despido intempestivo […]".*

50. Para justificar el hecho de despido intempestivo de conformidad con los antecedentes expuestos en el libelo de la demanda y en la audiencia única, el accionante al tener la carga probatoria practicó pruebas como la Preventiva de sanción de 24 de junio del 2020 (fs 6 a 8); la Resolución del Inspector de Trabajo (fj. 23 a 27); la planilla de aportaciones del IESS (fs 10 a 20); la declaración de parte del demandado; y, los testimonios de los señores Afranio Narciso Vivanco y Juan Alfonzo Ramírez Angulo.

51. Ahora bien, el documento de Preventiva de sanción no demuestra la existencia del despido intempestivo por ser un relato de su situación laboral, sin embargo al analizarse la Resolución del Inspector de Trabajo en la cual consta el auto de Archivo de Inspecciones No.

MDT-DRTSP2-2020-0075-AAI-EH de **28 de julio de 2020** generado por el abogado Diego Ramiro García –Director Regional de Trabajo y Servicio Público de Quito (fj 23) se observa que en el mentado documento se indica:

> *"[…] Dentro del trámite de denuncia laboral signada con el número de expediente MDT-DRTSPQ-2020-815-EFHP-9, en contra del empleador UNIVERSIDAD UTE, se tiene lo siguiente: UNO.- Según informe N° 070-2020-EFHP-ITP-MDT, de fecha 28 de julio del 2020, emitido por el Abg. Edwin Hidalgo Parra, inspector del Trabajo de Pichincha,* ***dentro del trámite de denuncia laboral signada con el número de expediente MDT-DRTSPQ-2020-815-EFHP-9, presentada por*** *los señores YADIRA ELIZABETH GARZÓN ROBAYD, con número de cédula 1715993331, ANGEL RAMIRO LEGARDA RIERA, con número de cédula 1707211619, EDGAR IVAN LASINQUIZA PULLUPAXI, con número de cedula 1723424783,* ***JAIME EUSTORGIO SANDOVAL RUIZ****, con número de cédula 1802514867, ILIANA ESTEFANIA TAPIA CALVA, con número de cédula 1718247817, ALICIA VIVIANA POZO RIVAS, con número de cédula 1722776018, CESAR MARCELO CORONEL CEVALLOS, con número de cédula 1715734685, AFRANIO NARCISO VIVIANCO, con número de cédula 0701688939, JOSE HIDALGO PATIÑO CHAPI, Ɛvn número de cédula 0400720645, JOSE EDILFREDO AGUILAR SARITAMA, con número de cédula 1101445409, MANUEL ALONSO FLORES FLORES, con número de cédula 1721473575 y MARIA SOL MENESES VILLAMAR, con número de cédula 1707465918,* ***en contra del empleador UNIVERSIDAD UTE, se procede a enviar una providencia signada con el número MDT-DRTSPQ-2020-815-EFHP-9, a los correos electrónicos rho@ute.edu.ec, señalado por la parte denunciante y eguzman@ute.edu.ec registrado en el sistema SUT, providencia en la cual se le solicita a la parte denunciante que se pronuncie y justifique respecto a la forma de terminación de la relación laboral para con la denunciante,*** *concediéndole para el efecto el término de 3 días. DOS.- Dentro del término concedido la parte empleadora da contestación y manifiesta que:* ***Universidad UTE se encuentra en un proceso de desvinculación de personal de acuerdo a una planificación administrativa - financiera y por lo cual promueve, tal coma ha sido la recomendación del Gobierno Nacional y de la Ley de Apoyo Humanitario, posibilidades de terminación de la relación laboral por mutuo acuerdo y UTE simplemente está tratando de realizar una propuesta con estos trabajadores. Niego por lo tanto que los trabajadores denunciantes hayan sido despedidos..."*** *TRES. Se ha determinado que dentro del presente tramite, existe una controversia laboral, por lo que de conformidad con lo establecido en el art. 573 del Código del Trabajo, el cual dispone: "Las controversias a que diere lugar un contrato o una relación de trabajo, serán resueltas por las autoridades establecidas por este Código, de conformidad con el trámite que el mismo prescribe: y el numeral 6 de la Sexta Disposición Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, que manifiesta: […] Trámite de Controversias laborales. Los controversias individuales de trabajo, se sustanciaron en procedimiento sumario […], en caso de no encontrarse de acuerdo la parte accionante con lo argumentado por la parte accionada, deberá acudir ante el Juez competente para dirimir la descrita controversia en materia laboral; y de conformidad a lo establecido en el Artículo 8, numeral 4 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-089; esta Autoridad Administrativa RESUELVE: PRIMERO.- Ordenar el ARCHIVO del presente expediente, dejando a salvo los derechos de la parte denunciante de iniciar acción judicial alguna, que así creyere pertinente […]". (el resaltado nos pertenece).*

52. Al efecto, este tribunal de casación exterioriza que de esta información cargada en la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Quito del Ministerio de Trabajo con fecha 28 de julio de 2020, se evidencia que el empleador reconoce que la Universidad UTE se encuentra en procesos de desvinculación del personal que trabaja en sus instalaciones de acuerdo a una planificación administrativa-financiera y que está tratando de llegar a una propuesta de desvinculación con el señor Jaime Sandoval, en virtud de lo cual niega que exista un despido intempestivo.

53. Ahora bien, como se verifica del documento del auto de archivo de inspección, la parte empleadora indica que hasta el 28 de julio de 2020 no se le ha despedido al señor Jaime Eustorgio Sandoval Ruiz, sino que se encuentra realizando una propuesta de desvinculación con el trabajador; sin embargo, este Tribunal constata de la planilla de aportaciones del IESS que la Universidad UTE dejó de cancelar la aportación al seguro social y que lo hizo sobre la base de una remuneración proporcional hasta el 25 de mayo de 2020, pese a que se trataba de un trabajador estable y permanente, acto atentatorio contra el trabajador, que lo colocó en una situación de inestabilidad laboral al accionante, generándole intranquilidad y zozobro, por lo que es incuestionable que hay un despido indirecto y al efecto nos remitimos a la doctrina y a la jurisprudencia que son coincidentes en señalar: que las actuaciones de los empleadores, con las cuales se rompe el nexo contractual laboral, produce lo que en la doctrina se llama el despido indirecto, precisamente, para designar a todas aquellas escenarios en las cuales, por un comportamiento del empleador, el trabajador se considera en situación de despido, creándose ambientes que imposibilitan la continuidad de la prestación de servicios.

54. Al respecto el maestro Francisco de Ferrari citando a Caldera, dice: este despido existe por cuanto *"[…] la conducta seguida revela en el patrono un propósito de salir por vía sinuosa del trabajador o por lo menos, poner a éste en caso de retirarse del servicio; por lo que, en cualquier procedimiento directo o indirecto que de hecho, utilice el patrono con el propósito de terminar unilateralmente la relación laboral […]"* [3]. A su vez, el tratadista Ángel Eduardo Gatti, señala: *"[…] El despido indirecto (también conocido como "autodespido"), es la denuncia del contrato de trabajo por el trabajador, que imputa a su empleador un incumplimiento obligacional grave que hace imposible la continuidad del vínculo laboral.- Es decir que existe un justo motivo que valida la decisión de ruptura asumida por el dependiente. […] El fundamento del reconocimiento legal de esta causal, extintiva es evidente: evitar que el empleador hostigue al trabajador mediante conductas (incumplimiento deliberado de sus obligaciones laborales, deudas salariales, persecución, maltrato, etc.,) tendientes a que este termine quebrándose y renunciando, con la finalidad de expulsarlo de la relación sin verse obligado a indemnizarlo (como debería hacerlo si lo despidiere sin causa justificada) […]"* [4].

55. En este contexto, como se evidencia de la planilla de aportaciones del IESS, la Universidad UTE al dejar de cancelar la aportación al seguro social desde el 25 de mayo de 2020, afectó la estabilidad laboral del señor Jaime Eustorgio Sandoval Ruiz, por lo que este Tribunal de Casación, determina en el caso sub judice el deseo unilateral del empleador de dar por concluida la relación laboral el 25 de mayo del 2020.

56. Aunando a este hecho, este Tribunal exterioriza que, en este tipo de despidos indirectos, el empleador no da por terminada la relación de trabajo de manera expresa, sino que acude a mecanismos arbitrarios e ilegítimos que tienen la misma consecuencia que el despido intempestivo, de ahí que, no podía el caso ser resuelto como si se tratara de un despido directo, en el que deba verificarse el tiempo, modo y lugar en que ocurrió.

57. En este sentido, proceden las indemnizaciones establecidas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, así como el pago de lo preceptuado en el inciso séptimo del artículo 188 ibídem[5], el cual prevé que los trabajadores que hayan cumplido 20 y menos de 25 años laborales tienen derecho, adicionalmente, a la parte proporcional de la Jubilación Patronal.

IX. Liquidación:

- Última remuneración: USD 987.78
- Tiempo de servicios: 19 de agosto de 1996 / 25 de mayo de 2020
- Tiempo de servicios: 23 años con 9 meses.

---

[3] Francisco de Ferrari citando a Caldera, segundo volumen de su obra titulada *"Derecho del Trabajo"*, pág.371.

[4] Ángel Eduardo Gatti, Derecho del Trabajo, Manual de las Relaciones Individuales, Editorial Euros Editores S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2015, pág. 532 y 533.

[5] **CT. Art. 188.- Despido intempestivo** *"[…] En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código […]".*

58. DESPIDO INTEMPESTIVO (Art. 188 CT[6])
987,78 X 24 = **23.706,72**

59. DESAHUCIO (ART. 185[7] CT)
987,78 X 25% = 246,95 X 23 = **5.679,85**

60. <u>Total por concepto de despido intempestivo y desahucio: USD 29.386,57</u>

61. JUBILACIÓN PATRONAL PROPORCIONAL MENSUAL (Arts. 188 inciso séptimo y 216[8] CT).

jun-15	**1015,40**	jun-16	**1.279,56**	jun-17	**993,19**	jun-18	**987,78**	jun-19	**987,78**
jul-15	**1033,10**	jul-16	**1.229,59**	jul-17	**993,19**	jul-18	**987,78**	jul-19	**987,78**
ago-15	**993,19**	ago-16	**1.229,59**	ago-17	**993,19**	ago-18	**987,78**	ago-19	**987,78**
sep-15	**1014,01**	sep-16	**1.229,59**	sep-17	**993,19**	sep-18	**987,78**	sep-19	**987,78**
oct-15	**1177,29**	oct-16	**1.485,02**	oct-17	**993,19**	oct-18	**987,78**	oct-19	**987,78**
nov-15	**1089,32**	nov-16	**1.253,19**	nov-17	**993,19**	nov-18	**987,78**	nov-19	**987,78**
dic-15	**1020,95**	dic-16	**1.344,14**	dic-17	**993,19**	dic-18	**987,78**	dic-19	**1.059,97**
ene-16	**993,19**	ene-17	**1.026,51**	ene-18	**993,19**	ene-19	**987,78**	ene-20	**987,78**
feb-16	**1142,41**	feb-17	**993,19**	feb-18	**993,19**	feb-19	**987,78**	feb-20	**987,78**
mar-16	**993,19**	mar-17	**1.058,43**	mar-18	**993,19**	mar-19	**987,78**	mar-20	**987,78**
abr-16	**993,19**	abr-17	**993,19**	abr-18	**993,19**	abr-19	**987,78**	abr-20	**987,78**
may-16	**1279,56**	may-17	**993,19**	may-18	**987,78**	may-19	**987,78**	may-20	**832,31**

62. Para el cálculo de la jubilación patronal a la que tiene derecho el actor, se considera la suma total de lo percibido en los últimos cinco años de servicio, $ 62.396,30; valor que se divide para cinco años, con el objeto de obtener el promedio anual, dando un total de $12.479,26, valor que se multiplica por el 5% = $ 623,96; dicha cantidad es multiplicada por los años de servicio (23 años) = $ 14.351,15; dividido por el coeficiente determinado en el artículo 218 del Código del Trabajo (47 años = 10,5084) = 1.365,68; y dividido para 12 = $113,81.

63. <u>Valor total que le corresponde recibir mensualmente por jubilación patronal proporcional USD 113,81.</u>

64. Determinado el valor de la pensión jubilar patronal proporcional mensual vitalicia, y sin que este se oponga a la disposición del inciso primero del numeral segundo del artículo 216 del Código del Trabajo, el ex trabajador

[6] CT. **Art. 188.- Indemnización por despido intempestivo.-** El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:
Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,
De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.
La fracción de un año se considerará como año completo.
El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código.

[7] CT.- **Art. 185.- Bonificaciones 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 […]".

[8] CT.- **Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.-** Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:
1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.
Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:
a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

tiene derecho a que esta sea cancelada, vitalicia y mensualmente, desde día siguiente al de la conclusión de la relación laboral, es decir desde el 26 de mayo de 2020; por lo que hasta la presente fecha (febrero de 2024) han transcurrido 45 meses sin que se haya satisfecho dicho derecho; en virtud de lo cual, se le adeuda:

- Pensión jubilar patronal mensual hasta febrero de 2024 (45 meses): **USD $ 5.121,45.**
- Décima tercera pensión jubilar a noviembre de 2023: **USD $ 398,33**; sin que corresponda realizar el cálculo del año 2024 por no encontrarse vencida la obligación.
- Décima cuarta pensión jubilar a julio de 2023: **USD $ 1.341,66**; sin que corresponda realizar el cálculo del año 2024 por no encontrarse vencida la obligación.

65. **Total por concepto de pensiones jubilares mensuales y adicionales vencidas (decimotercera y cuarta pensión) USD $6.861,44.**

X. Decisión

66. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve:

67. Casar la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 12 de abril de 2022, a las 11h50, ordenando a la parte accionada Universidad UTE, en la persona de quien ejerza actualmente su representación legal, pague a la parte accionante, Jaime Eustorgio Sandoval Ruiz, el valor de treinta y seis mil doscientos cuarenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América 01/100 **(USD 36.248,01)** por concepto de despido intempestivo y pensiones jubilares patronales proporcionales mensuales adeudadas a febrero de 2024, décima tercera pensión jubilar patronal proporcional hasta noviembre de 2023; y, décima cuarta pensión jubilar patronal proporcional hasta julio de 2023.

68. La entidad accionada deberá cancelar a la parte accionante, en concepto de pensión jubilar patronal proporcional mensual vitalicia a partir de marzo de 2024 la cantidad de USD 113,81 a partir de marzo de 2024, incluso hasta un año posterior a su muerte a favor de sus herederos en razón del artículo 217 del Código del Trabajo; así como las pensiones jubilares patronales adicionales a las cuales tiene derecho conforme la ley (décima tercera y décima cuarta pensiones jubilares patronales).

69. En las demás pretensiones que no fueron materia del recurso de casación, se estará a lo manifestado por el tribunal de alzada.

70. El juez de instancia actualizara la liquidación al momento de la ejecución y calculará los intereses en los rubros que corresponda de conformidad con lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 2016-08.

71. Conforme al artículo 588 del Código del Trabajo se dispone el pago de las costas y los honorarios del abogado patrocinador de la parte actora en el 5% del monto dispuesto a pagar. **Notifíquese y cúmplase.-**

f) DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL** DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA **JUEZA NACIONAL** DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL.**

Resumen de fácil comprensión

El tribunal de casación, aceptando el caso cuatro, estableció que, la terminación de la relación laboral se dio de manera unilateral por parte del empleador, al haberse configurado un despido intempestivo indirecto, en virtud de lo cual, es procedente el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 188 y 185 CT, así como el pago de la jubilación patronal mensual proporcional por haber laborado más de 20 años para la misma institución.

III

Juicio Nro. *09359-2021-02864*
Fecha: *martes 27 de febrero del 2024, las 12h18*

TEMA: Indefensión de una parte procesal. Prueba oficiosa para mejor resolver.

SÍNTESIS

La Sala advierte que el fondo del litigio, giró en torno a que: el actor sostiene que el monto cancelado fue con sustento en lo establecido en el artículo 8 del Mandato Constituyente N° 02; mientras que, la parte demandada señala que dicho monto corresponde a la jubilación. Que la prueba de oficio no ha sido peticionada para suplir las deficiencias técnicas, sino que en definitiva persigue como fin último el esclarecimiento de los hechos, pues las partes coinciden en la entrega de una cantidad de USD. 62.074,50. Rubro que al sugerir la accionante obedecía a la aplicación de lo establecido en el artículo 8 del Mandato Constituyente N° 02 y en caso *in examine* se contó con el acta de finiquito, en la que en el considerando sexto, se determina que se trata de renuncia o retiro voluntario por jubilación. El tribunal de casación, rechaza el recurso de casación, por los casos uno y dos del artículo 268 del COGEP, al encontrar que no se ha dejado en indefensión a la parte demandada por haberse actuado prueba para mejor resolver; y, verificarse que la decisión de los jueces ha sido motivada en relación a la normativa legal y vigente en relación a los hechos controvertidos.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2021-02864.

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, martes 27 de febrero del 2024, las 12h18.

VISTOS: El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por las juezas nacionales: doctora María Consuelo Heredia Yerovi, doctora Enma Tapia Rivera; y, doctora Katerine Muñoz Subía, dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09359-2021-02864.

I. Antecedentes procesales

1. **Identificación de las partes procesales:** El señor José Ruperto Punguil Martínez sigue juicio sumario laboral en contra de la Escuela Superior Politécnica del Litoral "ESPOL", representada legalmente por la doctora Cecilia Alexandra Paredes Verduga, en su calidad de rectora. Se contó con el delegado del Procurador General del Estado, abogado Juan Enmanuel Izquierdo Intriago.
2. **El objeto de controversia determinado en la audiencia única:** De la lectura de la sentencia emitida por el juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, el 21 de abril de 2022, las 10h30, se observa que el objeto de la controversia es: *"1.- Determinar el derecho al pago de la pensión de jubilación patronal del accionante. 2.- Determinar si procede el descuento de la suma de USD$ 63,286.25 entregado por la demandada al actor por concepto de jubilación patronal. Consultada la defensa técnica de la parte demandada sobre los puntos objeto de debate fijado, manifiesta que está de acuerdo con los mismos, dictándose el correspondiente auto interlocutorio de fijación del punto del debate."*
3. **Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia:** El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, el 21 de abril de 2022, las 10h30, en sentencia resolvió:

   "declara CON LUGAR la demanda deducida por JOSE RUPERTO PUNGUIL MARTINEZ y ordena que la demandada ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL (ESPOL), en la persona

de su representante legal Ph.D. CECILIA ALEXANDRA PAREDES VERDUGA, por los derechos que representa en su calidad de Rectora, pague al actor de esta causa una pensión de jubilación patronal, la misma que se cuantifica según lo previsto en la regla 1, del Art. 216 del Código del Trabajo: CALCULO DE LA PENSION DE JUBILACIÓN: 1.- Edad del trabajador a la fecha de terminación de la relación laboral: 60 años. 2.- Tiempo de trabajo: 39.75 años. 3.- Coeficiente por edad: 5.7728. 4.- Suma de las 60 últimas remuneraciones: USD$ 87,636.31 : 5 = USD$ 17,527.26 x 5% = USD$ 876.36 x 39.75 años = USD$ 34,835.31 : 5.7728 = USD$ 6,034.38: 12 = USD$ 502.86. Cantidad en la que se fija la pensión de jubilación patronal mensual: USD$ 502.86. Liquidación de pensiones jubilares vencidas desde junio del 2021 a abril del 2022: a).- USD$ 502.86 x 11 = USD$ 5,531.46.- b).- Décima tercera pensión jubilar proporcional del año 2001 = USD$ 201.81.- c).- Décima cuarta pensión jubilar proporcional del año 2022 = USD$ 318.75; lo que suma un total de USD$ 6,052.06 (SEIS MIL CINCUANTA Y DOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, CON 06/100). Sin costas, ni honorarios que regular. – Tanto la parte demandada, como la parte actora, apelaron de la sentencia oral dictada, lo que para su procedencia deben cumplir con lo previsto en el Art. 257 del COGEP, una vez notificada la sentencia escrita..- Los intereses se calcularán con sentencia ejecutoriada.- Se declaran legitimadas las intervenciones de los defensores técnicos del accionante por comparecer a la audiencia junto con su defendido; y, de la parte demandada en virtud de la escritura pública de procuración judicial.- Intervine la Abogada Laura Lata Sánchez, en calidad de secretaria del despacho a mi cargo.-".

4. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 7 de septiembre de 2022, las 13h42, dicta sentencia, en la que resuelve:

"[…] en base a lo expuesto en este fallo, se rechaza el recurso de apelación presentado por la parte accionada, en consecuencia se confirma la sentencia dictada por el juez a-quo incluidos como queda dicho los valores liquidados que serán actualizados hasta la fecha en que se produzca el pago y de ahí en adelante la respectiva pensión mensual jubilatoria de $ 502.86. Sin honorarios ni costas que regular en esta instancia".

5. Referencia al recurso de casación: La parte demandada propone recurso de casación al amparo de los **casos uno, dos y cuatro del artículo 268 del COGEP.** Considerando como normas infringidas los siguientes artículos: 164 y 168 del Código Orgánico General de Procesos; 1583 del Código Civil; y 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador. La Conjueza Nacional (e), doctora Liz Barrera Espín, en auto de fecha 19 de diciembre de 2022, las 09h50, admite a trámite el recurso de casación formulado.

II. Competencia

6. 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 enero de 2024.

7. El tribunal de casación, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, convocó a audiencia para conocer y resolver el recurso de casación, misma que se llevó a cabo el día **lunes 19 de febrero de 2024, a las 09h00.**

8. La parte recurrente en la audiencia de sustentación del recurso de casación manifestó verbalmente que, desiste de los cargos imputados al caso cuatro, en este sentido, solo se refirió a los contemplados bajo los casos uno y dos del artículo 268 del COGEP.

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:

III. Fundamentación del recurso de casación

10. La parte demandada al fundamentar el recurso de casación, por el caso uno del artículo **268 del COGEP,** realiza las siguientes acusaciones:

11. Que, en la sentencia emitida por el Tribunal *ad quem* los jueces aplicaron indebidamente el artículo 168 del COGEP, que trata sobre la prueba para mejor resolver, porque solicitaron a la ESPOL la copia certificada del último contrato colectivo entre su poderdante y los trabajadores.

12. Aduce que, no podía aplicarse el artículo 168 ibídem, por el momento procesal en que se encontraba la causa. Debido a que cuando la Sala dispuso tal prueba de oficio, la respectiva audiencia ya se había sustanciado en buena parte, ya estaba superada la fase de saneamiento, conocimiento sobre pedidos de apelación de autos interlocutorios, conciliación, fijación objeto de la controversia, además se practicó prueba (por aceptarse la apelación del recurrente sobre una inadmisión de prueba por el juez a quo), incluso ya se había realizado la fundamentación del recurso de apelación.

13. Que si bien el artículo 168 del COGEP, no determina un tiempo límite para que los jueces ordenen la práctica de la prueba para mejor resolver, esta facultad, por una interpretación integral de la normativa procesal, no puede ya ejercerse una vez superada la producción de prueba y sobre todo, concluido el debate sobre el asunto de fondo. Señala que de la grabación se puede constatar que luego de otorgarse un receso para dictar sentencia oral, los jueces (una vez reanudada la audiencia), comunicaron la decisión de disponer prueba de oficio. Que se puede tomar como base analógica el caso del peritaje para mejor resolver, previsto en el artículo 226 *ejusdem,* el cual señala que este peritaje nuevo debe ser ordenado luego del debate entre los peritos de cada parte, en caso de que el juzgador mantenga dudas sobre los peritajes aportados, no puede ordenarse cuando lo único que queda por actuarse es la resolución oral. Por lo que si los jueces querían aplicar el artículo 168 del COGEP, debieron realizarlo luego de la producción de la prueba, no cuando las partes ya esperábamos que se dicte la sentencia.

14. Que, de otro lado, la aplicación de este artículo 168 ibídem, constituye una extralimitación por parte de la Sala, ya que en la práctica se suplió una actuación que debió ser incorporada al proceso por el accionante. Dice que debe recordarse que uno de los puntos de controversia es determinar si el valor de USD. 62.074,50, entregado por la ESPOL al actor a título de jubilación, podía ser descontado de las pensiones jubilares que se hayan generado y se generen a futuro.

15. Añade que, la prueba de oficio dispuesta no tuvo como norte: 1) Dilucidar una situación generada por cuanto las partes aportaron pruebas que se anulaban entre ellas; 2) para corroborar la veracidad de otra prueba, por ejemplo, constatar la autenticidad de un documento probatorio con signos de adulteración. Dice que, aun cuando el COGEP no prohíbe la práctica de prueba de oficio en la segunda instancia, la misma tiene estándares más rigurosos debido a que tanto en la apelación como al contestarla, las partes anuncian prueba bajo los presupuestos del artículo 258 ibídem.

16. Que, lo que sucedió es que la Sala aplicó un hecho nuevo, no alegado por las partes (existencia de contrato colectivo vigente), para sobre esto, solicitar prueba para mejor resolver, en consecuencia, este hecho nuevo debió alegarse por el actor y ser pedido al contestar la apelación.

17. Que, la prueba de oficio causó indefensión a la ESPOL, puesto que, no existen recursos ordinarios para impugnar la decisión de disponer prueba para mejor resolver. Que al tratarse la prueba de oficio sobre un tema nuevo, que nunca fue alegado por el demandante, no hubo la posibilidad de defenderse sobre este nuevo hecho.

18. Que, en el considerando OCTAVO de la sentencia, titulado "ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE ESTE TRIBUNAL A EFECTOS DE RESOLVER", la Sala de apelación, deja constancia que la prueba de oficio recabada los llevó a concluir que la cantidad de USD. 62.074,50, entregada por la ESPOL al accionante, obedeció más a la existencia del contrato colectivo. Es decir, que esta prueba fue determinante para que la Sala niegue el recurso de apelación y tuvo incidencia incontestable en la resolución de segunda instancia.

19. Que, en virtud de lo expuesto, se ha producido la aplicación indebida del artículo 168 del COGEP, causando indefensión a la ESPOL, lo que influyó en la decisión de la causa.

20. Por el caso dos: El casacionista alega la causa señalada-entre otras cosas-tipifica a la falta de motivación como uno de los vicios por los cuales se puede recurrir la sentencia vía casación.

21. Que, la falta de motivación se da en la sentencia al no realizarse una argumentación

completa, adecuada y congruente sobre la decisión de disponer la práctica de la prueba para mejor resolver.

22. Más allá de que en la sentencia se indica que la decisión de disponer prueba de oficio tuvo como motivo la búsqueda de la verdad y además, la correlación con otras pruebas aportadas al proceso, lo cierto es que-tal como se lo indicó-la Sala decretó para acreditar un hecho que no fue alegado por ninguna de las partes.

23. Por ello, se colige que esta decisión sufre de un vicio de motivación, esto es, la inatinencia, ya que las razones proporcionadas no tienen que ver con el punto de discusión. No hay que olvidar que no fue fijado como punto de debate la existencia y vigencia de un contrato colectivo entre la ESPOL y sus trabajadores. Consecuentemente las razones usadas por el Tribunal *ad quem* para intentar justificar la prueba de oficio, no guardan relación con los puntos de debate fijados.

24. Contestación del recurso de casación por la parte actora: Por su parte, el accionante 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.

IV. Problemas Jurídicos

25. Por el caso uno: Determinar si existe aplicación indebida del artículo 168 del COGEP, que trata sobre la prueba para mejor resolver, porque solicitaron a la ESPOL la copia certificada del último contrato colectivo suscrito entre el Comité Central Único de Trabajadores y la entidad demandada, lo que dejó en indefensión a la parte demandada al no poder contradecir dicho medio de prueba con otro y, además suplir la deficiencia de la defensa del accionante.

26. Por el caso dos: Dilucidar si se ha producido falta de motivación en la sentencia, por no realizarse una argumentación completa, adecuada y congruente sobre la disposición de practicar prueba para mejor resolver, adoleciendo la decisión del vicio de inatinencia, porque además se ordenó la prueba por razones que no tienen que ver con el punto de discusión, pues no fue fijado como punto de debate la existencia y vigencia de un contrato colectivo entre la ESPOL y sus trabajadores.

VI. Análisis del tribunal de casación

27. Del recurso de casación: La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; *"[…] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de […] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio […]"* [1].

28. 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.

29. La parte demandada sustenta sus acusaciones en el caso uno del artículo 268 del COGEP, que determina: *"[…] 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 […]".*

30. Este vicio doctrinariamente se conoce como in procedendo, llamado a producir la nulidad del proceso; radica en la vulneración del procedimiento *«por violación indirecta (la violación directa es en el proceso pero no en el fallo)* [2], para lo cual, no bastará que el recurrente impute al fallo de haber incurrido en causal de nulidad, sino, que esta sea insanable, o haya provocado

[1] Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005. Pág. 221.
[2] Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005. Pág. 114.

indefensión, adicionalmente, que hubiere influido en la decisión de la causa y que ella no haya sido convalidada dentro del proceso.

31. Para resolver el problema jurídico al amparo del caso uno *"Determinar si existe aplicación indebida del artículo 168 del COGEP, que trata sobre la prueba para mejor resolver, porque solicitaron a la ESPOL la copia certificada del último contrato colectivo suscrito entre los trabajadores y la entidad demandada, lo que dejó en indefensión a la parte demandada al no poder contradecir dicho medio de prueba con otro y, además suplir la deficiencia de la defensa del accionante"*, este Tribunal de Casación, precisa lo que sigue:

32. El artículo 168 del COGEP, establece que: *"La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días"*, norma que en sí misma no establece una solemnidad sustancial, sin embargo, dado que el caso uno del artículo 268 del COGEP, también contempla la posibilidad de denunciar yerros que pudieran dejar en indefensión a una de las partes procesales, caso en el que nos encontramos en tanto la parte demandada-casacionista sostiene que la producción de prueba de oficio por parte de los juzgadores ha hecho que no puedan contradecir dicha prueba y que además ha sido solicitada para resolver un asunto que no fue materia de la *litis*.

33. Así las cosas, es importante señalar que el artículo 168 *ibídem*, faculta a los jueces solicitar de manera excepcional prueba oficiosa, con la finalidad de esclarecer los hechos puestos a su conocimiento, las razones para su aplicación deben ser expuestas. Cuando ésta sea ordenada, el juzgador puede suspender dicha audiencia hasta por el término de 15 días.

34. El carácter de excepcional de esta norma, guarda sentido en tanto el proceso debe dirigirse o sustanciarse en atención al principio dispositivo establecido en el artículo 5 del COGEP, que además tiene rango constitucional, pues la CRE en el artículo 168.6, establece que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral y bajo los principios de concentración, contradicción **y dispositivo**. Es decir, el impulso del proceso, corresponde a las partes procesales. De ahí que, el artículo 130 del COFJ, al establecer las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces, claramente señala que en el quehacer jurisdiccional los jueces deben ejercer sus atribuciones de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes, por lo que entre otras cosas, deben: *"Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios;"* y ordenar la práctica de pruebas de oficio *"10. […] con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;"*, es decir, que deben ordenarse cuando efectivamente sean necesarias para encontrar la verdad material. Lo que no supone de modo alguno, suplir la deficiencia técnica de los abogados defensores de las partes procesales.

35. Ahora bien, conforme se observa de la sentencia de apelación, los jueces de alzada, establecen la necesidad de ordenarla bajo el siguiente argumento:

> **"QUINTO A.- APELACIÓN CON EFECTO DIFERIDO SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.-** Indica en su escrito que apeló de la inadmisión del acta de finiquito por parte del juez de origen, por lo que considera que se debe admitirla dada su importancia probatoria. Al respecto el tribunal adoptó la siguiente resolución: admitir como prueba en esta segunda instancia dicha acta de finiquito, por lo que se dispuso su producción con la consiguiente contradicción de la parte actora. **QUINTO A.- DETERMINACION DEL OBJETO DE DEBATE.- PARTE ACCIONADA .-** En su escrito de apelación al referirse al fondo de lo resuelto solicita que se revoque la sentencia o en su defecto se compense lo que le corresponde como jubilación al trabajador con el valor recibido mediante el acta de finiquito que es de $ 62, 074,50. **QUINTO B.- DETERMINACION DEL OBJETO DE DEBATE.- PARTE ACTORA.-** Realiza en su recurso una explicación sobre la diferencia que existe entre la jubilación normal del art. 216 del C.T. y la bonificación que autoriza el Mandato Constituyente No. 2 en su art. 8. […] Como queda expresado en el acápite del objeto del debate, el trabajador reclama por cuanto lo que se le

ha entregado por la institución demandada es lo que ordena el Mandato Constituyente No. 2 Art. No. 8, en su inciso segundo que dispone el pago de 7 salarios básicos a todos aquellos trabajadores que se separen voluntariamente de las instituciones públicas, y cuyo monto asciende a la cantidad de $62,074.50 y para ello citan la base legal en que se amparan, esto es lo acordado en contrato colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo y bajo cualquier denominación del ya citado mandato. En este escenario el tribunal de oficio dispuso basado en lo que establece el art. 168 del Cogep, como prueba para mejor resolver, se requiera de la parte demandada la presentación del contrato colectivo, tarea en la que se comprometió el defensor técnico de dicha parte, disposición que se cumplió, por lo que se pudo contar con dicho contrato, que se la puso a su conocimiento y al cual se refirieron en la audiencia de segunda instancia las partes procesales, acto probatorio que encuentra plena justificación atento a la búsqueda de la verdad procesal y su correlación con otras pruebas aportadas al proceso. […]".

36. De la cita del fallo impugnado tenemos que, a la parte demandada le fue admitido el recurso de apelación que hizo al auto interlocutorio de inadmisión de prueba, por lo que se le admitió y produjo como prueba a su favor el acta de finiquito, documento del que ejerció el derecho a la contradicción la parte actora. Del mismo modo, se observa que fijan como objeto de apelación en base a la fundamentación y sustentación de los recursos propuestos tanto por la parte actora como por la demandada, los que en relación al recurso propuesto por la actora, giran en torno a que el monto cancelado a la trabajadora en la cantidad de USD. 62.074,50 obedece a un pago con sustento en lo establecido en el artículo 8 del Mandato Constituyente N° 02, mientras que la parte demandada señala que dicho monto corresponde a la jubilación por lo que debe ser compensado con lo ordenado a pagar en la sentencia de primera instancia.

37. De lo dicho, se infiere claramente que los objetos de debate en apelación fueron aceptados por las partes y que la prueba de oficio no ha sido peticionada para suplir las deficiencias técnicas de la parte actora como sugiere el recurrente, sino que en definitiva persigue como fin último el esclarecimiento de los hechos, pues tanto la parte actora como demandada, son coincidentes en la entrega de una cantidad de USD. 62.074,50. Rubro que al sugerir la accionante obedecía a la aplicación de lo establecido en el artículo 8 del Mandato Constituyente N° 02, es decir, un tope de siete salarios básicos unificados por cada año de servicios, por estipulación en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otro tipo de acuerdo y, que en caso in examine se contaba con el acta de finiquito, en la que en el considerando sexto se hace una precisión en cuanto a que el valor determinado en el acta por concepto de renuncia o retiro voluntario se encuentra pendiente de pago y será reconocido por el empleador, comprometiéndose a enviar a las autoridades responsables a fin de que destinen los fondos para cubrir con la obligación señalada de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria y a la priorización que hagan las instancias pertinentes (fecha del acta: 16 de julio de 2021); mismo que conforme además al documento titulado SPRYN-ROL DE PAGO de fecha 26 de noviembre de 2021, fue entregado bajo la denominación *"710706 INDEMNIZACIONES BENEFICIO POR JUBILACIÓN"*. En este sentido, no se observa que la actuación de prueba de oficio haya servido para suplir la falta de prueba del actor, por el contrario ha sido solicitada para constatar y que no quede duda alguna, que el monto entregado fue por retiro o renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación. Medio probatorio al que el abogado de la defensa técnica de la parte demandada se comprometió a entregar, como en efecto así lo hizo, por lo que llama la atención que en este momento procesal indique se le dejó en indefensión, cuando además, en la audiencia se garantizó su derecho a la contradicción.

38. Nótese que el artículo 168 del COGEP, no establece que la prueba para mejor resolver deba ser necesariamente actuada en primera instancia, toda vez que, es una facultad del juzgador, por lo que queda a su discrecionalidad el momento en que lo necesite, lo que si determina la norma es que sea para esclarecer los hechos, entendiéndose que atento al principio de oralidad debe suspenderse la decisión y ponerse en conocimiento de las partes procesales para que se pronuncian sobre aquella, es decir, debe ser

practicada precisamente como prueba complementaria para resolver el asunto controvertido.

39. En este escenario, no se advierte que la producción de la prueba para mejor resolver rompa el principio de igualdad entre las partes ni que afecte a la neutralidad-imparcialidad del juzgador, ni que aquella haya suplido a la inactividad procesal de las partes en cuanto a la presentación de pruebas.

40. La doctrina considera que para ordenar pruebas de oficio deben cumplirse las siguientes reglas: **a)** la prueba ordenada de oficio debe limitarse a los hechos controvertidos; **b)** debe determinar las pruebas cuya práctica ordena; **c)** debe garantizarse la observancia de los principios de contradicción y de defensa[3].

41. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, a través de su Sala de lo Civil, ha expuesto varios criterios jurisprudenciales en cuanto a las pruebas de oficio, en el sentido de que: *"El juez puede oficiosamente ordenar la práctica de las pruebas que las partes pidieron extemporáneamente o sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su decreto."*; *"El juez debe decretar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, siempre que ellas sean pertinentes y eficaces, y que no sean superfluas o prohibidas por la ley"* [4].

42. La Corte Nacional de Justicia al realizar el estudio sobre la prueba oficiosa ha señalado: *"si* ***los medios probatorios aportados por las partes en el proceso resultan insuficientes para esclarecer la verdad procesal*** *y llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, podrá ordenar de oficio, mediante decisión motivada, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos"*; asimismo concluye que, por ésta misma razón la imparcialidad del juez no se afecta ni se rompe al decretar prueba de oficio[5].

43. Visto lo anterior, no se advierte que la parte demandada haya quedado en indefensión, por lo que se rechaza el cargo acusado, bajo el caso uno del artículo 268 del COGEP.

44. **La entidad accionada asimismo sustento su recurso en el caso dos,** de cuyas alegaciones se extrajo el siguiente problema jurídico a resolver: *"Dilucidar si se ha producido falta de motivación en la sentencia, por no realizarse una argumentación completa, adecuada y congruente sobre la disposición de practicar prueba para mejor resolver, adoleciendo la decisión del vicio de inatinencia, porque además se ordenó la prueba por razones que no tienen que ver con el punto de discusión, pues no fue fijado como punto de debate la existencia y vigencia de un contrato colectivo entre la ESPOL y sus trabajadores"*.

45. 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 […]"*.

46. Tenemos, por tanto, dos vicios de casación que podrían presentarse en el fallo: el primero tiene que ver con los requisitos de forma y, el segundo con los de fondo. Así, son requisitos de forma aquellos relacionados con la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de los miembros del tribunal o jueces. Por su parte son requisitos de fondo, aquellos relacionados con la resolución y la motivación en ella expuesta, de ahí la obligatoriedad del juez de establecer las normas legales o principios jurídicos en los que sustenta su pronunciamiento y la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión.

47. 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.

48. 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*

[3] Corte Nacional de Justicia, "Apuntes sobre la prueba en el COGEP", pág. 123.
[4] Ob. 124.
[5] Ob. 124.

inconsistencia acusadas a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe o no el vicio alegado […] [6]

49. 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.

50. 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)*

51. 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.

52. La parte demandada fundamentalmente aduce que el fallo no está motivado porque no se realizó una argumentación completa, adecuada y congruente sobre la disposición de practicar prueba para mejor resolver y que además contiene el vicio de inatinencia porque se ordenó la prueba por razones que no tienen que ver con el punto de discusión sin que haya estado en debate la existencia del contrato colectivo.

53. De la impugnación realizada por el casacionista, tenemos que la impugnación que se trae a colación respecto a las razones para ordenar prueba para mejor resolver o de oficio, fue ampliamente analizada al resolver el caso uno, toda vez que, acusó la nulidad por esta misma razón.

54. Se indica al casacionista que la aplicación facultativa del juzgador para ordenar prueba de oficio guarda sustento en lo establecido en los artículos 168 del COGEP y 130.10 del COFJ, misma que fue motivada en el contexto y de acuerdo a las pruebas que cada parte aportó, pues su utilización fue como prueba adicional para esclarecer los hechos. Siendo que además, era una prueba en torno al punto materia de controversia, dado que, la parte actora en su acto de proposición señaló haber recibido una cantidad de dinero del empleador en atención a la renuncia voluntaria presentada para acogerse a la jubilación, mientras que el demandado adujo que aquello se trataba del reconocimiento del derecho a la jubilación, para resolver aquello y considerando las pruebas con las que contaban los jueces de alzada hasta inclusive la que se practicó en segunda instancia (acta de finiquito), se hizo uso de la facultad del juzgador para pedir prueba oficiosa-contrato colectivo, porque se requería clarificar las razones específicas de la entrega de ese monto dinerario, máxime si se trataba del derecho a la jubilación; derecho que es imprescriptible e intangible, que representa un reconocimiento por mandato legal, al esfuerzo y dedicación del trabajador que ha brindado todo su contingente por un periodo de tiempo igual o superior a 25 años. En este sentido, la orden de actuación del juzgador responde a la aplicación de una norma procesal vigente y aplicable al caso, en relación a los hechos materia del debate, por lo que no adolece la decisión en lo que fue materia de casación del vicio de inatinencia alegado, verificándose que se ha cumplido con la garantía de motivación establecida en el artículo 76.7, letra l) de la CRE y con la seguridad jurídica contemplada en el artículo 82 ibídem, en tal virtud deviene

[6] Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, págs. 135-136.

en improcedente el cargo acusado al amparo del caso dos del artículo 268 del COGEP.

VII. Decisión

55. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

56. No casar la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 7 de septiembre de 2022, las 13h42. Sin costas.- **Notifíquese.-**

f) DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL** DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL** DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

El tribunal de casación, rechaza el recurso de casación, por los casos uno y dos del artículo 268 del COGEP, al encontrar que no se ha dejado en indefensión a la parte demandada por haberse actuado prueba para mejor resolver; y, verificarse que la decisión de los jueces ha sido motivada en relación a la normativa legal y vigente en relación a los hechos controvertidos.

IV

Juicio Nro. *01371-2020-00189*
Fecha: *jueves 7 de marzo del 2024, las 9h13*

TEMA: *Regla de la Supletoriedad* (art. 33 de la Ley de Empresas Públicas). Aplicabilidad de los derechos y beneficios del CT a obreros de empresas públicas.

SÍNTESIS

El ad quem aceptó el recurso de apelación de la parte actora y reformó la sentencia venida en grado, por lo tanto, ordenó el pago al empleador, con el triple de recargo, al amparo del art. 94 CT. Interpuesto recurso de casación por los casos dos y cinco del art. 268 COGEP alega; que el actor es un servidor público de carrera y que no está sujeto a la protección del CT. La Sala advierte: si bien los servidores públicos de carrera y los obreros se encuentran descritos y regulados en la Ley de Empresas Públicas, no quiere decir que gocen del mismo régimen laboral. Esta Ley debe leerse de manera armónica y sistemática, respetando la norma jurídica de cada régimen, es decir, en el ámbito laboral de las empresas públicas coexisten diferentes regímenes bajo un mismo empleador. De ahí que, la propia Ley reconoce que los servidores de carrera están sujetos única y exclusivamente a las disposiciones normativas de su propia ley y, adicionalmente, a las normas internas de talento humano que fueren emitidas por el Directorio de la empresa. De esta forma, quedan excluidos de la aplicación del Código del Trabajo. Sin embargo, esta Sala Especializada de lo Laboral reconoce la autonomía que tienen las empresas públicas para regular el talento humano a través de sus propias normas; por lo que, si mediante reglamento se puede determinar que a los servidores públicos les es aplicable el Código del Trabajo, debiendo existir una estipulación o norma expresa. Con respeto al caso de los obreros, estos no solo están sujetos a la Ley de Empresas Públicas, siendo la norma que crea su categoría, sino también a las disposiciones previstas por el Código del Trabajo, ya que se vinculan a través de un contrato individual de trabajo, que única y exclusivamente está regulado en dicho cuerpo normativo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01371-2020-00189

Jueza Ponente: Dra. Enma Tapia Rivera

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 7 de marzo del 2024, las 9h13.

VISTOS. – El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por las juezas nacionales y el conjuez nacional: Dra. Enma Tapia Rivera (ponente), Dra. Katerine Muñoz Subía y Dr. Julio Arrieta Escobar, quien reemplaza a la Dra. María Consuelo Heredia Yerovi por excusa, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **01371-2020-00189.**

I. Antecedentes procesales.

1. El señor **Gilberto Aníbal Murillo Espinoza** (también **"actor"**) inició juicio laboral en contra de la **Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador TAME EP** -en liquidación-, en la persona del señor Esteban Riofrío Correa, en su calidad de gerente general; también, en contra del **Ministerio de Transporte y Obras Públicas,** en la persona del señor José Gabriel Martínez Castro, en calidad de ministro; y, por último, en contra de la **Procuraduría General del Estado,** en la persona del señor Íñigo Salvador Crespo, en calidad de procurador. A todos ellos demandó, por los derechos que representan de sus mandatarias, a quienes, individual o conjuntamente, se les denominará como **"demandada"** o **"recurrente"**.

2. En su libelo de demanda, el actor señaló que prestó sus servicios para la empresa pública TAME, desde el 01 de agosto de 2001 hasta la actualidad. Indicó que TAME le adeuda las remuneraciones de los meses de marzo (**USD 682,18**), abril (**USD 607,13**) y mayo (**USD 584,29**) de 2020. Aclaró que la remuneración correspondiente al mes de marzo, TAME solo le ha cancelado el valor de **USD 146,07**. Con estos antecedentes, solicitó: (1) el pago de las remuneraciones de marzo, mayo y abril de 2020, (2) la sanción del triple del recargo al empleador moroso, al amparo del Art. 94 del Código del Trabajo y (3) intereses legales.

3. TAME, en su contestación, comenzó por aclarar que la empresa se encuentra en fase de liquidación, siendo el señor Roberto Carlos Córdova Bernal su liquidador y, por consiguiente, su representante legal. Luego, admitió la existencia de la relación, pero rechazó que se encuentren pendiente de pago las remuneraciones demandadas, ya que afirma que estos "[…] *fueron cancelados en el momento oportuno* […][1]". Adicionalmente, aclaró que el actor se desempeña como servidor público de carrera desde el 01 de enero de 2009, no encontrándose bajo el régimen del Código del Trabajo, por lo que, resulta improcedente el pago de la sanción del triple del recargo. Con estos antecedentes, solicitó se rechacen las pretensiones de la demanda por improcedente y por falta de derecho.

4. Por su parte, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas señaló que aún no se ha otorgado la escritura pública para la transferencia de los activos y pasivos, incluyendo los derechos litigiosos de TAME, por lo que, interpuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa. Así también, alegó la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho. En el caso de la Procuraduría General del Estado no presentó contestación a la demanda.

5. Con fecha 14 de febrero de 2023, la Dra. Jeanneth María Mendieta Vanegas, jueza de la Unidad Judicial del Trabajo de Cuenca, mediante sentencia escrita, declaró sin lugar la demanda, por considerar que no existía prueba que demuestre si el pago de las remuneraciones demandadas fue antes o después de presentada la demanda. Inconforme con esta decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación.

6. Con fecha 16 de mayo de 2023, subida la causa en grado, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia Azuay (también **"Sala de Apelación"**), conformada por los jueces provinciales: Dr. Freddi Humberto Mulla Ávila (ponente), Dra. Sandra Elizabeth Aguirre Estrella y Dr. Edgar Fernando Loyola Polo, en sentencia escrita, aceptó el recurso de apelación de la parte actora y, por ende, reformó la sentencia venida en grado, por lo tanto, ordenó el pago de la sanción del empleador al amparo del Art. 94 del Código del Trabajo, hasta un valor total de **USD 2.877,54;** pues consideró que el pago de las remuneraciones demandadas fueron canceladas luego de interpuesta la demanda. Inconforme con esta decisión, la empresa demandada interpuso recurso extraordinario de casación por los casos **dos y cinco** del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (también **"COGEP"**). De esta manera, el proceso fue enviado a la Corte Nacional de Justicia para su conocimiento y calificación.

7. Luego de que la parte recurrente aclaró su recurso de casación, con fecha 01 de septiembre de 2023, la Dra. Liz Mirella Barrera Espin, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de admisión, aceptó a trámite el recurso de casación por los **casos dos y cinco** del Art. 268 del COGEP, según obra de fs. 13 a 16 del cuaderno de casación. La parte actora no contestó el recurso de casación.

8. De conformidad con el auto de admisión, a la parte recurrente le fueron aceptados y admitidos los siguientes cargos e infracciones; **por el caso dos**, por la alegada vulneración a la garantía de motivación, por el vicio de incoherencia; y, también, **por el caso cinco,** por la alegada indebida aplicación del Art. 94 del Código del Trabajo, así como por la falta de aplicación de los Art. 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (también "**Ley de Empresas Públicas**").

9. Sorteada la causa a las juezas 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 **29 de febrero de 2024, a las 11h30;** y, una vez finalizado el debate, se dio cumplimiento al Art. 273 del COGEP, emitiéndose la resolución de manera oral en audiencia.

[1] Véase el cuaderno de primer nivel, escrito que contiene la contestación a la demanda de la empresa pública TAME, fojas 77 a 82.

II. Competencia.

10. El presente recurso de casación se fundamenta en lo previsto en el Art. 184.1 de la Constitución de la República (también "**Constitución**"); en concordancia con los Arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (también "**COFJ**"); así como lo previsto en el Art. 269 del 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.

11. Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades legales y constitucionales, por lo que la causa se considera válida procesalmente.

IV. Fundamentación del recurso extraordinario de casación.

A. Por el caso DOS.

12. De acuerdo con el recurso contentivo de casación y el escrito que aclara éste, por el caso dos, la recurrente señala que la sentencia de segundo nivel expone una argumentación jurídica insuficiente por lo que adolece de apariencia. Afirma que su fundamentación contiene un "[…] *silogismo* [que] carece de toda *lógica* […][2]", porque comienza por señalar que el actor prestó sus servicios a TAME como servidor público de carrera, luego expone que el actor ha reconocido mediante la declaración de parte que ha recibido las remuneraciones demandadas, y, sin embargo, termina por concluir que le corresponde la sanción del Art. 94 del Código del Trabajo. Por lo tanto, deduce que "[…] *la conclusión a la que debió llegar el Tribunal es que no procede la sanción establecida en el artículo 94 del Código del Trabajo por cuanto: i) [el actor] es un servidor público de carrera y ii), porque mi representada cumplió con el pago de sus remuneraciones* […][3]". También refiere que el tribunal erró al haber concluido que TAME no cuenta con un Reglamento Interno de Administración de Talento Humano, siendo una norma de conocimiento público.

B. Por el caso CINCO.

13. Por el caso cinco, la empresa demandada acusa la indebida aplicación del Art. 94 del Código del Trabajo, pues sostiene que la sanción del triple de recargo es única y exclusivamente aplicable para los obreros, más no a los servidores públicos de carrera. Por consiguiente, indica que el tribunal de apelación erró al haber aplicado el régimen del Código del Trabajo a un servidor público de carrera, sin considerar lo previsto en los Arts. 18 y 19 de la Ley de Empresas Públicas. En tal sentido, arguye que estas disposiciones normativas "[…] *regulan, clasifican y determinan quienes son servidores públicos y quienes son obreros del sector público, indicando que estos últimos están sujetos al Código del Trabajo.*[4]*"*. De esta manera, sostiene que, de haberse aplicado correctamente estas disposiciones normativas, el tribunal hubiese concluido que la sanción del Art. 94 del Código del Trabajo no es aplicable en el caso de los servidores públicos de carrera.

14. Consecuentemente, por los antecedentes, la recurrente solicita se case la sentencia y, por lo tanto, se deseche la demanda interpuesta por la parte actora.

V. Problemas jurídicos planteados.

15. De acuerdo con los fundamentos expuestos por este recurso de casación, este tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos:

15.1. Por el caso dos: ¿La sentencia de segundo nivel carece de la garantía de motivación por contener premisas que se contradicen, por haber reconocido un derecho previsto del Código del Trabajo a un servidor público de carrera?

15.2. Por el caso cinco: ¿La sentencia de segundo nivel aplicó correctamente la sanción del triple de recargo, prevista en el Art. 94 del Código del Trabajo, en contra de la empresa demandada, por el pago tardío de las remuneraciones a un servidor público de carrera de una empresa pública?

VI. Análisis del tribunal de casación.

A. Por el caso DOS.

A.1. Consideraciones preliminares sobre la naturaleza del caso DOS del Art. 268 del COGEP.

15.3. 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

[2] Véase el cuaderno de casación, escrito que aclara el recurso extraordinario de casación, fojas a 07 a 09.
[3] *Ibídem.*
[4] *Ibídem.*

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.

15.4. 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[5].

15.5. 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.

15.6. En este escenario, la Corte Constitucional ha señalado que la garantía de motivación:

> *[N]o asegura a las personas que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una motivación correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos, sino que tenga una* ***motivación suficiente****; suficiente para que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa pueda ser efectivamente ejercidos con miras a enmendar las incorrecciones en que incurrieran los actos del poder público*[6]*.* (El énfasis le corresponde al texto original).

16. Así, el derecho a la motivación no trae consigo el derecho al acierto o corrección jurídica de las resoluciones judiciales impugnadas. En tal sentido, esta línea jurisprudencial ha establecido que para examinar una vulneración de la garantía de motivación los juzgadores deberán ceñirse al criterio rector que trae consigo el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, que prescribe "[n]*o habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho.* [7]". Así, se tiene que la argumentación jurídica se compone de una estructura mínimamente completa, debiendo contener una fundamentación fáctica y jurídica suficiente [8].

17. En este sentido, la garantía de motivación se satisface cuando la fundamentación normativa contiene 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 y pertinencia a los hechos del caso; y, también, la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Por lo tanto, la Corte Constitucional ha establecido que *"esta garantía no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica, pues tan solo impone a los jueces la obligación de expresar las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión."* [9].

18. De igual forma, la Corte Constitucional ha desarrollado tipos de deficiencias motivacionales, que derivan del incumplimiento de dicho criterio rector, entre las que constan: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia, emergiendo de esta última, vicios, como: la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia y la incomprensibilidad[10]. Finalmente, cabe precisar que, si alguna de las partes procesales alega la vulneración de la garantía de motivación, tiene la obligación de *"formul*[ar] *con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación.* [11]*"*,

[5] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1408-14-EP/20 en el Caso No. 1408-14-EP. 29 de julio de 2020. Párr. 38.
[6] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1158-17-EP/21 en el Caso No. 1158-17-EP (*Caso Garantía de la motivación*). 20 de octubre de 2021. Párr. 24.
[7] *Ibídem; párr. 57.*
[8] *Ibídem; párr. 57.*
[9] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 649-18-EP/23 en el Caso No. 649-18-EP. 09 de febrero de 2023. Párr. 26.
[10] Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 1158-17-EP/21 en el Caso No. 1158-17-EP (*Caso Garantía de la motivación). 20 de octubre de 2021. Párr. 66 y 71.*
[11] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 145-17-EP/23 en el Caso No. 145-17-EP. 08 de marzo de 2023. Párr. 50.

pues no basta con realizar afirmaciones genéricas, se debe especificar en qué consiste el supuesto defecto; ya que *"la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público."* [12].

A.2. Análisis y resolución del ÚNICO problema jurídico por el CASO DOS.

19. La recurrente en esencia sostiene que la sentencia de apelación carece de premisas lógicas y conducentes respecto de la conclusión final, sin que haya sido correcto que el tribunal de apelación haya impuesto la sanción del triple de recargo, prevista en el Art. 94 del Código del Trabajo, pues el actor es un servidor público de carrera y no es beneficiaria de los derechos consagrados en la norma en mención. Por consiguiente, solicita se case la sentencia recurrida y se deseche la demanda en su contra.

20. Antes de iniciar al análisis correspondiente para determinar si la sentencia recurrida carece de la garantía de motivación, en el vicio de insuficiencia, este tribunal estima oportuno precisar que, la Corte Constitucional del Ecuador, en reiteradas ocasiones, ha confirmado que la garantía de motivación no conlleva el derecho de corrección o acierto de los hechos o de las normas jurídicas, o de las inferencias probatorias que contenga la sentencia. Por lo tanto, no le corresponde a este tribunal analizar y determinar si las respuestas a los problemas jurídicos resueltos en la sentencia recurrida son o no acertadas[13]. Consecuentemente, este tribunal, por el caso segundo, se limitará a revisar si la sentencia recurrida cuenta con una fundamentación mínimamente completa, es decir, si la fundamentación jurídica y fáctica son suficientes, así como si existe la debida explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los hechos del caso.

21. Con esta cuestión preliminar expuesta, este tribunal estima apropiado primero revisar la sentencia recurrida, para luego determinar si ésta cumple o no con una fundamentación suficiente, sin que existan postulados incoherentes, inatinentes, incongruentes u otros que puedan afectar la garantía de motivación. En caso de advertirse la presencia de algún vicio casacional, este tribunal casará la sentencia recurrida y la sustituirá por una que estime adecuada, corrigiendo así los yerros motivacionales.

22. De esta manera, revisada la sentencia recurrida, ésta centra su análisis en resolver si el actor ha cumplido con los presupuestos para ser beneficiario del derecho consagrado en el Art. 94 del Código del Trabajo, que prevé la sanción al empleador moroso. En este escenario, el tribunal comienza por realizar ciertas precisiones que no están en discusión en esta etapa, como que, el actor prestó sus servicios a la demandada en calidad de servidor pública de carrera, y, que, la empresa demandada había cancelado las remuneraciones demandadas. No obstante, al tribunal le quedaba por resolver por puntos esenciales, el primero, saber si los pagos de dichas remuneraciones habían ocurrido antes o después de la presentación de la demanda; y, segundo, si procedía o no el pago del Art. 94 del Código del Trabajo en el caso de un servidor público de carrera.

23. Así entonces, respecto del primer punto, que aborda una cuestión netamente fáctica o probatoria, el tribunal concluye que los pagos de dichas remuneraciones ocurrieron tardíamente. Para arribar a dicha conclusión, la sentencia recurrida refiere que aquello se desprende de la prueba documental que materializa los comunicados realizados por la gerencia general de TAME. Consecuentemente, existe una fundamentación fáctica suficiente, se conoce con basta claridad cuál fue el medio de prueba y las inferencias probatorias que permitieron concluir que los pagos de las remuneraciones demandadas fueron realizados de manera tardía.

24. Respecto del segundo punto, el análisis es estrictamente jurídico, ya que el debate se centra en determinar si los derechos previstos en el Código del Trabajo son aplicables al actor, quien prestó servicios en calidad de servidor pública de carrera. Para resolver este problema jurídico, la sentencia recurrida cita varios artículos de la Constitución, la Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley de Empresas Públicas, con el propósito de dilucidar cuál es el régimen jurídico aplicable al actor. En este marco, el tribunal de apelación comienza por mencionar que todos los trabajadores a nivel nacional gozan del principio de estabilidad laboral. Luego de aquello, señala que las empresas públicas cuentan con un procedimiento especial para la designación y contratación de su personal,

[12] *Ibídem.* Párr. 50.
[13] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1158-17-EP/21 en el Caso No. 1158-17-EP (*Caso Garantía de la motivación*). 20 de octubre de 2021. Párr. 24.

encontrándose amparados por las leyes de la administración pública y del Código del Trabajo. Cita los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Empresas Públicas para identificar cuáles son las formas de contratación con las que cuentan las empresas públicas. Así, refiere que los servidores públicos de carrera están sujetos a la Ley de Empresas Públicas y las normas internas de talento humano de la empresa, mientras que los obreros están sujetos al Código del Trabajo. En este sentido, de forma preliminar, sostiene que el actor -servidor público de carrera- *"aparentemente"* [14] no le corresponde el derecho previsto en el Código del Trabajo. No obstante, continúa con el análisis y refiere que, en virtud de la regla de la supletoriedad, prevista en el Art. 33 de la Ley de Empresas Públicas, es posible concederle al actor el derecho que reclama del Código del Trabajo. Consecuentemente, concluye que el actor, aun siendo un servidor público de carrera, es beneficiario de la sanción al empleador moroso previsto en el Art. 94 del Código del Trabajo.

25. Así entonces, el tribunal de apelación realiza un análisis que permite observar cuál es la pertinencia de las normas con los hechos, exponiendo premisas coherentes y atinentes con el punto de discusión, inclusive aborda a una conclusión preliminar al mencionar que al actor *"aparentemente"*[15] no le corresponde los derechos que reclama del Código del Trabajo, no obstante, completa sus análisis haciendo referencia al Art. 33 de la Ley de Empresas Públicas, lo que le permite determinar que por la regla de supletoriedad prevista en dicha disposición normativa, sí le corresponde a la parte actora el derecho que demanda. De esta manera, este tribunal advierte que la sentencia recurrida cumple con el principio rector que exige la sentencia constitucional No. 1158-17-EP/20, siendo que cuenta con una fundamentación jurídica y fáctica suficiente, a más de explicar la pertinencia de las normas jurídicas con los hechos del caso, sin incurrir en vicios por incoherencia, atinencia o incongruencia.

26. Por consiguiente, no existe la falta de motivación que alega la parte recurrente por el caso segundo del Art. 268 del COGEP, por lo que, se desecha este cargo en contra de la sentencia.

B. Por el caso CINCO.

B.1. Consideraciones preliminares sobre la naturaleza del caso CINCO del Art. 268 del COGEP.

27. 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.

28. 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.

29. 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 u alcance.

30. 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.

[16] Véase el cuaderno de segundo nivel. Sentencia que resuelve el recurso de apelación, fojas 28 a 33.
[15] *Ibídem.*

B.2. Análisis y resolución del ÚNICO problema jurídico por el CASO CINCO.

31. La parte recurrente denuncia que la sentencia de segundo nivel incurrió en la indebida aplicación del Art. 94 del Código del Trabajo, así como la falta de aplicación de los Art. 18 y 19 de la Ley de Empresas Públicas, aduciendo que a la parte actora no le corresponde la sanción al empleador moroso, prevista en el Código del Trabajo, ya que prestó servicios en calidad de servidor público de carrera, encontrándose excluido del régimen de dicha norma jurídica. En este escenario, el presente debate debe circunscribir en un ámbito estrictamente jurídico, por lo que, corresponde contrastar la sentencia impugnada con las disposiciones jurídicas acusadas, respetando siempre los hechos fijados y las inferencias probatorias expuestas en la decisión recurrida -sin que puedan discutirse o contradecirse-, para así finalmente analizar y determinar si existen o no los yerros acusados. De demostrarse que existe la o las infracciones acusadas, de acuerdo con el Art. 268.3 del COGEP, este tribunal de casación dictará sentencia en mérito de los autos, corrigiendo la fundamentación en que incurrió el tribunal de instancia, reemplazándola por la que estime correcta.

32. Así las cosas, revisada la sentencia recurrida, los siguientes hechos, que no están en discusión, servirán para analizar el yerro acusado:

32.1. El señor Gilberto Aníbal Murillo Espinoza laboró para la empresa pública -en liquidación-, en calidad de **servidor público de carrera.**

32.2. La empresa TAME -en liquidación- canceló de forma tardía las remuneraciones del mes de marzo, abril y mayo de 2020.

32.3. No se ha demostrado la existencia de un Reglamento Interno de Administración de Talento Humano de la empresa pública TAME EP -en liquidación-.

32.4. Tomando en cuenta estos hechos, la sentencia recurrida, en su parte pertinente, resuelve lo siguiente:

> *El Art. 11.3 de la Constitución que dice, que no puede alegarse falta de norma jurídica para desechar la acción. En tal virtud el Tribunal observa que el actor de esta causa es un servidor público de carrera, por lo tanto, tenía estabilidad. Siendo ello así, el Art. 33 de la LOEP señala:* ***"En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual".*** (El énfasis le pertenece al texto original)***. Es decir, de forma supletoria la misma LOEP se remite expresamente al Código del Trabajo dándole el mismo tratamiento. Por lo tanto, es procedente el pago del triple de lo adeudado en los términos del Art. 94 del Código de Trabajo, aclarando que este rubro no constituye un derecho previsto para los trabajadores, sino una sanción o condena por la falta de pago y haber sido menester iniciar una acción judicial para su cobro.*** (El énfasis le pertenece a este tribunal).

33. De acuerdo con esta cita, la sentencia recurrida concluye que la parte actora, siendo un servidor público de carrera, puede beneficiarse del derecho consagrado en el Art. 94 del Código del Trabajo -sanción al empleador moroso-, en virtud del Art. 33 de la Ley de Empresas Públicas, que permite la aplicación del Código del Trabajo a los servidores públicos de carrera, como una norma supletoria.

34. Los Arts. 18 y 19 de la Ley de Empresas Públicas, en su parte pertinente, dicen lo siguiente:

> *Art. 18.- Naturaleza jurídica de la relación con el talento humano.- […]. La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación: a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza; b.* ***Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública; y, c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.*** (El énfasis le pertenece a este tribunal).
>
> *Art. 19.- Modalidades de designación y contratación del talento humano.- Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de*

las empresas públicas son las siguientes: 1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capitulo 11 del Título III de esta Ley; 2. ***Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública;*** y***, 3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre.*** (El énfasis le pertenece a este tribunal).

35. El Art. 94 del Código del Trabajo, en su parte pertinente, dice:

Art. 94.- Condena al empleador moroso.- El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones ue correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador. […].

36. Las disposiciones normativas citadas referentes a la Ley de Empresas Públicas regulan y clasifican los vínculos jurídicos y formas de contratación que pueden generar las empresas públicas en el ámbito de una relación laboral. De esta manera, el artículo 18 reconoce tres diferentes modalidades de contratación; que son: (1) servidores públicos de libre designación y remoción, (2) servidores públicos de carrera y (3) obreros. En conjunto, con el artículo 19, se reconoce que los primeros no mantienen ni generan ningún tipo de relación laboral, por ejercer funciones de representación, dirección o asesoría; por su parte, los segundos **-servidores públicos de carrera-** tienen una relación sujeta a las disposiciones normativas, es decir, los derechos, obligaciones y prohibiciones de su propia ley y también a las normas internas de talento humano que emita la empresa a través de su Directorio; y, finalmente, los terceros **-obreros-**, que también se vinculan en el marco de una relación laboral a través de un Contrato Individual de Trabajo, estarán al amparo del Código del Trabajo, la contratación colectiva en caso de existir y también a las normas internas de talento humano cuando fuera el caso. De esta manera, en las empresas públicas existe un régimen mixto respecto de las relaciones laborales, siendo que sus trabajadores pueden ser: servidores públicos u obreros, cada uno con un régimen diferente.

37. Ahora bien, con respecto de quienes se encuentran en calidad de obreros en las empresas públicas no ha existido mayores inconvenientes o inquietudes en la comunidad jurídica sobre qué régimen jurídico les es aplicable, no así en el caso de los servidores públicos de carrera. Sobre el régimen jurídico de estos últimos han existido fuerte inquietudes respecto de la normativa aplicable, particularmente, si les es aplicable también los derechos y beneficios del Código del Trabajo, esto debido a la regla de la supletoriedad prevista en el Art. 33 de la Ley de Empresas Públicas.

38. Si bien los servidores públicos de carrera y los obreros se encuentran descritos y regulados en la Ley de Empresas Públicas, no quiere decir que gocen del mismo régimen laboral. Esta Ley debe leerse de manera armónica y sistemática, respetando la norma jurídica de cada régimen, es decir, en el ámbito laboral de las empresas públicas coexisten diferentes regímenes bajo un mismo empleador. De ahí que, la propia Ley reconoce que los servidores de carrera están sujetos única y exclusivamente a las disposiciones normativas de su propia ley y, adicionalmente, a las normas internas de talento humano que fueren emitidas por el Directorio de la empresa. De esta forma, quedan excluidos de la aplicación del Código del Trabajo. Sin embargo, esta Sala Especializada de lo Laboral reconoce la autonomía que tienen las empresas públicas para regular el talento humano a través de sus propias normas, por lo que, si mediante Reglamento se puede determinar que a los servidores públicos les es aplicable el Código del Trabajo, debiendo existir una estipulación o norma expresa.

39. Con respeto al caso de los obreros, estos no solo están sujetos a la Ley de Empresas Públicas, siendo la norma que crea su categoría, sino también a las disposiciones previstas por el Código del Trabajo, ya que se vinculan a través de un contrato individual de trabajo, que única y exclusivamente está regulado en dicho cuerpo normativo. El artículo 33 de la Ley de Empresas Públicas, que está en el Título IV, bajo la denominación *"DE LA GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS"*, señala que "[e]*n todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a*

la contratación individual.". En tal medida, el capítulo bajo el cual se encuentra esta disposición normativa, regula particularmente lo relacionado con la gestión del talento humano, mas no otorga o concede beneficios, indemnizaciones o bonificaciones para los servidores públicos, que por la naturaleza de su régimen no están bajo la protección del Código del Trabajo. Por lo tanto, debe comprenderse que la regla de la supletoriedad a la que se refiere la disposición normativa citada es única y exclusivamente aplicable para quienes prestan sus servicios en calidad de obreros en las empresas públicas, siempre y cuando, (1) sean temas que no previstos en el título que regula la gestión de talento humano, y (2) no contraríe los principios rectores de la administración pública.

40. El criterio aquí expuesto ha sido ya replicado en otros casos similares, donde se ha identificado cuál es el régimen aplicable para los servidores públicos de carrera, en sentencias, como las No. 09359-2019-02333, 09359-2019-01255, 09359-2018-03597 y 11371-2021-00200, en las cuales se ha señalado que los servidores públicos de carrera no son beneficiarios de los derechos consagrados en el Código del Trabajo, ni tampoco se encuentran bajo su protección y tutela, salvo que así lo disponga expresamente las normas internas de talento humano emitidas por la propia empresa, o conceda u otorgue ciertos derechos provenientes del Código del Trabajo, caso contrario no puede aplicarse dicho régimen por supletoriedad o presumirse que están al amparo de éste.

41. Con estas consideraciones, este tribunal advierte que el actor, el señor Gilberto Aníbal Murillo Espinoza, se encontraba vinculada a la empresa pública TAME EP -en liquidación- bajo la calidad de servidor público de carrera, es decir, se encontraba estrictamente sujeto a la Ley de Empresas Públicas y normas internas de talento humano de la empresa, y siendo que el derecho que reclama está únicamente previsto en el Código del Trabajo, su pretensión deviene en improcedente, pues por su tipo de contratación con la demandada no le corresponden los beneficios y derechos previstos en el Código del Trabajo.

42. En consecuencia, por los antecedentes expuestos, existen los yerros acusado por la parte recurrente por el caso cinco del Art. 268 del COGEP. Por lo tanto, deviene en improcedente la pretensión del triple de recargo que demanda el actor, pues por ser servidor público de carrera no está bajo el régimen del Código del Trabajo.

VII. Decisión.

Este tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve CASAR el fallo dictado por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, con fecha 16 de mayo de 2023, por lo tanto, se revoca la sentencia de segundo nivel y se declara sin lugar la demanda. Envíese el proceso al juzgado de apelación para que proceda en derecho. Cúmplase y Notifíquese. -

f) DRA. ENMA TERESITA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL (PONENTE)**. DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA **JUEZA NACIONAL** DR. JULIO ARRIETA ESCOBAR **CONJUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

Los servidores públicos de carrera que laboran en las empresas públicas están sujetos a las disposiciones normativas previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como a las Normas Internas de Talento Humano de la empresa pública; sin que puedan ampararse o beneficiarse de los derechos, bonificaciones o indemnizaciones previstas en el Código del Trabajo, pues ésta solo regula el régimen laboral de los obreros en las empresas públicas.

V

Juicio Nro. *09359-2017-01135*
Fecha: *viernes 1 de marzo del 2024, las 15h19*

TEMA: Consideraciones acerca de la validez del Visto bueno solicitado por empleador y trabajador.

SÍNTESIS

Que el *ad quem* consideró la improcedencia del pago de despido intempestivo, ya que existe un visto bueno concedido a favor del demandado, que termina la relación laboral. Interpuesto el recurso de casación; para resolverlo éste tribunal observó que: la sentencia de apelación, resuelve los puntos medulares de la apelación presentada por la parte demandada, en el que se expresa el análisis del tribunal y la conclusión a la que arribaron sobre la impugnación del visto bueno, por lo que, tiene fundamentación fáctica y normativa suficiente, cumpliendo con los parámetros mínimos de motivación. La Sala observa, que los jueces de apelación si bien revisan las imputaciones en contra de los dos trámites de visto bueno propuestos por las partes, no lo hacen en los términos del artículo 183 del Código del Trabajo, esto es, considerándolos como informes, es así que para establecer la verdadera causa por la que terminó la relación laboral era necesario efectuar un análisis de la pertinencia de las causales invocadas en cada visto bueno para determinar si eran procedentes o no, lo que no se evidencia de la sentencia impugnada, configurándose el vicio acusado al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP, por lo que, se acepta el cargo y conforme lo dispone el artículo 273 del COGEP la Sala dicta sentencia en mérito de los autos, desestimando el pago de varios rubros señalados

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2017-01135

Juez Ponente: Dr. Alejandro Magno Arteaga Garcia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL Quito, viernes 1 de marzo del 2024, las 15h19

VISTOS:

1. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, competente para conocer el presente proceso se encuentra conformado por: el doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional Ponente; la doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional; y la doctora Liz Mirella Barrera Espín, Conjueza Nacional, quien actúa por excusa de la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional, quienes dictan sentencia en la causa N° 09359-2017-01135.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES:

2. En el juicio laboral seguido por Carlos Oswaldo Abad Pacheco en contra de la Compañía Farmacología en Aquacultura Veterinaria FAV Ecuador S.A., en la persona de su gerente general Alfredo Alejandro Contreras Icaza, a quien también demanda por sus propios y personales derechos; el actor solicita en su demanda: 1. La remuneración de mayo de 2016 con el triple de recargo; 2. Comisiones del mes de abril y mayo del 2016; 3. Bonificación del artículo 185 del Código del Trabajo; 4. Indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo; 5. Estabilidad de 24 meses del artículo 172 N° 6 del Código del Trabajo; 6. Proporcionales de 13° y 14° remuneraciones del 2016; 7. Proporcional de Vacaciones 2016; y, 8. Utilidades periodo relativo al año 2015 y año 2016; además solicita intereses y costas procesales, que incluirán los honorarios profesionales.

3. La Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, el miércoles 9 de agosto de 2017, a las 12h42, declara parcialmente con lugar la demanda y dispone:

> […] que la demandada FARMACOLOGIA EN ACUACULTURA, VETERINARIA, FAV ECUADOR S.A., en la persona de AB. ALFREDO ALEJANDRO CONTRERAS ICAZA, por sus propios derechos y por los que representa, pague al actor CARLOS OSWALDO ABAD PACHECO, la siguiente liquidación. Y, En cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución del Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia, expedida el 3 de Febrero de 1999, publicada en el R.O. 138 de marzo 1 de 1999, se procede a practicar la siguiente liquidación: tiempo de liquidar: fecha de ingreso: 1 de abril de 2.015, fecha de salida: 31 de mayo de 2.016, remuneración $ 3.500,00 dólares. Se procede a liquidar: proporcional, décimo tercer sueldo: $ 1.750,00 dólares, proporcional Décimo cuarto sueldo: $ 91,50 dólares, vacaciones 2016: $ 291,67 dólares, Indemnización del Articulo 188 C.T.: $ 10.500,00 dólares; Desahucio Art. 185 C.T.: $ 875,00 dólares; Remuneración del mes de mayo de 2.016: $ 3.500,00 dólares; Triple de Recargo Art. 94 del Código del Trabajo: $ 10.500,00 dólares. TOTAL: $ 27.508,17 Dólares. MENOS CONSIGNADO: $ 3.590,75 DÓLARES.SALDO A FAVOR DEL ACTOR: $ 23.917,42 dólares. (VEINTITRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE con 42/100 DOLARES, de los ESTADOS UNIDOS de AMERICA). Más los intereses legales, que correspondan. Con honorarios que regular en el 5% a favor de la Defensa Técnica del Actor Ab. Carlos Díaz Guzmán. ($ 1.375,41).

4. Decisión de la cual la parte demandada apela, por no encontrarse conforme de la cual la parte actora La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el jueves 28 de abril de 2022, a las 16h42, dicta sentencia, reformando la sentencia de primera instancia, diciendo:

> […] resuelve REFORMAR la sentencia de primer nivel concediendo al actor el pago de los rubros sociales por no haber sido estos recurridos, ni impugnados dentro de la causa, por lo cual queda en firme el pago de los rubros indemnizatorios del valor proporcional de la décima tercera remuneración; del proporcional de la décima cuarta remuneración, y de las vacaciones, en igual forma que han sido liquidados por la Juez de primer nivel, en favor del actor.-Sin costas ni honorarios que resolver en esta instancia por haberse resuelto en mérito de los autos.-Con los intereses que por ley correspondan.-Los escritos presentados agréguense. […]

5. Inconforme con la resolución emitida, el actor Carlos Abad Pacheco, interpone recurso de casación amparado en los casos dos, tres, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6. Mediante providencia de 26 de julio de 2022, la doctora Liz Mirella Barrera Espín, Conjueza Nacional Encargada, avoca conocimiento y solicita que el casacionista aclare y complete su recurso; luego de lo cual, en auto de viernes 19 de agosto de 2022, las 10h44, admite a trámite todos los casos invocados, aclarando que del caso 4 del artículo 268 del COGEP, es exclusivamente de: *"[…] exclusivamente por las acusaciones realizadas a los artículos 172 y 195 del Código Orgánico General de Procesos y 172, 191 del Código del Trabajo, 82 de la Constitución de la República, 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y 32 del Código Civil."*.

7. Conformado el tribunal de casación, se realizó la audiencia de fundamentación del recurso el viernes 26 de enero de 2024, a las 12h00, la cual se suspendió y se reinstaló el día miércoles 14 de febrero de 2024, a las 14h30; y, encontrándose en estado de motivar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

II.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

8. 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. 63 y 69 del cuaderno de casación.

III.- VALIDEZ PROCESAL

9. De la revisión del expediente, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

10. 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].

11. Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto tribunal de la justicia ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4.1.-ALEGATOS DE LA PARTE RECURRENTE:

12. El señor Carlos Oswaldo Abad Pacheco, actor en la presente causa, alega como normas infringidas los artículos 11 numeral 3, 76 numerales 1, 3 y 7 literal l), 82 y 172 de la Constitución de la República; 6, 42 numeral 1, 172, 173, 185, 188 y 191 del Código de Trabajo; 2, 160, 164, 169, 172, 186, 187, 195 y 196 del Código Orgánico General de Procesos; 19, 23 y 160 del Código Orgánico de la Función Judicial y 32 del Código Civil.

13. Siendo el día y hora señalados para que tenga lugar la audiencia de fundamentación del recurso de casación, comparece el señor Carlos Oswaldo Abad Pacheco, acompañado por su defensa técnica, quien ha procedido a fundamentar los cargos alegados al amparo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, indicando lo siguiente:

14. CASO DOS:

> **[…] 2.1.** La sentencia recurrida, NO CONTIENE UNA FUNDAMENTACIÓN NORMATIVA SUFICIENTE; toda vez que no contiene la justificación suficiente de las normas y principios en que se basa; - así como-, tampoco contiene la justificación suficiente de su aplicación, A LOS HECHOS DEL CASO.
>
> Adviértase además, que la sentencia recurrida, NO CONTIENE UNA FUNDAMENTACIÓN FACTICA SUFICIENTE, toda vez que conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, "LA MOTIVACIÓN NO SE AGOTA CON LA MERA ENUNCIACIÓN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO… SINO SE ANALIZAN LAS PRUEBAS".
>
> Prueba de lo antes dicho, es que la demanda que recurro en casación, en la parte final del considerando Décimo Séptimo, de manera inmotivada, ha sostenido QUE JAMÁS PUSE REPAROS en cuanto a la competencia o facultad del Inspector Alfredo Panchana […] que EXISTE EN AUTOS, MI ESCRITO DE COMPARECENCIA en tal expediente administrativo 246606-2016, identificándolo y llamándolo por su nombre al Inspector Ab. Alfredo Panchana, ALEGUÉ FALTA DE DERECHO PARA CONOCER Y RESOLVER el trámite; tal cual consta en el mismo expediente administrativo, según escrito que transcribo de seguido, que obra de fojas 328, 329, y 330 […]
>
> 2.2. Vale insistir en esta parte, que la misma Corte Constitucional en el caso de la referencia, ha precisado en el punto 65 de la misma, que LAS DEFICIENCIAS MOTIVACIONALES se dan, cuando SE INCUMPLE EL CRITERIO RECTOR de que toda argumentación jurídica, tenga una estructura mínimamente completa. Precisándose TRES TIPOS DE DEFICIENCIA MOTIVACIONAL a saber: a) **INEXISTENCIA,** que es aquella que se da, CUANDO LA DECISIÓN CARECE totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. b) **INSUFICIENCIA,** que es aquella que se da, CUANDO LA DECISIÓN CUENTA con alguna Fundamentación Normativa y alguna Fundamentación Fáctica; pero alguna de ellas es insuficiente porque NO CUMPLE ES ESTANDAR DE SUFICIENCIA. […]
>
> Advirtiéndose la insuficiencia de Fundamentación Fáctica en la sentencia recurrida, cuando – como hemos referido en líneas anteriores-,

[1] Luis Armando Tolosa Villabona, "Teoría y Técnica de la Casación", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13

consta de fojas 328 a 330 […] MI ESCRITO DE IMPUGNACIÓN sobre la Falta de Derecho del Inspector Panchana para conocer dicho trámite. A más de que, a fojas 413 y 414 de los autos, consta mi petición de que se pronuncie sobre la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN alegada desde el primer momento. Lo cual jamás fue proveído. A más de que a fs. 321 del proceso, consta la PROVIDENCIA CON QUE ASUME COMPETENCIA EL INSPECTOR PANCHANA, alegando hacerlo…" en virtud de la razón de resorteo". SIN EMBARGO DE ELLO, NO EXISTE EN AUTOS TAL RAZÓN DE RESORTEO, lo cual denota la insuficiencia de la fundamentación esgrimida.

Advirtiéndose también la insuficiencia Normativa, al negarle regulación al Código Orgánico de la Función Judicial, respecto del trámite de visto bueno […]

Es decir, cuando la norma aplicable al caso en cuestión, PRECISA QUE EN TODAS LAS CAUSAS, la prevención la determina el SORTEO; no debemos tener duda alguna que así lo es, deviniendo en contrario a Derecho, que conozca y resuelva una autoridad que no ha devenido del sorteo, como en el caso presente ha ocurrido […]

Por último, es de destacar sobre el tercer tipo de Deficiencia Motivacional, cual es, c) la APARIENCIA; la cual se da, cuando a primera vista existe la fundamentación normativa suficiente y la fundamentación fáctica suficiente, PERO, alguna de ellas, "en realidad, inexiste o es insuficiente, porque está afectada de algún vicio motivacional.

En razón de lo expuesto, dejo así sustentada la FALTA DE MOTIVACIÓN FACTICA SUFICIENTE, así como la FALTA DE MOTIVACIÓN NORMATIVA SUFICIENTE en la sentencia que recurro en casación, según los presupuestos del caso 2 del art. 268 del COGEP. Siendo claro que no se puede motivar un fallo, en un EXPEDIENTE DE VISTO BUENO QUE NO HA SIDO PRODUCIDO conforme lo exige (sic) el art. 196 del COGEP; tampoco se puede motivar un fallo, en base a una Resolución de Visto Bueno, expedida por una autoridad QUE NO DEVIENE DE UN SORTEO; así como tampoco se puede motivar un fallo, en base a una intervención de una autoridad laboral, que dice hacerlo en base a "UNA RAZON DE RESORTEO", que tampoco existe en el expediente. Y por último, tampoco se puede motivar un fallo, en base a un expediente en el cual no se han PROVEIDO TODAS LAS EXCEPCIONES, y PETICIONES FORMULADAS. […]

15.CASO TRES:

En fin de cuentas, la sentencia recurrida, igualmente ha incurrido en el caso tres del art. 268 del Cogep, al haber CONCEDIDO UN RECURSO NO PROPUESTO por la accionada; así como al haber OMITIDO ordenar el pago de los rubros antes dichos de las Comisiones de Abril del 2016, as;i (sic) como de los días Mayo del 2016. […]

16.CASO CUATRO:

[…] 4.1. […] LA PRUEBA DOCUMENTAL relativa al EXPEDIENTE DE VISTO BUENO 246606 anunciado por la parte accionada, (el cual obra de fojas 289 a 429); sin embargo, de lo cual, tal Prueba NO SE HA PRODUCIDO conforme lo dispone los arts. 195 y 196 del COGEP, y tal cual se escucha en el audio, toda vez que NI SE LEYÓ, NI SE EXHIBIÓ PUBLICAMENTE LA PARTE PERTINENTE. Por lo cual, se aplicó de forma indebida la norma laboral 172 que posibilita terminar el Contrato de Trabajo por parte del empleador, por medio de Visto Bueno. En el caso presente, SIN HABERSE PRODUCIDO TAL PRUEBA DEL VISTO BUENO 246606, la sentencia recurrida, - ante la errónea interpretación del art. 164 del COGEP, condujo ello a la aplicación indebida de la norma 172 del Código del Trabajo-, ha concluido que la relación laboral terminó por dicho Visto Bueno.

4.2. […] la sentencia recurrida inaplicó la norma 195 del COGEP, la cual en su numeral 3 proclama que para la EFICACIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL, no debe haber recurso pendiente, sobre el punto que con tal documento se quiere probar. En el caso presente, EXISTE UN RECURSO HORIZONTAL DE AMPLIACIÓN respecto de la Resolución dictada en el expediente 246606-2016, tal cual se advierte de fojas 413, 417 y 426 de los autos; requiriendo el pronunciamiento sobre TODAS LAS EXCEPCIONES, Y REQUERIENDO EL PRONUNCIAMIENTO CONCRETO SOBRE LA PRESCRIPCIÓN alegada desde el inicio; lo cual vale decir, no ha sido atendido – al menos respecto de la PRESCRIPCIÓN-, Afectándose en consecuencia la SEGURIDAD JURÍDICA establecida en el art. 82 de la Constitución, por INAPLICACIÓN de esta norma constitucional.[…]

En el presente caso SE RESOLVIÓ EN BASE A UNA PRUEBA QUE NO FUE ACTUADA NI SE PRACTICÓ, conforme lo requiere la norma orgánica 196 del COGEP. Esto es, se resolvió en base al EXPEDIENTE DE VISTO BUENO 246606 propuesto por la parte accionada, lo cual ha conducido a la inaplicación de la norma constitucional 82 que trata de la SEGURIDAD JURÍDICA; toda vez que se no se ha respetado la Constitución, y no se han aplicado normas existentes como la referida en el art. 19 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como la 195 del COGEP, que trata de la Eficacia de la prueba documental.

4.3. Por ultimo en esta parte, la sentencia infringió también la norma orgánica 172 del COGEP, toda vez que a pesar de existir en autos, ACTOS, CIRCUNSTANCIAS, Y SIGNOS SUFICIENTEMENTE ACREDITADOS TRAVES DE LA PRUEBA, como los antes referidos, esto es, EXPEDIENTE DE VISTO BUENO 246600 propuesto por el suscrito, de fjs. 9 a 230-, el cual declaró terminada la relación laboral el 31 de Mayo del 2016, el CUAL NO FUE OBJETO DE LA LITIS EN SEGUNDA INSTANCIA. Así también existe de autos a fojas AVISO DE SALIDA – de fojas 466 – EFECTUADO POR LA CONTRAPARTE EN EL QUE SEÑALA QUE LA RELACIÓN TERMINÓ EL 31 DE MAYO DE 2016. Por último, existe de autos a fojas 2 del expediente, documento de Finiquito firmado solo por el patrono, el cual refiere que la relación laboral TERMINÓ A FINES DE MAYO, el 30 de Mayo. […]

Además existe; - digo que-, la sentencia impugnada, inaplicó la norma 172 del COGEP, que trata de la PRESUNCIÓN; y por tal circunstancia, violentó por inaplicación la norma 32 del Código Civil, que trata de la PRESUNCIÓN; así como violentó la NORMA CONSTITUCIONAL 76#7 LITERAL L) QUE TRATA DE LA MOTIVACIÓN, toda vez que no existe la debida motivación en la sentencia recurrida.[…]

En el escrito en el cual completa el caso 4 del artículo 268 del COGEP, agrega además:

1.2.- En lo que dice relación a la FALTA DE APLICACIÓN de la norma civil 32; deviene esta, de la FALTA DE APLICACIÓN del art. 172 del COGEP […]

En el caso presente, constan referidos en el mismo punto 17.4 de la sentencia recurrida, LAS VARIADAS PRUEBAS ANUNCIADAS, ADMITIDAS, Y PRODUCIDAS por el suscrito, tales como documento denominado ACTA DE FINIQUITO de fojas 2,3,4,5 firmado solo por el empleador; EL VISTO BUENO 246600 de fojas 8 a 232; EL AVISO DE SALIDA de fojas 466, son actos o circunstancias eficazmente acreditadas, que desdicen de que la relación laboral terminó el 17 de Mayo del 2016.

El referido documento denominado Acta de Finiquito, vale destacar que consta ELABORADO POR EL EMPLEADOR, y obra de fojas 2,3,4,5, refiriendo este que la relación concluyó EL 30 DE MAYO del 2016. Es decir, en una fecha distinta a la que refiere el fallo.

El Visto Bueno 246600 propuesto por el suscrito, vale destacar QUE NO FUE IMPUGNADO EN LA APELACION, NI FUE PUNTO CONTROVERTIDO EN LA INSTANCIA; advirtiéndose que a fojas 230, refiere que la relación laboral terminó EL 31 DE MAYO DEL 2016. Es decir, en una fecha distinta a la que enuncia el fallo.

El Aviso de Salida, ELABORADO POR EL EMPLEADOR, obrante de fojas 466, refiere que la relación laboral terminó EL 31 DE MAYO DEL 2016. Es decir, en una fecha distinta a la que enuncia el fallo que impugno.

Lo antes referido, posibilitó al juzgador a resolver la controversia en base a la figura de la PRESUNCION JUDICIAL; sin embargo de ello, en este caso, POR LA FALTA DE APLICACIÓN de tal norma orgánica 172 del COGEP, -al soslayarse tales antecedentes-, la sentencia igualmente violó por FALTA DE APLICACIÓN, la norma sustantiva 32 del Código Civil, y en consecuencia de ello, concluyó que otra fue la fecha de terminación de la relación laboral, perjudicándoseme en mis claros e intangibles derechos laborales, derivados de un VISTO BUENO 246600 que determinó el fin de la relación laboral el 31 de Mayo del 2016, lo cual fue reconocido por el Juez de Primera Instancia, y jamás fue punto de APELACION por la parte empleadora; sin embargo de lo cual, fue desconocido en la sentencia impugnada, por las violaciones normativas antes referidas.

1.3- Igualmente y por las mismas razones anteriores de la violación por INAPLICACION de la norma orgánica 172 del COGEP que trata de la PRESUNCION JUDICIAL; -en la sentencia recurrida, se violó también por INAPLICACION, la norma laboral 191 del Código del Trabajo-, la cual prescribe el derecho a

las indemnizaciones de los Arts. 187 y 188 del Código del Trabajo, así como a las bonificaciones respectivas, a quien se separe por alguna de las causales del art. 173 del Código del Trabajo.
En concreto, consta de autos EL VISTO BUENO 246600 de fs. 8 a 232, propuesto por el suscrito contra mi ex empleador, y que determinó que la RELACION LABORAL CONCLUYÓ EL 31 DE MAYO DEL 2016 por la causal 2 del Art. 173 del Código del Trabajo; no habiendo sido objeto de Apelación ni punto de litigio en la APELACION presentada, lo relativo a este Expediente y Resolución. […]

17. CASO CINCO:

[…] 2.1. En relación a la sentencia expedida, aclaro que existe en esta, una FALTA DE APLICACION del Art. 173 del Código del Trabajo, el cual posibilita la solicitud de Visto Bueno por el trabajador, cuando hay causales para ello.
En el caso presente, la sentencia reconoce que mi empleador al comparecer al trámite de visto bueno, ACEPTÓ DEBER LAS COMISIONES DE ABRIL Y MAYO DEL 2016, lo cual obviamente forma parte de la remuneración, y por tal, denotábase como cierto el fundamento del suscrito, para requerir Visto Bueno basado en la norma 173 del Código del Trabajo. Sin embargo de ello, la sentencia, AL INAPLICAR EL ART. 173 DEL CODIGO DEL TRABAJO que posibilita solicitar Visto Bueno, -tanto más que dicho trámite 246600 JAMAS FUE OBJETO DE LA LITIS en Apelación-, impidió con ello, mi reconocimiento a los derechos emanados del art. 191 del Código del Trabajo, que guarda relación con indemnizaciones y bonificación.
La alegación del empleador del hecho afirmativo de que no se habían cobrado las facturas, era un hecho sujeto a probar por el propio alegante de ese hecho, sin que conste de autos ello. […]
Es decir, la sentencia impugnada reconoce en su texto, que el empleador consigna LAS COMISIONES DE ABRIL, (no las de Marzo); pero sin embargo de ello, al resolver, OMITE ORDENAR EL PAGO DE TALES COMISIONES.
En fin de cuentas, la INAPLICACION de la norma 173 del Código del Trabajo, dio como resultado, que se desconozca mi Derecho a las remuneraciones adeudadas e indemnizaciones correspondientes, no obstante obrar de autos, UN VISTO BUENO 246600, NO IMPUGNADO EN APELACION, QUE DETERMINO DERECHOS DEL SUSCRITO, A INDEMNIZACIONES Y REMUNERACIONES.
Por pertinencia recuerdo el OBJETO DE LA LITIS en la instancia superior fue: 1.- Que se analice la procedencia del rubro indemnizatorio del Despido intempestivo. 2.- Que se analice si es legal el trámite del Visto Bueno tramitado y resuelto por Inspector Luis Panchana. 3.- Que se analice si es procedente el pago de la remuneración del mes de Mayo reclamada.
INSISTO EN DECIRLO, en el objeto de la Litis en dicha instancia, ni se mencionó ni se objetó el Visto Bueno 246600 propuesto por el suscrito, RAZON POR LO CUAL EL MISMO CAUSO SUS EFECTOS, esto es, el reconocimiento de mis derechos reclamados. (Sic)

4.3. CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

18. Conforme consta en el registro magnetofónico de la audiencia efectuada y del escrito de contestación del recurso, compareció el abogado Alfredo Contreras Ycaza, en su calidad de Gerente General de la Empresa Farmacología en Aquacultura Veterinaria FAV ECUADOR S.A., manifestando lo siguiente:

[…] el recurrente casacionista, en clara evidencia de su falsedad, intenta probar lo antes dicho y transcribe en forma diminuta e incompleta unas líneas del contenido del Considerando Décimo Séptimo, de la sentencia, acortando y sin transcribir el párrafo completo expresado por los Señores Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, es decir, alterando y encogiendo la idea total que llevo a dichos Magistrados Provinciales de manera unánime a decidir y resolver aceptar el recurso de apelación interpuesto en instancia por la parte accionada y disponer reformar la sentencia de primer nivel […]
2.- Así mismo insiste neciamente el casacionista que, en la sentencia recurrida, en el punto 17.2, existe una insuficiencia de fundamentación fáctica, únicamente porque no se consideró aparentemente un escrito que obra en autos de fojas 328 a 330, relativo al expediente de Visto Bueno 246606-2016 en su primera comparecencia, y que también existe insuficiencia de fundamentación normativa, al negarle capacidad de regulación al Código Orgánico de la Función Judicial, respecto con los tramites de Visto Bueno, específicamente en el considerando 17.3.
Sin embargo, el recurrente, en forma diminuta, no especifica que dentro de la presente causa existieron dos vistos buenos, presentados independientemente por cada una de las Partes

procesales, y que en el anuncio probatorio tanto la parte accionante como la accionada mencionaron los vistos buenos y estos fueron producidos tal como lo determina el artículo 164 del COGEP, y que la Jueza del primer nivel, omite en su resolución mencionar las razones por las que desecha el visto bueno que la parte accionada presento al actor de la presente recurrencia, cuyo número es 246606, y que este Visto Bueno fue concedido a favor de mi representada el 17 de Mayo del 2016 y debidamente notificado a las 12h33, del mismo día mes y año, con lo cual se dio por terminada la relación laboral con el hoy casacionista Carlos Abad Pacheco, razón por la que resulta insostenible e inconstitucional que la señora Jueza, Ab. Lilia Acosta, en su sentencia dada en forma escrita diga que el suscrito no haya producido prueba pertinente, conducente y de utilidad: es decir, no aplico la verdadera sana crítica. (Lo subrayado nos pertenece).

Lo que sí es evidente, es que en este proceso se encuentran dos resoluciones de Visto Bueno, presentado tanto por el actor de esta causa (No. 246600) y por la parte nuestra demandada (No. 246606).

También el recurrente oculta que la jueza de primer nivel, en su resolución dada en forma escrita de fecha 31 de Octubre del 2019 a las 10h39, no analizó cada una de las pruebas que produjo la parte accionada en la audiencia única de primer nivel efectuada el 8 de octubre del 2019, a las 14h00; es decir incumplió con lo que determina el artículo 164 inciso final que textualmente dice: "La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión".

Este fue uno de mis argumentos por el cual interpuse el recurso de apelación en la apelada causa, y los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral De la Corte Provincial de Justicia del Guayas, han aplicado muy bien la garantía de la motivación, que precisa la Corte Constitucional.

3.- Alega también el casacionista el caso 3 del art. 268 del COGEP […] y lo sustenta diciendo, que en mi escrito de apelación que obra en el proceso de fojas 661 a 673 he planteado un recurso que no existe en la legislación, porque en la parte final manifesté que revean la sentencia.

Debo manifestarle a sus Señorías, y al recurrente que la apelación la interpuse de forma oral el día 26 de julio del 2017, así también lo manifesté en la audiencia de apelación ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con mi escrito de fundamentación por mi planteado conteniendo el recurso de apelación presentada dentro del término legal, el 12 de julio del 2019, a las 10h38, que dice: "dentro del término de ley, comparezco para fundamentar mi recurso de apelación tal como lo dispuso la Sala Especializada de lo Laboral de la corte Provincial de Justicia..." , y en el punto dos del mencionado memorial dice con letras mayúsculas, **FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA EXPEDIDA DE FORMA ORAL EL 26 DE JULIO DEL 2017 Y NOTIFICADA POR ESCRITO EL 9 DE AGOSTO DEL 2017 A LAS 12H42"**; y en la parte final del mencionado escrito se lee "3.- Una vez fundamentado, dentro del término legal, mi recurso de apelación, de la sentencia expedida de forma oral el día 27 de julio del 2017 y notificada en forma escrita el 9 de agosto del 2017, a las 12h42; así como del auto interlocutorio de admisibilidad de la prueba, sírvase elevar los autos para conocimiento de uno de las Salas Especializadas de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, para que previo al trámite correspondiente, revean la sentencia venida en grado por ser constitucional y dispongan lo que en derecho corresponda".

Es decir, es absurdo manifestar que no existe un recurso en la legislación cuando desde la audiencia llevada a efecto el día 26 de julio del 2017, y en el comienzo mi escrito presentado el 12 de julio del 2019, a las 16h38 comienzo diciendo que procedo a fundamentar mi recurso de apelación y finalizo diciendo "fundamento mi recurso de apelación". Si expresé la "revean la sentencia venida en grado", es porque el Tribuna) de Alzada o Tribunal Superior va a examinar lo que resolvió la Jueza de Primer Nivel.[…]

En definitiva, la sentencia recurrida contiene la estructura no solo mínima como lo dispone la sentencia de Corte Constitucional que invoca la parte actora, la misma que establece los nuevos parámetros para considerar que una sentencia se encuentra motivada (Lo subrayado me pertenece).

Lo que si se evidencia es que el recurrente en casación ataca vía motivación, la valoración probatoria, así como las conclusiones arribadas por los jueces de apelación; aspecto que no es propio del caso 2 del artículo 268 COGEP, ya

que la falta de motivación no sirve para poner de manifiesto el desacuerdo que tiene el casacionista con las conclusiones a las que arribaron los jueces respecto de confrontar los hechos con la prueba aportada: independientemente de que aquello no es posible en Casación. Existe otro caso de Casación, que también lo ha propuesto el casacionista en su extenso recurso, esto es el caso cuatro del Art. 268 COGEP, que podía utilizar para tales cuestionamientos (Lo subrayado me pertenece).

Por el caso TRES del Art. 268 COGEP.- Resolución de lo no solicitado.

Hay que tener en cuenta que la norma procesal provee el derecho a la impugnación que tienen las partes procesales, ese derecho se ejercita a través de los recursos, en ella, determinados.

Los recursos se clasifican en verticales y horizontales.

Los horizontales deben ser resueltos por el mismo juzgador que dictó la decisión recurrida; este tipo de recursos no tienen la posibilidad de reformar una sentencia.

Los verticales, son aquellos que permiten al juzgador de alzada revocar, reformar o confirmar el fallo del juez inferior.

El recurso de apelación es un recurso vertical, el cual permite al juez superior, revisar o rever la sentencia recurrida, previo a resolver los casos de apelación.

Los Jueces de Casación deben tener en cuenta que el proceder del casacionista, en este caso, está desconociendo, el principio de buena fe y lealtad procesal, conforme lo exige el Código Orgánico de la Función Judicial:

4.- En cuanto al caso cuarto del Art. 268 del COGEP, al cual hace mención, debo de manifestar que la prueba […] fue valorada en su conjunto por la Jueza de Primer Nivel, y más aún que el propio defensor técnico del recurrente, también anuncié y produjo el Visto número N° 246606, perteneciente al hoy accionado. No puede alegar que se aplicó de forma indebida la norma laboral 172, ya que al existir dos vistos buenos dentro de la presente causa y estos producidos en la práctica de la prueba, son los que llevaron a la conclusión a los señores Jueces de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia del Guayas, que la relación laboral terminó por Visto bueno, planteado por el apelante.(246606).

Recordando que el actor presentó Visto Bueno en contra de su ex empleadora cuyo número es 246600, que la Inspectora Ab. Sonnia Muñoz Valencia, que conoció el referido expediente administrativo no tenía competencia para resolver el mencionado Visto Bueno, porque ya el suscrito tenía una resolución de visto bueno obtenida con fecha 17 de mayo del 2016, a las 12h44, cuyo número de expediente es N° 246606-2016, y que fue adjuntada en la diligencia de investigación del día 20 de mayo del 2016, y que de una manera ABSURDA, la mencionada Inspectora del Trabajo lo menciona en dicha resolución de fecha 31 de mayo de 2017, específicamente en el sexto numeral de su resolución, cuya parte final de este numeral dice: **"pero no obra del expediente documento alguno que demuestre que el empleador cumplió con lo ordenado por el referido Inspector de trabajo, es decir documento que acredite que la relación laboral entre la compañía Farmacología en Aquacultura Veterinaria FAV ECUADOR S. A. y el señor Carlos Abad Pacheco, ya no existe..."**,

En otras palabras, mal hizo la Inspectora de trabajo en conceder un Visto Bueno para terminar una relación de trabajo que ya estaba terminada con resolución de fecha el 17 de mayo de 2016, y debidamente notificado a las 12h33, del mismo día, mes y año, y que fue resuelto trece días después; es decir, no cabía dar por terminada la relación de trabajo el 31 de Mayo de 2017, cuando ya **NO EXISTIA** relación laboral alguna entre el recurrente y el suscrito accionado.

5.- Para finalizar respecto del caso 5 del Art. 268 del COGEP, […] Alega el casacionista que, en la sentencia (sic) recurrida, se inaplicó la norma constitucional 76 numeral 3, que obliga y determina que solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente. Le recuerdo en primer lugar que la Ab. Sonnia Muñoz Valencia, Inspectora de Trabajo, que tramitó el expediente de visto bueno planteado por el recurrente NO 246600, en la audiencia de investigación llevada a efecto el 19 de mayo del 2016, se le hizo saber que la relación laboral entre los sujetos procesales había finalizado por una resolución de visto bueno dado el 17 de mayo del 2016, a las 09H30, por el Ab. Alfredo Panchana Toral, Inspector de Trabajo.

Que si bien es cierto el Visto Bueno No. 246606, planteado por la parte accionada, primero abocó conocimiento la Ab. Olga Castro Salvador, pero que después en resorteo correspondió al Ab. Luis Alfredo Panchana Toral

Inspector del Trabajo perteneciente a la Dirección Provincial de Trabajo, Empleo y Servicio Público del Guayas, es decir, era competente para asumir ese expediente administrativo, por lo tanto, no es cierto que se haya inaplicado la norma en mención. […]

Por lo antes expuesto, la sentencia que se encuentra recurrida contiene los requisitos que establece la sentencia de Corte Constitucional, esto es, los presupuestos de la lógica, comprensibilidad y razonabilidad. Además, el recurrente, no debió solamente mencionar la norma infringida, ni solamente mencionar ciertos números de disposiciones legales ni transcribir párrafos enteros de sus escritos presentados, sino especificar en forma concreta y detallada los cargos que formula contra el fallo a fin de que este Tribunal de casación tenga los elementos necesarios para realizar el control de legalidad de la resolución judicial atacada[…].

Por el caso CINCO del Art. 268 del COGEP

Al recurrente se le ordenó aclarar el yerro, que acusa adolece el art. 173 del Código del Trabajo; así como también establecer la razón de acusar la falta de aplicación del Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador; […]

Sobre los argumentos para contestar el caso CUATRO del Art. 268
COGEP:

El casacionista utiliza la norma contenida en el Art. l9l del Código del Trabajo, tanto para el caso cuatro como para el caso cinco de casación, sin considerar que la forma de transgresión de la norma puede ser directa o indirecta, conforme lo determina cada causal.

Para el caso cuatro, la violación solo puede ser indirecta porque depende de la transgresión de norma procesal en la parte considerativa del fallo.

Para el caso cinco, la violación solo puede ser directa, porque supone que la casacionista está de acuerdo con la valoración probatoria que se realiza en la parte considerativa de la sentencia.

Es por ello que existe contradicción de fundamentación en el recurso por las causales a casos CUATRO y CINCO.

Esto se evidencia por que le está pidiendo, de manera encubierta, al Tribunal de Casación que realice una revalorización de los elementos probatorios:

Vistos Buenos, propuestos por el trabajador y el empleador (ver ampliación del recurso, que tuvo que presentar por disposición del Conjuez nacional) Acta de Finiquito, Aviso de salida IEES; para justificar la acusación que realiza sobre el Art. 172 COGEP sin tener en cuenta que la referida norma nos remite **a la presunción Judicial**, la misma de la que no adolece la sentencia Impugnada, toda vez que la presunción judicial es la que forman los juzgadores sobres los hechos frente a la prueba y la plasman con la decisión, estructura que si existe en la sentencia.

Que esa presunción judicial no sea del agrado del recurrente no quiere decir que no exista aplicación de la norma en referencia.

Como consecuencia de la violación del art. 172 COGEP, señala que se transgredió el 191 del Código del Trabajo porque no le reconocieron el derecho de indemnización por despido intempestivo.

Sobre este punto existe contradicción de fundamentación, puesto que también utiliza el Art. 191 del Código del Trabajo para sustentar el caso cinco de casación, puesto que señala al remitirnos al escrito con el aspira completar el recurso de casación, sin lograrlo, y manifiesta:

"AL INAPLICAR EL ART. 173 DEL CODIGO DE TRABAJO que posibilita solicitar Visto Bueno, tanto más que dicho trámite 246600 JAMAS FUE OBJETO DE LA LITIS en Apelación, impidió con ello mi reconocimiento a los derechos emanados del Art. 191 del Código del Trabajo..." (sic).

En definitiva, con el caso CINCO de Casación el recurrente quiere llevar al Tribunal de Casación a una revalorización de la prueba, circunstancia que no está permitida conforme lo dispuesto en el Art. 270 COGEP. […]

Con todas las argumentaciones expuestas, solicito reiterativamente a los

Señores Magistrados de la Sala de Casación Laboral rechazar los infundados e ilegales planteamientos del improcedente Recurso de Casación propuesto en forma absurda y desordenada por el recurrente y en consecuencia NO CASAR la sentencia de la que ha recurrido el casacionista contra la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. […] (Sic)

V.- PROBLEMAS JURÍDICOS:

19. De la fundamentación efectuada por la parte actora, se desprende que los problemas jurídicos radican en lo siguiente:

20. CASO DOS:

- Determinar si la sentencia recurrida carece de motivación fáctica y normativa suficiente ya que no se puede motivar

un fallo, en base a un expediente de visto bueno que no ha sido producido conforme lo exige la ley, que no ha sido resuelto por un inspector debidamente sorteado y que no ha resuelto todas las excepciones planteadas en dicho trámite administrativo.

21. CASO TRES

- Determinar si en la sentencia de apelación se ha concedido algo más allá de lo pretendido, al haberse otorgado un recurso que no fue solicitado por las partes y al haber omitido ordenar el pago de los rubros de las comisiones de abril de 2016, así como de los días laborados del mes de mayo de 2016.

22. CASO CUATRO:

- Verificar si existe la trasgresión de preceptos de valoración de la prueba, al momento de valorar el trámite de visto bueno N° 246606, que no fue producido debidamente de conformidad con el artículo 195 y 196 del COGEP, lo que generó que se aplique indebidamente el artículo 172 del Código del Trabajo; además de haberse trasgredido el artículo 172 del COGEP sobre la presunción judicial, ya que existe suficiente prueba (visto bueno N° 246600) de que la relación laboral terminó el 31 de mayo de 2016, por lo que se está violentando el artículo 32 del Código Civil.

23. CASO CINCO

- Establecer si existe la transgresión directa de norma sustantiva, esto es el artículo 173 del Código del Trabajo, al no haber considerado que el trabajador puede dar por terminado la relación laboral y que el demandado ha reconocido que no canceló las comisiones de abril de 2016, vulnerando su derecho a percibir las indemnizaciones de los artículos 185 a 188 del Código del Trabajo.

VI.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

6.1. CASO DOS:

24. El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos procede: *"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".*

25. El artículo 76. 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, establece como garantía del debido proceso, 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*

26. La Corte Constitucional, mediante sentencia No 1158-17-EP/21, resolvió trascender el llamado "test de motivación" que contemplaba verificar si los fallos cumplían parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad; esta transición obedece a que dichos parámetros limitan al juez no permitiéndole evaluar otras pautas que evidenciarían si la garantía de motivación ha sido transgredida.

27. Dicha sentencia señala además, que el criterio rector de la motivación deriva del artículo 76.7. l) de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto se requiere obligatoriamente: "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 la normas a los antecedentes de hecho". "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"**[2] (Lo resaltado nos pertenece).

28. Es pertinente señalar, que existen varios tipos de deficiencias motivacionales, entre los cuales se encuentra: 1. Inexistencia, cuando la decisión carece totalmente de fundamentación fáctica y normativa; 2. Insuficiencia, cuando cuenta con alguna fundamentación fáctica y normativa, pero no basta para cumplir el estándar de

[2] Sentencia No. 1158-17-EP/21(Caso Garantía de la motivación) Juez ponente: Alí Lozada Prado; ver párrafos del 51 al 61.

suficiencia; 3. Apariencia, cuando la decisión a primera vista aparenta suficiencia normativa y fáctica, pero en realidad es inexistente o insuficiente, porque está afectada por algún vicio motivacional: a) incoherencia; b) inatinencia; c) incongruencia; y, d) incomprensibilidad.

29. El casacionista, señala que la sentencia emitida por el tribunal de apelación, no tiene fundamentación fáctica y normativa suficiente, sin encasillarse en un vicio motivacional específico, siendo su argumento central que el fallo impugnado no considero la impugnación a la competencia del señor Inspector del Trabajo abogado Luis Alfredo Panchana Toral, así como tampoco consideró que en el trámite administrativo se encontraba pendiente la excepción de prescripción presentada por el trabajador en el trámite de visto bueno N° 246606-2016.

30. La Corte Constitucional en la sentencia aludida sobre los vicios motivacionales señala:

> **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.
>
> **(3.1) Incoherencia**
>
> **73.** 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. […]
>
> **(3.2) Inatinencia**
>
> **79.** Una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por contener razones inatinentes a la decisión que se busca motivar y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues la razones inatinentes no sirven para fundamentar una decisión. […]
>
> **(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.[…]

31. En tal virtud, a este tribunal de casación le corresponde revisar si efectivamente existió la alegada insuficiencia motivacional; para lo cual revisará la fundamentación de la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 28 de abril de 2022, a las 16h42, para determinar si contiene la estructura mínima que exige la Corte Constitucional, para considerarlo debidamente motivado.

32. La sentencia impugnada que consta de fs. 419 a 439 del cuaderno de apelación, inicia su fundamentación haciendo referencia a la validez procesal, los principios que rigen la prueba, del derecho a impugnar y recurrir, para posteriormente a partir del considerando OCTAVO narrar los antecedentes de hecho y de la contestación a la demanda; en el considerando DECIMO, analiza los fundamentos de la apelación del auto interlocutorio de admisibilidad de la prueba, respeto del testimonio de Cristian Falconí, para luego

de escuchar sus intervenciones y al analizar el audio de la audiencia única, determinar que la parte demandada desistió de su apelación en la misma diligencia.

33. En el considerando DÉCIMO PRIMERO enuncia los principios que integran el derecho laboral ecuatoriano y en el considerando DÉCIMO TERCERO establece el punto de debate y controversia en apelación, manifestando:

> Habiendo apelado la pare demandada, el Tribunal solicita que proceda a fijar sus puntos en controversia, así la PARTE DEMANDADA propone como puntos en debate o controversia, los siguientes: **1) Que se analice la procedencia del pago del rubro indemnizatorio del despido intempestivo al actor en virtud que existen dos trámites administrativos de visto bueno; 2) Que se analice si es legal el trámite administrativo de visto bueno tramitado y resuelto por el inspector de trabajo Luis Alfredo Panchana; y, 3) Que se analice si es procedente el pago de la remuneración por el mes de mayo que reclama el actor ya que no laboró en este mes.-**Hasta aquí los puntos en controversia de la parte demandada.- Seguido, el Tribunal en cumplimiento de lo que dicta el procedimiento, solicita a la parte actora exponga su conformidad con los puntos en controversia expuestos, y la PARTE ACTORA expone de manera pública en esta audiencia que está de acuerdo con los puntos en controversia que señala la PARTE DEMANDADA.- Luego, el Tribunal concede derecho a voz a la PARTE ACTORA de acuerdo a su recurso de apelación y además expone que es de observar que la parte demandada en su apelación dice que revean la sentencia venida en grado por ilegal e inconstitucional y dispongan lo que en derecho corresponda, y el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 251 determina claramente los recursos que se pueden plantear en una causa: *"[…]* ***Clases de recursos.*** *Se prevén los siguientes recursos: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho. […] Concedido o negado cualquier recurso no se lo podrá interponer por segunda vez.",* y sobre esto señores Jueces, el COGEP no contempla el recurso de rever una sentencia, por lo que la apelación de la demandada es infundada por cuanto no existe el recurso planteado.- Siendo así el Tribunal deja establecidos los puntos en debate como dispone la ley.-

34. Delimitados los puntos de debate y al no existir posibilidad de conciliación, el tribunal procede a pronunciarse sobre de la prueba nueva solicitada por la parte demandada, la cual niega por haberse desistido de la prueba testimonial de Cristian Falconí; en el considerando DÉCIMO SEXTO, establece los hechos probados relevantes para la resolución:

> Al respecto, y en relación a los hechos probados relevantes para la resolución de este Tribunal, en el caso subjúdice, encontramos que de los autos constan dos trámites de Visto bueno ejercido cada uno por cada una de las partes que traban litis en esta causa, relievando que la relación laboral no ha sido por los justiciables por lo que se reconoce su existencia, sin embargo, de estos dos trámites administrativos de Visto Bueno, es el trámite que ingresa la parte empleadora el que es resuelto primero (17 de mayo del 2016) y correspondientemente a la realidad procesal y cronológica causa inmediatos efectos jurídico al resolver la suspensión de las relaciones laborales con la parte actora por lo que se encuentra que siendo un trámite en legal y debida forma efectuado, con la consideración de lo previsto en ley previa y expresa, respetando la observancia de lo que dispone la norma supra constitucional, determina el la inmediata afectación a la relación que culmina por efectos del visto bueno aprobado, tramitado y resuelto por autoridad del Trabajo (Inspector de Trabajo Luis Alfredo Panchana); percibiendo y estableciendo por las pruebas que en su comunidad han sido valoradas por este Tribunal que en la presente causa se ha observado y cumplido en todo momento con los derechos tutelados en nuestra Constitución y lo prevenido en los artículos 33, 75, 76, 82, 326 y 328 por lo cual considera el Tribunal que mediando la motivación pertinente, es pertinente aceptar el recurso planteado por corresponder al derecho y ley expresa.- (sic)

35. De lo transcrito se observa, la sentencia enuncia las constancias procesales y los hechos acecidos durante la tramitación de los vistos buenos aparejados al proceso luego de lo cual en el numeral 17.4. expone las conclusiones a las que ha arribado el tribunal de apelación de la valoración de los vistos buenos presentados por las partes, determinando que: *"[…] este Tribunal considera no al lugar los rubros indemnizatorios del artículo 188, del Código del*

Trabajo, del artículo 185 del Código de Trabajo, y asimismo la remuneración del mes de mayo con el triple recargo impuesto al empleador.".

36. De acuerdo con lo expuesto y revisada la sentencia impugnada observamos que los jueces de apelación se pronunciaron respecto los puntos que fueron establecidos como parte del debate, esto es la improcedencia del pago de despido intempestivo, ya que existe un visto bueno concedido a favor del demandado, que termina la relación laboral.

37. Se observa también, que de los demás rubros que el juez a quo ordenó pagar, esto es, proporcional de la décima tercera remuneración, décima cuarta remuneración, y vacaciones, al no ser materia de la apelación el tribunal en la parte dispositiva del fallo, resuelve:

> […] **REFORMAR** la sentencia de primer nivel concediendo al actor el pago de los rubros sociales por no haber sido estos recurridos, ni impugnados dentro de la causa, por lo cual queda en firme el pago de los rubros indemnizatorios del valor proporcional de la décima tercera remuneración; del proporcional de la décima cuarta remuneración, y de las vacaciones, en igual forma que han sido liquidados por la Juez de primer nivel, en favor del actor.-

38. Sobre la legalidad del visto bueno tramitado por el señor inspector de trabajo Ab. Luis Panchana, la sentencia analiza la alegación de la parte actora que respecto a la competencia del mismo para resolver el trámite administrativo, estableciendo así conclusiones del análisis del acervo probatorio como de la ley, en los siguientes términos:

> […] dentro del trámite administrativo que inicia el Inspector Panchana, ese trámite administrativo por los principios que me he permitido leer, esto es, los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación y transparencia, debieron haber sido observados de igual forma por la parte que accionaba dentro de los trámites administrativos. Es decir, oportunamente haber planteado escritos, reclamando, per urgiendo o habiendo hecho notar al inspector a los efectos, no solamente con respecto a la suspensión de la diligencia o de la audiencia administrativa de investigación (respecto de la cual obra un pedido de suspensión previo de la parte actora que si fue atendido, siendo el segundo pedido de diferimiento el que no se aprobó y se continuó el trámite siendo esta una facultad inherente a la función del Inspector), sino en referencia a que si existían a la par dos trámites administrativos dentro del mismo ente administrativo, esto debía haber sido hecho conocer por la parte actora al Inspector de manera oportuna, y ese efecto de haber superpuesto o haber asumido el Inspector Luis Alfredo Panchana las funciones de otra funcionaria que tenía a cargo el trámite, por sorteo pero que no había realizado actividad alguna en él y esto se relieva por parte de este Tribunal, no es nada más que la actividad que realizan muy impersonal, los funcionarios, sin que esto afecte la validez del trámite como tal, más aun sin que el trámite en los diversos momentos procesales administrativos oportunos no fue observado ni impugnado[…]

39. Es así que concluye, que el trámite de visto bueno efectuado por el Ab. Panchana es válido y plenamente eficaz, por lo que terminó la relación laboral el 17 de mayo de 2016; y, finalmente sobre el pago del mes de mayo de 2016, decide que no es procedente al haber aceptado el visto bueno interpuesto por la parte demandada, efectuando el siguiente análisis:

> Y por esta relación laboral que es puesta en discordia dentro de la Inspectoría de Trabajo por ambas partes, dado que ambas partes presentan el mismo día sendos trámites de visto bueno, siendo que a la parte empleadora le resuelven el día 17 de mayo y a la parte trabajadora le resuelven días después, en los últimos días del mismo mes de mayo, a finales del mes de mayo. Para ser más claros, esto casualmente hace que el trabajador de acuerdo a lo que resuelve el inspector Luis Alfredo Panchana, lo determina como haber incurrido en la causal 3 del artículo 172 del Código del Trabajo, y conforme su trámite administrativo, dicho acto o dicho procedimiento administrativo, goza de total y plena eficacia jurídica […] Por ello, y habiendo sido especificado lo pertinente, este Tribunal considera **no al lugar los rubros indemnizatorios del artículo 188, del Código del Trabajo, del artículo 185 del Código de Trabajo, y asimismo la remuneración del mes de mayo con el triple recargo impuesto al empleador.**

40. De todo lo expuesto, este tribunal observa que la sentencia de apelación, fuera de que se concuerde o no con el criterio establecido en su texto, resuelve los puntos medulares de la apelación presentada por la parte demandada, en el que se expresa el análisis del tribunal y la conclusión a

la que arribaron sobre la impugnación del visto bueno, por lo que, tiene fundamentación fáctica y normativa suficiente, cumpliendo con los parámetros mínimos de motivación. Por lo que se rechaza el cargo.

6.2. CASO TRES:

41. Este caso procede: *"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."*, es decir contempla los vicios de ***ultra petita, extra petita o infra petita.***

42. El tratadista Murcia Ballén, sobre este tema manifiesta:

> (…) el principio de congruencia o armonía del fallo se contrae a la necesidad de que este se encuentre en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas; y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido invocadas por el demandado, sino se autoriza su declaración oficiosa, o sea que el juez en su sentencia, tiene que pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado; pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos que no están en el debate[3].

43. Bajo la fundamentación expuesta, el problema jurídico a resolver es si en la sentencia impugnada se ha concedido algo más allá de lo pretendido, al haberse otorgado un recurso que no fue solicitado por las partes y al haber omitido ordenar el pago de los rubros de las comisiones de abril de 2016, así como de los días laborados del mes de mayo de 2016.

44. Ahora bien, la incongruencia que establece el caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, constituye un error in procedendo, y puede darse en tres casos: **a.-** Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); **b.-** Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, **c-** cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita).

45. En este caso el casacionista al fundamentar su recurso de casación ha manifestado que la sentencia recurrida contiene el vicio de EXTRA PETITA y CITRA PETITA ya que a su parecer los jueces del tribunal de apelación se pronunciaron respecto de algo distinto que no fue parte de la controversia un "Recurso de Reforma" y no se ha pronunciado acerca de las comisiones del mes de abril de 2016; por lo que para que prospere el cargo alegado el tribunal de casación debe observar si los jueces se pronunciaron sobre a algo distinto de lo pretendido en la demanda o en el recurso de apelación y si debían pronunciarse respecto de las comisiones del mes de abril de 2016.

46. De fojas 265 a 278 del expediente, consta la demanda presentada por el señor Carlos Oswaldo Abad Pacheco en la cual señaló las siguientes pretensiones:

- Remuneración de Mayo del 2016 Triple de lo adeudado […]
- Comisiones de Abril y Mayo del 2016, incluida aquí, la relativa a la venta efectuada a la Lcda Gloria Cely. […]
- Bonificación del artículo 185 del Código del Trabajo […]
- Indemnización del art. 188 del Código del Trabajo […]
- Estabilidad de 24 meses del art. 172 No. 6 del Código del Trabajo […]
- Proporcionales de las 13ras y 14tas remuneraciones 2016 […]
- Proporcional de Vacaciones 2016 […]
- Utilidades periodo relativo al año 2015 y año – 2016

Reclamo además los intereses, y las costas procesales, entre las que se incluirán los honorarios profesionales de mis defensores

47. De lo cual, conforme consta en el acta de la audiencia única de fs. 243 a 244, el juez de primera instancia fijó como objeto de la controversia lo siguiente: "NO HAY EXCEPCIONES PREVIAS QUE ATENDER, SE DECLARA LA VALIDEZ PROCESAL, MEDIANTE DEBATE BILATERAL VERIFICAREMOS SI AL ACTOR LE ASISTE O NO EL DERECHO DE LOS RUBROS QUE ESTA RECLAMANDO, REMUNERACIÓN DE MAYO, EL TRIPLE DE RECARGO. COMISIÓN, ART. 185, 188, ESTABILIDAD, PORPORCIONAL DEL DÉCIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO SUELDO Y VACACIONES, UTILIDADES, INTERESES Y COSTAS PROCESALES",

[3] Humberto Murcia Ballén, "Recurso de Casación Civil", Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 466.

pretensiones que fueron analizadas y el juez resolvió lo siguiente:

> […] 8.6.-) El actor reclama en su demanda el pago de la remuneración del mes de mayo de 2.016, consta al respecto que en el acta de finiquito, medio de pruebas del actor (folio 2 a 5), entre los rubros detallados por el empleador consta que está pendiente de pago la remuneración del mes de mayo de 2.016, consta que el accionado al contestar la demanda, aceptó que está debiendo esta remuneración de mayo de 2.016, y consignó la cantidad de $ 3.590,75 dólares (folios 444), consecuencia de lo expuesto, el actor tiene derecho y le ordeno el pago de la remuneración del mes de mayo de 2.016, con el recargo del triple determinado en el artículo 94 del Código del Trabajo.- Se expresa que, de la liquidación que resulte se deberá descontar, el valor consignado.- 8.7.-) Se niega el reclamo del articulo 172 numeral 6 del Código del Trabajo, el actor está afiliado al IESS**.- 8.8.-) Sin lugar los demás reclamos, por falta absoluta de pruebas.** […] declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por CARLOS OSWALDO ABAD PACHECO, y ordena que la demandada FARMACOLOGIA EN ACUACULTURA, VETERINARIA, FAV ECUADOR S.A., en la persona de AB. ALFREDO ALEJANDRO CONTRERAS ICAZA, por sus propios derechos y por los que representa, pague al actor CARLOS OSWALDO ABAD PACHECO, la siguiente liquidación. Y, En cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución del Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia, expedida el 3 de Febrero de 1999, publicada en el R.O. 138 de marzo 1 de 1999, se procede a practicar la siguiente liquidación: tiempo de liquidar: fecha de ingreso: 1 de abril de 2.015, fecha de salida: 31 de mayo de 2.016, remuneración $ 3.500,00 dólares.-. Se procede a liquidar: proporcional, **décimo tercer sueldo:** $ 1.750,00 dólares, proporcional **Décimo cuarto sueldo:** $ 91,50 dólares, **vacaciones 2016**: $ 291,67 dólares, **Indemnización del Articulo 188 C.T.**: $ 10.500,00 dólares; Desahucio Art. 185 C.T.: $ 875,00 dólares; **Remuneración del mes de mayo** de 2.016: $ 3.500,00 dólares; **Triple de Recargo Art. 94** del Código del Trabajo: $ 10.500,00 dólares. TOTAL: $ 27.508,17 Dólares. MENOS CONSIGNADO: $ 3.590,75 DÓLARES.- SALDO A FAVOR DEL ACTOR: $ 23.917,42 dólares.- (VEINTITRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE con 42/100 DOLARES, de los ESTADOS UNIDOS de AMERICA). Más los intereses legales, que correspondan. Con honorarios que regular en el 5% a favor de la Defensa Técnica del Actor Ab. Carlos Díaz Guzmán. ($ 1.375,41).- (Énfasis añadido)

48. Inconforme con ello, la parte demandada interpone recurso de apelación, constante a fs. 661 a 673 del cuaderno de primera instancia, sosteniendo en su escrito específicamente lo siguiente: *"[…] Dentro del término de ley, comparezco para fundamentar mi Recurso de Apelación tal como lo dispuso la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia; así como la apelación que interpuse al AUTO INTERLOCUTORIO DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA,.[…]"*, así mismo, al desarrollar su fundamentación lo hace específicamente del "RECURSO DE APELACIÓN", como menciona en el punto 2 del escrito y en la parte final menciona:

> **Una vez fundamentado, dentro del término legal, mi recurso de apelación** de sentencia expedida en forma oral del 26 de julio de 2017 y notificado en forma escrita el 9 de agosto de 2017, a las 12h42; así como del auto interlocutorio de admisibilidad de la prueba, sírvase elevar los autos para conocimiento de una de las Salas Especializadas de lo Laboral, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, para que, previo al trámite correspondiente, revean la sentencia venida en grado por ser ilegal e inconstitucional y dispongan lo que en Derecho corresponda. (Énfasis añadido)

49. En virtud de esto, el expediente se eleva a la Corte Provincial del Justicia, quienes para la fundamentación se centran en tres puntos a resolver el recurso de apelación:

> […] 1) Que se analice la procedencia del pago del rubro indemnizatorio del despido intempestivo al actor en virtud que existen dos trámites administrativos de visto bueno; 2) Que se analice si es legal el trámite administrativo de visto bueno tramitado y resuelto por el inspector de trabajo Luis Alfredo Panchana; y, 3) Que se analice si es procedente el pago de la remuneración por el mes de mayo que reclama el actor ya que no laboró en este mes.- (énfasis añadido)

50. Por lo expuesto y teniendo en cuenta lo analizado en el caso 2 del artículo 268 del COGEP, los jueces de apelación, consideraron los tres puntos medulares propuestos por la parte accionada, que además fueron

puntos que la parte accionante acepto, esto es, si era procedente el pago por concepto de despido intempestivo, la alegaciones respecto a la validez de los vistos buenos propuesto por el actor como por el presentado por el demandado y si era procedente el pago de la remuneración del mes de mayo de 2016, sin que se evidencie de su texto que los jueces se hubiesen salido de los límites fijados por las partes procesales.

51. Además, el casacionista al acusar el vicio de extra petita tiene la obligación de identificar el yerro, esto es, la parte de la sentencia que resuelve algo distinto a lo solicitado por las partes, en este caso el casacionista mencionó que se resolvió de un recurso inexistente, un "recurso de reforma", que se pide que se "revea" lo cual no es un recurso y que los jueces de apelación al momento de reformar el fallo, estaría resolviendo ese pedido; lo que no responde a la realidad procesal, ya que el recurso atendido conforme se desprende de la revisión del expediente, por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, es el de apelación, el pedido de que se revea la decisión, es establecido como consecuencia de la posible aceptación de los argumentos de su impugnación, queda claro que el recurso analizado es de apelación, por lo que no procede su acusación.

52. Respecto al vicio de citra petita, el casacionista acusa que los jueces de apelación no se pronunciaron respecto a las comisiones del mes de abril de 2016, sin embargo de la revisión del proceso observamos que los jueces si se pronunciaron respecto de las mismas, conforme se desprende de su texto, y además, debemos recalcar, que la parte accionante no apeló de la sentencia de primera instancia, que declaró: *"[…]Sin lugar los demás reclamos, por falta absoluta de pruebas"*, entre ellas las comisiones solicitadas, entendiéndose que se encontraba conforme con lo resuelto, además este hecho particular no formó parte de los puntos controvertidos en apelación, que fueron fijados por el tribunal ad quem y aceptados por las partes, por lo que mal podría alegarse que ha existido el vicio de citra petita, cuando el presente sistema se sustenta en el principio dispositivo, en el cual las partes son los que marcan los límites del debate y fijan los puntos de discusión.

53. Cabe tener presente las implicaciones del principio dispositivo, previsto en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial: ***"PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.-*** *Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. (...)",* quiere decir entonces, que los jueces no pueden atender otros presupuestos que aquellos, presentados por las partes litigantes y en el sentido de que los jueces no deben incorporar presupuestos adicionales a los planteados exclusivamente para el debate procesal, que en este caso, es por la causal tres del artículo 268 del COGEP, en cuanto a verificar si los puntos propuestos en el debate de apelación fueron atendidos por los jueces.

54. Lo que si refleja del recurso propuesto es la inconformidad de la parte accionante, con la valoración de la prueba y su intención es que el tribunal de casación al amparo del caso tres del artículo 268 del COGEP, entre a valorar la prueba, lo cual no es procedente, por lo que no se evidencia las transgresiones acusadas.

6.3. CASO CUATRO:

55. Este caso contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, procede: *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto".*

56. Tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo hiciera el tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: **1.** Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia. **2.** Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. **3.** Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, **4.** Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado equivocadamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba.

57. La casacionista señala que los jueces de apelación incurren en la falta de aplicación transgresión de preceptos de valoración de la prueba, al momento de valorar el trámite de Visto Bueno N° 246606, que no fue producido debidamente de conformidad con los artículos 195 y 196 del COGEP, lo que generó que se aplique indebidamente el artículo 172 del Código del Trabajo; además de haberse trasgredido el artículo 172 del COGEP sobre la presunción judicial, ya que existe suficiente prueba (visto bueno N° 246600) de que la relación laboral terminó el 31 de mayo de 2016, por lo que se está violentando el artículo 32 del Código Civil.

58. Las acusaciones respecto al caso cuatro del artículo 268 del COGEP, que han sido admitidas son exclusivamente respecto de los artículos *"[…] 172 y 195 del Código Orgánico General de Procesos y 172, 191 del Código del Trabajo, 82 de la Constitución de la República, 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y 32 del Código Civil"*, en este caso los preceptos de valoración de la prueba que se han señalado como infringidos son:

> **Art. 172.- Presunción judicial.** Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial.
>
> **Art. 195.- Eficacia de la prueba documental.** Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario: 1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos. 2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad. 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar.

59. Como consecuencia de la transgresión, el casacionista acusa que se aplicó indebidamente el artículo 172[4], no se aplicó los artículos 191[5] del Código del Trabajo, 82[6] de la Constitución de la República, 19[7] del Código Orgánico de la Función Judicial y 32[8] del Código Civil.

60. Podemos observar que el medio de prueba que ha sido impugnada su valoración es del Visto Bueno N° 246606-2026, ya que los jueces de apelación, no consideraron que existe prueba suficiente que permite establecer una presunción judicial de que efectivamente se encuentran probados los hechos que dieron lugar al Visto Bueno N° 246600-2016, propuesto por el trabajador.

61. En este sentido, cabe mencionar que el trámite administrativo de visto bueno es competencia de la Inspectoría del Trabajo, institución que pertenece al ministerio del ramo, de conformidad con el establecido en el artículo 183 del Código del Trabajo, que dice:

> […] Calificación del visto bueno.- En los casos contemplados en los artículos 172 y 173 de este Código, las causas aducidas para la terminación del contrato, deberán ser calificadas por el inspector del trabajo, quien concederá o negará su visto bueno a la causa alegada por el peticionario, ciñéndose a lo prescrito en el capítulo "Del Procedimiento". **La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio.** (Énfasis añadido)

62. El tratadista Julio Cesar Trujillo, respecto del visto bueno nos ha mencionado, lo siguiente:

> Nuestra legislación adopta un doble sistema para el caso de los Arts. 172 y 173 exige el visto

[4] **Art. 172 CT.**- 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: […] 3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador."

[5] **Art. 191 CT.- Indemnizaciones y bonificaciones al trabajador.**- "Tendrá derecho a las indemnizaciones fijadas en los artículos 187 y 188 de este Código y a las bonificaciones establecidas en este capítulo, el trabajador que se separe a consecuencia de una de las causas determinadas en el artículo 173 de este Código".

[6] **Art. 82 CONST.**-"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."

[7] **Art. 19 COFJ.- "Principios dispositivo, de inmediación y concentración.**- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.[…]"

[8] **Art. 32 CC.**- "Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas."

bueno, que, con el P. Carlos Vela Monsalve, S. J., podemos definirlo como: "…la resolución del inspector del trabajo o de quien haga sus veces, pronunciada a solicitud de parte y según el procedimiento especial del Art. 569 (ahora 621) por la que declara que existen y son legales los motivos aducidos para la terminación del contrato". (Sic)

63. Es así, que para determinar la eficacia de la prueba documental y determinar si efectivamente existía una presunción judicial a favor de cualquiera de las partes, este tribunal considera que se debió tener en cuenta el segundo inciso del artículo 183 del Código del Trabajo, esto es, considerar a los vistos buenos propuestos como informes, por lo que los juzgadores tenían el deber de valorarlos con criterio judicial y en atención a las pruebas aportadas, determinar si era procedente la terminación de la relación laboral, por las causas establecidas en los artículos 172 y 173 del Código del Trabajo.

64. Correspondiendo revisar el fallo y al respecto podemos observar:

> […] estos juzgadores se basan específicamente en los autos del proceso y esta competencia que se encuentra por parte de las actuaciones y la pertinente resolución que emana el Inspector de Trabajo, que es quien autoriza la terminación de la relación laboral, el 17 de mayo, y tras misma fecha que es concordante con los documentos y oficios que se generan después dado que ello es conducente a la fecha de la terminación de la relación laboral; es evidente que el Acta de Finiquito y el trámite de visto bueno que se acepta a la parte actora no aúnan para establecer hechos facticos que enerven lo sostenido y respaldado por la parte demandada ya que no pueden haber dos terminaciones de relación laboral con las mismas partes en el mismo tiempo, de allí y como se coligen los hechos, se evidencia la consignación del sueldo y otros haberes que realiza el empleador, y que cuando la inspectora que lleva el segundo trámite de visto bueno es advertida de incluso por la demandada de la existencia del visto bueno en firme ya resuelto, lo ignora y prosigue el segundo trámite que ya no tenía efectos por ya haberse resuelto dentro de otro trámite con respecto al actor con anterioridad, y era en ese trámite que debía atenderse cualquier impugnación, reclamo u observación al respecto.[…] Y por esta relación laboral que es puesta en discordia dentro de la Inspectoría de Trabajo por ambas partes, dado que ambas partes presentan el mismo día sendos trámites de visto bueno, siendo que a la parte empleadora le resuelven el día 17 de mayo y a la parte trabajadora le resuelven días después, en los últimos días del mismo mes de mayo, a finales del mes de mayo. Para ser más claros, esto casualmente hace que el trabajador de acuerdo a lo que resuelve el inspector Luis Alfredo Panchana, lo determina como haber incurrido en la causal 3 del artículo 172 del Código del Trabajo, y conforme su trámite administrativo, dicho acto o dicho procedimiento administrativo, goza de total y plena eficacia jurídica, por lo que nos hemos permitimos, incluso, citar la norma específica en cuanto al Código Orgánico Administrativo COA, así como de la Constitución y en cuanto a los principios generales fundamentales que observan los derechos fundamentales de las personas, […]. Por ello también se encuentran que la sentencia de primer nivel emanada por la Juez Lilia Acosta Pérez de Flores, si bien admite y si bien ha analizado los previos de este caso que data del año 2017, no ha procedido a observar **que el despido intempestivo logra ser enervado por medio del acto administrativo del visto bueno, el visto bueno que es concedido en favor del empleador, y por ello el empleador procede lógicamente a consignar los valores en favor del trabajador, dentro del ente autorizado por ley** (Ministerio de Trabajo) y constitucionalmente reconocido como tal, esto es la remuneración, en cuanto al decurrir hasta la terminación por parte del acto administrativo del Inspector Pachana que resuelve la suspensión de la relación laboral. Asimismo, se encuentra que las partes no han recurrido en ningún momento con respecto a lo que se ha resuelto respecto de los rubros sociales, esto es, sobre los rubros del proporcional del décimo tercer sueldo, el proporcional del décimo cuarto sueldo, y el rubro de las vacaciones. Por ello, y habiendo sido especificado lo pertinente, este Tribunal considera no al lugar los rubros indemnizatorios del artículo 188, del Código del Trabajo, del artículo 185 del Código de Trabajo, y asimismo la remuneración del mes de mayo con el triple recargo impuesto al empleador. […] Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en criterio unánime, encuentra y **establece de los puntos en controversia traídos a su nivel y reclamados para su pronunciamiento que conforme se ha citado incluso dado la litis y controversia entre las partes, con el detalle**

del pietaje de audios lo que la Juzgadora Aquo admite, analiza y resuelve con respecto de la prueba ha seguido los lineamientos dados el ley previa; que dados los dos trámites de visto bueno presentados el trámite planteado por el empleador primeramente resolvió la terminación de la relación laboral y con base en ello procedió el empleador a consignar incluso los valores a los que tenía derecho el trabajador en el Ministerio de Trabajo; que la parte actora de esta causa imputa falta de competencia al trámite que se resolvió primero en favor del empleador sin que conste del mismo que haya impugnado, reclamado, opuesto o dejado expresamente sentado en dicho trámite administrativo su oposición a la competencia del funcionario Inspector de Trabajo, ni impugna el trámite como tal, para que ante esta instancia de alzada se encuentre coherencia con sus alegaciones y reclamos ante la justicia conforme la sana crítica; la parte actora únicamente dice que pidió diferimiento de la audiencia de investigación en el trámite de visto bueno y que no se la concedieron pero esto bajo las consideraciones del Inspector tampoco invalida el trámite porque es una condición motivada facultativa del funcionario sin que obre de autos una oposición formal a ello; la parte actora alega comunicaciones que no las hace constar de la causa ni ingresa información del visto bueno que planteó el actor, la juzgadora expone en su sentencia de primer nivel que no produjo prueba; que la relación laboral es una sola y cuando se resuelve su suspensión, luego de ello se producen los oficios y actividades pertinentes al hecho (acta de finiquito, aviso de salida, consignación en el Ministerio de valores conforme lo resuelto, etc.), pero no antes a efectos de que no se inobservado lo establecido o vulnerado derechos tutelados en la Constitución, y por esta cronología este Tribunal puede establecer lo antes señalado; que pese a haber sido advertida por la parte empleadora mediante oficio que consta de autos, la Inspectora que tramitaba el visto bueno presentado por el actor no atendió en nada lo pertinente de lo cual se decanta lógicamente la improcedencia de pago de un mes no laborado ni este aspecto ha sido cuestionado con respecto a la resolución de fondo; **que dentro del trámite de visto bueno que obra de autos debe considerarse la actuación de un funcionario perteneciente a un ente autónomo que en su accionar no recibió antes, durante ni después del trámite ninguna impugnación a su actuación por la parte actora, de allí que el trámite continuó hasta su culminación con la pertinente resolución. […] , […]**

65. De lo cual se puedo observar, que los jueces de ap-elación si bien revisan las imputaciones en contra de los trámites de visto bueno propuestos por las partes, no lo hacen en los términos del artículo 183 del Código del Trabajo, esto es, considerándolos como informes, es así que para establecer la verdadera causa por la que terminó la relación laboral era necesario efectuar un análisis de la pertinencia de las causales invocadas en cada visto bueno para determinar si eran procedentes o no, lo que no se evidencia de la sentencia impugnada, configurándose el vicio acusado al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP, por lo que, se acepta el cargo y conforme lo dispone el artículo 273 del COGEP entramos a resolver en mérito de los autos.

66. SENTENCIA DE MERITO

67. El actor Carlos Oswaldo Abad Pacheco, prestó sus servicios lícitos y personales para la Compañía Farmacología en Aquacultura Veterinaria FAV ECUADOR S.A., en la calidad de gerente comercial desde el 1 de abril de 2015 hasta 31 de mayo de 2016, fecha en que termina la relación laboral por visto bueno, su última remuneración fue de USD 3.500,00: en cuya demanda impugna el expediente de Visto Bueno N° 246606-2016 resuelto por el inspector del trabajo abogado Alfredo Panchana Toral, indicando como pretensiones lo siguiente:

- Remuneración de Mayo del 2016 Triple de lo adeudado […]
- Comisiones de **Abril y Mayo** del 2016, incluida aquí, la relativa a la venta efectuada a la Lcda. Gloria Cely. […]
- Bonificación del artículo 185 del Código del Trabajo […]
- Indemnización del art. 188 del Código del Trabajo […]
- Estabilidad de 24 meses del art. 172 No. 6 del Código del Trabajo […]
- Proporcionales de las 13ras y 14tas remuneraciones 2016 […]
- Proporcional de Vacaciones 2016 […]
- Utilidades periodo relativo al año 2015 y año – 2016

  Reclamo además los intereses, y las costas procesales, entre las que se incluirán los honorarios profesionales de mis defensores

68. En la contestación de la demanda a fs. 430 a 446 del expediente de primera instancia, la compañía Farmacología en Aquacultura Veterinaria FAV ECUADOR S.A., impugna la resolución de Visto Bueno N° 246600-2016 dictada por la inspectora de trabajo, abogada Sonnia Muñoz Valencia; y, respecto de las pretensiones de la demanda señala:

> 1.7. Impugno las pretensiones incluidas en el numeral OCHO de la improcedente demanda, en los siguientes términos:
>
> 1.7.1 Respecto a la remuneración de Mayo de 2016, comisiones de abril y mayo de 2016, incluida la venta efectuada a Gloria Cely, así como las Utilidades del año 2015 y 2016, las niego de manera pura y simple, por lo que éste deberá probar la forma como llegó a estos valores.
>
> 1.7.2. No corresponde los pagos correspondientes al artículo 185 y 188 del Código del Trabajo, pues la relación laboral terminó mediante Resolución de 17 de mayo de 2016, en razón de la solicitud de Visto Bueno presentada por mi representada, a la que se le asignó la numeración 246606-2016 y que concedió el Visto Bueno a favor nuestro.
>
> 1.7.3. Estabilidad de 24 meses del art. 172 del Código del Trabajo, no causa ni sorpresa con tanta imaginación que ha utilizado el actor, en esta demanda, pero la impugno por falsa, ilegal e improcedente. Dicho numeral y artículo citado hacen referencia a una causal para que el empleador, no el empleado, den por terminada una relación laboral, siendo la causal cuando se ha presentado por parte del trabajador una denuncia falsa contra éste. Al respecto ni mi representada presentó su solicitud de visto bueno por dicha causal, ni existe declaración del IESS que haya dado la razón a la falsa denuncia que presentara el actor contra mi representada, todo lo contrario, se ordenó el archivo de ésta.
>
> 1.7.4. Respecto a las valores correspondientes a décimo tercero y décimo cuarto, así con el relacionado a Vacaciones de 2016, se encuentran incluidos dentro de los rubros que se liquidan a través del cheque certificado No. 34636273-04 del Banco Pichincha, que adjuntamos a la presente contestación de la demanda, para que sea cobrado por el actor. (Sic).

69. De lo cual, conforme consta en el acta de la audiencia única de fs. 243 a 244, el juez de primera instancia fijó como objeto de la controversia lo siguiente: *"NO HAY EXCEPCIONES PREVIAS QUE ATENDER, SE DECLARA LA VALIDEZ PROCESAL, MEDIANTE DEBATE BILATERAL VERIFICAREMOS SI AL ACTOR LE ASISTE O NO EL DERECHO DE LOS RUBROS QUE ESTA RECLAMANDO, REMUNERACIÓN DE MAYO, EL TRIPLE DE RECARGO. COMISIÓN, ART. 185, 188, ESTABILIDAD, PROPORCIONAL DEL DÉCIMO TERCERO, DÉCIMO CUARTO SUELDO Y VACACIONES, UTILIDADES, INTERESES Y COSTAS PROCESALES"*, pretensiones que fueron analizadas y el juez a quo resolvió en los siguientes términos:

> […] 8.6.-) El actor reclama en su demanda el pago de la remuneración del mes de mayo de 2016, consta al respecto que en el acta de finiquito, medio de pruebas del actor (folio 2 a 5), entre los rubros detallados por el empleador consta que está pendiente de pago la remuneración del mes de mayo de 2016, consta que el accionado al contestar la demanda, aceptó que está debiendo esta remuneración de mayo de 2016, y consignó la cantidad de $ 3.590,75 dólares (folios 444), consecuencia de lo expuesto, el actor tiene derecho y le ordeno el pago de la remuneración del mes de mayo de 2016, con el recargo del triple determinado en el artículo 94 del Código del Trabajo.- Se expresa que, de la liquidación que resulte se deberá descontar, el valor consignado.- 8.7.-) Se niega el reclamo del articulo 172 numeral 6 del Código del Trabajo, el actor está afiliado al IESS.- **8.8.-) Sin lugar los demás reclamos, por falta absoluta de pruebas.** […] declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por CARLOS OSWALDO ABAD PACHECO, y ordena que la demandada FARMACOLOGIA EN ACUACULTURA, VETERINARIA, FAV ECUADOR S.A., en la persona de AB. ALFREDO ALEJANDRO CONTRERAS ICAZA, por sus propios derechos y por los que representa, pague al actor CARLOS OSWALDO ABAD PACHECO, la siguiente liquidación. Y, En cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución del Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia, expedida el 3 de Febrero de 1999, publicada en el R.O. 138 de marzo 1 de 1999, se procede a practicar la siguiente liquidación: tiempo de liquidar: fecha de ingreso: 1 de abril de 2015, fecha de salida: 31 de mayo de 2016, remuneración $ 3.500,00 dólares.-. Se procede a liquidar: proporcional, décimo tercer sueldo: $ 1.750,00 dólares, proporcional Décimo cuarto sueldo: $

91,50 dólares, vacaciones 2016: $ 291,67 dólares, Indemnización del Articulo 188 C.T.: $ 10.500,00 dólares; Desahucio Art. 185 C.T.: $ 875,00 dólares; **Remuneración del mes de mayo de 2016:** $ 3.500,00 dólares; Triple de Recargo Art. 94 del Código del Trabajo: $ 10.500,00 dólares. TOTAL: $ 27.508,17 Dólares. MENOS CONSIGNADO: $ 3.590,75 DÓLARES.- SALDO A FAVOR DEL ACTOR: $ 23.917,42 dólares.- (VEINTITRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE con 42/100 DOLARES, de los ESTADOS UNIDOS de AMERICA). Más los intereses legales, que correspondan. Con honorarios que regular en el 5% a favor de la Defensa Técnica del Actor Ab. Carlos Díaz Guzmán. ($ 1.375,41).-

70. Inconforme con ello, la parte demandada interpone recurso de apelación: a. Sobre el auto de admisibilidad de la prueba; y, b) Sobre la sentencia de fondo con el pedido de prueba nueva, consistente en la copia certificada de la notificación al trabajador con la suspensión de la relación laboral en virtud de la interposición de visto bueno N° 246606-2016, que obra de autos y la declaración de parte del accionante Carlos Oswaldo Abad Pacheco y del accionado Alfredo Alejandro Contreras Ycaza.

71. Sobre la apelación del auto de inadmisión de la prueba, la parte demandada acusa que la jueza de primera instancia negó el testimonio del señor Christian Falconí, por haber estado presente durante toda la diligencia en la sala de audiencia y que además la persona que se encontraba en la sala es Christian Falconí y no Cristhian Falconí, y señala que se le estaría restringiendo su derecho de manera ilegítima, por lo que apela de la decisión de primera instancia, respecto de esta prueba negada.

72. Al respecto, este tribunal considera que conforme consta de la audiencia de única, la jueza de primera instancia niega el testimonio del señor Christian Falconí, por haberse encontrado en la sala de audiencia desde la instalación de la diligencia y que, la parte demandada finalmente desistió del testimonio del señor Christian Falconí, y se continuó con el trámite del proceso; por lo que no se advierte vulneración del derecho a la defensa tanto más que fue decisión del demandado desistir de dicha prueba.

73. Sobre la apelación de fondo y el pedido de prueba nueva, respecto a la declaración de parte de la parte actora y sobre que se agregue la copia certificada de la notificación con la suspensión de las labores del trabajador, por la interposición del Visto Bueno N° 246606-2016, es menester indicar que el requerimiento no cumple con los requisitos del artículo 258 del COGEP, esto es, que no acredita hechos nuevos ni tampoco explica que solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia, por lo cual, se niega por improcedente.

74. Puntos de controversia: De la fundamentación del recurso de apelación se desprende dos puntos medulares a resolver, los cuales consisten en:

- Determinar la legalidad de los Vistos Buenos propuestos por las partes procesales y como consecuencia si era procedente el pago por concepto de despido intempestivo.
- Determinar si era procedente que se ordene el pago del mes de mayo de 2016, teniendo en cuenta que ese tiempo no laboró el actor pues la relación laboral se encontraba suspendida.

75. No es punto de controversia la existencia de la relación laboral ya que se encuentra plenamente reconocida por las partes procesales, tampoco lo es que la duración del vínculo laboral fue desde el 1 de abril de 2015 hasta 31 de mayo de 2016; ni su remuneración fijada en USD 3,500,00.

76. Establecido el motivo de la apelación presentada por la parte demandada corresponde observar lo dispuesto en el artículo 183 del Código del Trabajo, que en su texto manifiesta:

> **Calificación del visto bueno.-** En los casos contemplados en los artículos 172 y 173 de este Código, las causas aducidas para la terminación del contrato, deberán ser calificadas por el inspector del trabajo, quien concederá o negará su visto bueno a la causa alegada por el peticionario, ciñéndose a lo prescrito en el capítulo "Del Procedimiento". **La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio.** (Énfasis añadido).

77. Por lo que, es obligación de este tribunal considerar la resolución de los vistos buenos propuestos, como informes y en virtud de la prueba presentada, observar si se encuentran configuradas las causales por las que han sido propuestas las acciones administrativas de visto bueno, partiendo del hecho de que ambos tramites fueron ingresados el mismo día, esto es, 3 de mayo de 2016 y han seguido el

tramite establecido en el artículo 621 del Código del Trabajo, que señala:

> **Solicitud de visto bueno.-** El inspector que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo por alguno de los motivos determinados en los artículos 172 y 173 de este Código, notificará al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste. Con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y dictará su resolución dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno. En la resolución deberán constar los datos y motivos en que se funde.

78. Dicho esto, debemos considerar que los juzgadores tienen la obligación, de conformidad con el artículo 164[9[1]] del COGEP, de valorar la prueba en conjunto y de expresar en su sentencia todos los elementos probatorios que son el sustento de la decisión; existen dos principios en la actividad probatoria que deben ser tomados en cuenta, esto es:

> **1.3.2.3. Principio de la unidad de la prueba**
> El juzgador debe examinar y apreciar el conjunto de pruebas, que forman una unidad, confrontarlas y apreciarlas bajo la orientación de esclarecer la verdad procesal (Art. 160-164). La unidad implica una evaluación integrada de todo el material probatorio del proceso, que permitirá al juez sobre su convicción llegar a una conclusión.
>
> **1.3.2.4. Principio de la comunidad de la prueba**
> Si el conjunto probatorio de un proceso conforma una unidad, no puede pretenderse que las pruebas actuadas beneficien solamente a la parte que las aportó, porque la finalidad de la prueba es establecer la verdad procesal. (Art. 160-164) Una de las consecuencias del principio de la comunidad de la prueba es la de que es improcedente la renuncia o desistimiento de las pruebas practicadas. **Una vez practicada la prueba, ésta le pertenece al proceso** […][10[2]] (lo resaltado nos pertenece).

79. En el presente caso tenemos como prueba admitida a trámite, conforme consta en la sentencia emitida por la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil de miércoles 9 de agosto de 2017, a las 12h42, lo siguiente:

> […] **6.1.-)** En el auto de admisibilidad de pruebas **la parte actora** produjo en audiencia oral, como medios de pruebas a su favor la prueba documental: folios 2 a 5 Acta de finiquito, y el trámite de visto bueno que corre de fojas 8 a 232; Aviso de Salida de folios 466; **Por la parte demandada**, se aceptó documental: (folios 289 a 429) (Visto Bueno), se niega, la Declaración del Testigo Falconi Romero, porque permaneció en la sala de audiencias.-

80. Acerca del visto bueno propuesto por la parte actora, de autos consta adjuntado, admitido y producido en legal y debida forma conforme consta en los CDs., de la audiencia única adjuntados en el expediente, el Visto Bueno N° 246600-2016, interpuesto por el señor Carlos Oswaldo Abad Pacheco, el cual se encuentra de fs. 8 a 232 del cuaderno de primera instancia, el mismo se sustenta en la causal 2 del artículo 173 del Código del Trabajo, que señala:

> **Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato.-** El trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes: […] 2. Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada […]

81. Su principal alegato consiste en la falta de pago de las comisiones de abril y retraso en las de marzo de 2016, que le fueron canceladas el 11 de abril de 2016, pretensión que fue concedida por la señora inspectora Sonnia Muñoz Valencia, el 31 de mayo de 2016, a las 09h00, conforme consta en la resolución de fs. 230 a 232, por considerar que la parte demandada Farmacología en Aquacultura Veterinaria FAV ECUADOR S.A., efectuó afirmaciones que no fueron probadas, respecto al motivo del retardo en el pago de las comisiones de dichos meses.

9[1] "Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.
La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.
La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión."

10[2] Carlos Ramirez Romero, "Apuntes sobre la Prueba en el COGEP", Gaceta Judicial, Quito, 2017, pág. 35-36.

82. Ahora bien, conforme consta del contrato de trabajo aparejado dentro del visto bueno N° 246600-2016 de fs. 175-177, celebrado entre el actor y la empresa demandada, se estipuló una remuneración conformada de dos montos, el primero un monto fijo de USD 3,500.00, y además *"comisiones del 3% por ventas cobradas"*, la primera tiene una clara estipulación del plazo que tiene el empleador para pagarlas, establecido en el artículo 83 del Código del Trabajo, que dice: ***"Plazo para pagos.-*** *El plazo para el pago de salarios no podrá ser mayor de una semana, y el pago de sueldos, no mayor de un mes."*, norma que solo recae sobre el monto fijo estipulado en su contrato de trabajo, esto es a los USD 3,500.00, tiempo que no aplica, en este caso a las comisiones, ya que estas se encuentran sujetas a una condición estipulada en el contrato del trabajo, esto es, que responde a una venta cobrada, para lo cual no puede estar sujeta a un límite de tiempo específico, sino a un hecho concreto, esto es el cobro de una venta, por lo que, no se encuentra configurada la causal del visto bueno pues no existe retardo en la cancelación de su remuneración. Por lo que no se evidencia que exista causal suficiente para la terminación de la relación laboral al amparo de numeral 2 del artículo 173 del Código del Trabajo.

83. Al respecto del Visto Bueno propuesto por la Empresa FAV ECUADOR S.A. de fs. 289 a 429 del cuaderno de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, que constan de fs. 9 y 289 del expediente, documento que conforme consta del audio de la audiencia de primera instancia, se evidencia que la misma fue anunciada, admitida y producida en atención a lo que dispone el artículo 196 del COGEP [11], por lo que la misma es válida y es prueba que debe ser apreciada en conjunto con los demás medios probatorios.

84. La parte demandada interpone la solicitud de visto bueno con el N° 246606-2016, al amparo del artículo 172 numeral 3[12]del Código del Trabajo, por haber incumplido con la cláusula séptima[13] del Contrato de Trabajo, la obligación del artículo 45 letra d) del Código del Trabajo[14], esto es por falta de probidad o conducta inmoral del trabajador, al haber cobrado comisiones a un subalterno.

85. Petición que fue tramitada y resuelta por el abogado Alfredo Panchana Toral el 17 de mayo de 2016, a las 09h30, a favor del señor Alfredo Contreras Ycaza en su calidad de Representante de la compañía FAV ECUADOR S.A., conforme consta de fs. 396 a 399, luego de la cual existieron pedidos reiterativos por parte del actor solicitando la revocatoria, la nulidad, que se amplié las excepciones, los cuales fueron contestados el 30 de mayo de 2016, en que se le niega sus pretensiones y en la parte final dispone: *"[…]Por lo expuesto; se Niega lo solicitado por improcedente; La ley establece que la parte que no se encuentre conforme con la resolución del Inspector; el mismo que es un mero informe; puede impugnarla ante la Autoridad Competente; que es el Juez del Trabajo. Se ordena ARCHIVA el presente trámite. […]"* (fs. 425); fecha en que la parte demandada finalmente registra el acta de finiquito y liquida los valores adeudados al trabajador.

86. En este caso, al tribunal le corresponde determinar si efectivamente existió por parte del trabajador un acto que denote falta de probidad o un acto inmoral para que se configure la causal del artículo 172.3 del Código del Trabajo, es así que si nos remitimos al visto bueno incorporado en el proceso, podemos observar que al trabajador se lo acusa de haber cobrado comisiones de ventas a un subalterno, hechos que son probados dentro del acta de diligencia del visto bueno en la cual rinde testimonio el señor Christian Falconí, quien sostiene

[11] **Art. 196 COGEP.-** *"Producción de la prueba documental en audiencia. Para la producción de la prueba documental en audiencia de juicio o única se procederá de la siguiente manera: 1. Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente […]".*

[12] **Art. 172 numeral 3 CT.-** "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: […] 3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;"

[13] **"SEPTIMA. - OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES Y EMPLEADORES:** En lo que se respecta a las obligaciones, derechos y prohibiciones del empleador y trabajador, estos se sujetan estrictamente a lo dispuesto en el Código del Trabajo en su Capítulo IV "De las obligaciones del Empleador y del Trabajador", a mas de las estipuladas en este contrato."

[14] **Art. 45 CT. -** "Son obligaciones del trabajador: […] d) Observar buena conducta durante el trabajo;"

que el señor Abad en reiteradas ocasiones le requirió el pago del 50% de las comisiones generadas por lo que el inspector del trabajo toma como prueba de ello, los chats de la red "Whatsapp", así como el memorando interno que consta de fs. 305 del cuaderno de primera instancia en el cual se señala lo siguiente:

> *"Mediante la presente, le hago parecer una situación que vengo a denunciar y me preocupa de sobremanera, con el Ing. Carlos Abad, Gerente Comercial de FAV, pues ha venido perjudicando mis ingresos. Esto es, desde el mes de noviembre de 2015 me ha venido pidiendo que le pague parte de mis comisiones ganadas por las ventas al cliente de FAV, la señora Lourdes Molina […]"*

87. Documento que además conforme consta en el acta de diligencia, fue reconocida su firma y rubrica, es así, que probado por la parte demandada que la relación laboral terminó por visto bueno por falta de probidad del trabajador, era necesario, que la parte actora desvirtué la acusación efectuada en su contra, sin embargo, su acusación se reduce a señalar que no se encuentra debidamente actuada la prueba, que la misma no fue producida, en legal y debida forma, hecho que no responde a la realidad procesal ya que revisado el audio de la audiencia única, podemos observar que el trámite de visto fue anunciado en la contestación de la demanda, practicado en la audiencia única y en el minuto 2:44:52 del audio se lo produjo, donde señala que reproduce todos los documentos dentro del trámite de visto bueno por falta de probidad y, sustenta que en dicho documento se encuentran los motivos de la decisión del inspector de trabajo, el acta de investigación y los demás elementos que probarían la causal, por lo que se evidencia que esta fue producida, en los términos que establece la ley, por lo que el juzgador debía valorarla conforme dispone el artículo 164 del COGEP.

88. Dicho esto, podemos observar que se evidencia la configuración del artículo 172 numeral 3 del Código del Trabajo, por lo que el visto bueno otorgado a favor de la parte demandada, compañía FAV ECUADOR S.A., es procedente y como consecuencia da por terminado la relación laboral, con fecha 30 de mayo de 2016, en que se notificó la providencia negando el pedido de aclaración y ampliación y se ordenó el archivo del expediente, otorgando el visto bueno.

89. Cabe indicar que el visto bueno propuesto por la compañía demandada fue resuelto en resolución de 17 de mayo de 2016, mientras aún se encontraba en trámite el visto bueno propuesto por la parte actora, situación que fue advertida la señora inspectora del trabajo, que estaba en conocimiento del Visto Bueno N°246600-2016, en la Diligencia de Investigación celebrada el 20 de mayo de 2016 (fs. 197 a 201), que la relación laboral ya había fenecido por la resolución emitida dentro del Visto Bueno N° 246606-2016 propuesto por el demandado, es así que la señora inspectora debió advertir este particular e inhibirse de continuar en el conocimiento de la acción, sin embargo esto no sucedió pronunciándose el 31 de mayo de 2016, pese a que ya no surtiría ningún efecto.

90. Además, respecto a la competencia del señor inspector del trabajo para conocer la causa, el mismo en providencia de 4 de mayo de 2016, avoca conocimiento del trámite de visto bueno, en virtud de un resorteo que comunica a las partes en la primera providencia, además en la resolución del mismo, establece que conoce la causa en virtud del resorteo reglamentario del Sistema Nacional de Control de Inspectores SINACOI, sin que se evidencie que debido a esto, conforme el procedimiento administrativo, se dejó en indefensión al actor o se haya limitado el accionar de alguna de las partes, por lo contrario, se evidencia que el trámite ha seguido un debido proceso y se les ha garantizado a las partes tanto su derecho a la defensa como a ser escuchados de forma oportuna.

91. Cabe indicar, que respecto al pago de despido intempestivo, conforme se desprende de los hechos probados, la relación laboral no terminó por el visto bueno propuesto por el actor, sino por el visto bueno instaurado por el demandado, por lo que no es procedente que se ordene el pago por este concepto ya que la relación laboral finalizó legalmente por la causal del artículo 172.3 del Código del Trabajo.

92. Respecto a la remuneración del mes de mayo de 2016, este tribunal observa que una vez determinado que la relación laboral terminó por el visto bueno del demandado, propuesto el 3 de mayo de 2016, debemos tener presente que la parte demandada solicitó la suspensión de la relación laboral, lo dispuesto en el artículo 622 del Código del Trabajo que dice:

> **Suspensión de relaciones laborales.-** En los casos de visto bueno el inspector podrá disponer, a solicitud del empleador, la suspensión

inmediata de las relaciones laborales, siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, la misma que será entregada al trabajador si el visto bueno fuere negado. En este caso, además, el empleador deberá reintegrarle a su trabajo, so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo.

93. Por lo que, al haberse concedido el visto bueno a favor del demandado, los valores fueron restituidos a la empresa FAV ECUADOR S.A. quien solo canceló los valores de los días laborados esto es 4 días del mes de mayo, conforme consta de su contestación a la demanda y forman parte del dinero consignado en primera instancia.

94. Por lo expuesto, se acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en los términos que han sido manifestados en líneas precedentes y en lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo de instancia, respecto al pago de décimo tercero, décimo cuarto sueldos y vacaciones, que no han sido materia de impugnación.

95. En lo que tiene que ver al caso cinco del artículo 268 del COGEP, al haberse dictado sentencia de mérito, resulta inoficioso pronunciarse de dichas pretensiones, porque ya se encuentra analizado en líneas precedentes.

VII.- DECISIÓN:

96. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas de jueves 28 de abril de 2022, a las 16h42, en los términos de este fallo, en lo que respecta a décimo tercero, décimo cuarto sueldos y vacaciones, se estará a lo resuelto por el juez a quo, al no haber sido parte de la impugnación.

VIII. RECURSO DE ACLARACIÓN

97. Fundamento: El doctor Carlos Díaz, en representación de la parte actora, plantea recurso de aclaración, solicitando al tribunal que aclare respecto de dos cuestiones puntales las cuales son:

- Que se aclare si la prueba, presentada por la parte demandada, esto es, el visto bueno N° 246606-2016, se encontraba producida en primera instancia.
- Que se aclare si dentro del trámite de visto bueno N° 246600-2016, la parte demandada advirtió o probó que había una resolución de visto bueno.

98. Contradicción: Con el pedido se corrió traslado a la parte demandada, quien señala, que el pedido debe ser rechazado por carecer de razonabilidad, ya que el fallo en forma clara establece las razones por las cuales se está considerando el Visto Bueno propuesto por la empresa FAV ECUADOR S.A.

99. Resolución.- Del pedido de aclaración propuesto por la parte accionante, este tribunal observa lo siguiente:

100. De conformidad con el artículo 253 *del Código Orgánico General de Procesos: "La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. […]"*, es decir, que este recurso horizontal procede siempre que el peticionario demuestre, que en la sentencia emitida existe obscuridad en la resolución.

101. Sobre el primer punto materia de aclaración, esto es, si la prueba de la parte demandada, Visto Bueno N° 246606-2016, fue producido en legal y debida forma, observamos que revisados los audios de la audiencia de primera instancia, se evidencia su producción, aspecto que fue analizado en la resolución oral y consta en el párrafo 87 de la sentencia escrita, por lo que no existe nada que aclarar al respecto.

102. Acerca de que si fue probado o solo advertido a la inspectora que tramitó el Visto Bueno N° 246600-2016, de la existencia de otro visto bueno (N° 246606-2016) del cual ya se tenía resolución; este tribunal, en principio considera que no existe oscuridad al respecto, pues, han analizado los vistos buenos en la forma que prescribe el artículo 183 del Código del Trabajo, de ahí que la alegación deviene en intrascendente para la decisión de la causa.

103. Además de lo anterior, en atención al principio de la debida diligencia, la inspectora de trabajo, ante la insinuación o información de la existencia de un hecho que podría alterar el curso de un proceso, por sanidad procesal, debió tomarlo en cuenta antes de resolver; esto porque el funcionario que está conociendo el tramite debe procurar las mejores condiciones para tomar una decisión y si bien se alega que no se cumplió con la "liturgia procesal" al no haberse presentado una copia certificada, el documento, por sí mismo, obligaba a la

funcionaria administrativa a verificar el hecho, lo que no ocurrió; lo que además, se insiste, no cambia la decisión principal acerca de los vistos buenos propuestos.

104. Al no evidenciarse obscuridad en la decisión emitida, se rechaza el recurso de aclaración del actor.- NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

f) DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA **JUEZA NACIONAL** DRA. LIZ BARRERA ESPÍN **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

El tribunal corrige el yerro respecto a la valoración de la prueba en este caso por considerar, que los vistos buenos presentados por las partes, tienen calidad de informes y como tales tienen que ser analizados con la prueba debidamente actuada, para constatar si existen las causales para terminar la relación laboral, acorde a lo prescrito en el artículo 183 del Código del Trabajo.

VI

Juicio Nro. *17371-2020-02563*
Fecha: *viernes 5 de abril del 2024, las 10h33*

TEMA: Litis consorcio facultativo; no debe entenderse como una reforma a la demanda.

SÍNTESIS

La Sala para resolver el recurso incoado por la demandada, que; *No procede la reforma de la demanda*; amparado en artículos 237 y 331 numeral 1 del COGEP, cabe aclarar que: la ley le otorga la posibilidad al trabajador de demandar a su empleador, a su representante, quien ejerce funciones de gerencia o administración, a uno o a todos y por cuanto esta facultad del accionante está a su discreción; la condición de "demandado" surge exclusivamente del demandante, a quien corresponde determinar la persona o personas que quiera vincular con la sentencia; dicho de otra forma, se trata de un *litis consorcio facultativo*, pues la presencia del responsable solidario en el proceso no es necesaria para emitir una resolución de fondo. La Sala desestimó el vicio denunciado y no casa el fallo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17371-2020-02563

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 5 de abril del 2024, las 10h33

VISTOS: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por las juezas nacionales, doctoras: Katerine Muñoz Subía (ponente), María Consuelo Heredia Yerovi y Enma Tapia Rivera, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17371-2020-02563.

I. Antecedentes procesales:

1. Relación circunstanciada de la causa: John Jairo Pazmiño Ortiz inició juicio de trabajo en contra de METROCAR S.A., en la persona de su Gerente General y Representante Legal, Francisco José Páez Buitrago, a quien demanda además por sus propios derechos.

2. Objeto de la controversia fijado en audiencia única: El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el día 19 de agosto de 2021, a las 08h20, llevó a efecto la audiencia única dentro de la presente causa, en la que estableció como objeto de controversia lo siguiente: *"[L]a forma de terminación de la relación laboral y sus derivaciones."* (Sic)

3. Referencia a las partes dispositivas de las sentencias de primera y segunda instancias:

4. El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, dictó sentencia escrita el 3 de septiembre del 2021, a las 08h12, en la que resolvió aceptar parcialmente la demanda, ordenando que la empresa demandada pague al actor la cantidad de USD $ 8.313,63, correspondiente a dos rubros: (i) USD$ 6.821,63 en concepto de indemnización por despido intempestivo; y, (ii) USD$ 1.482,19 relativo a la bonificación por desahucio. Fija en 5% los honorarios de la defensa técnica de la parte actora.

5. El tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 11 de julio de 2022, a las 09h50, rechazó los recursos de apelación interpuestos tanto por la actora como por la empresa demandada y, en consecuencia, confirmó el fallo subido en grado.

6. Recurso de casación y actos de sustanciación: De la última decisión, el doctor Tomás Edison Barrionuevo Vaca, en calidad de procurador judicial de la representante legal de METROCAR S.A., señora Marcela Cristina Cajiao Vizcaíno, (en adelante *"el recurrente"*) presentó recurso extraordinario de casación, al amparo del caso uno del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).**

7. Mediante auto de 15 de febrero de 2023, a las 15h36, la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, doctora María Gabriela Mier Ortiz, procedió a admitir el recurso a trámite.
8. El recurrente por el caso uno denuncia la infracción de los artículos: 237 y 333 numeral 1 del COGEP.

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 09h33, que obra a fs. 10 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 26 de marzo de 2024, a las 09h00, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra.*

III. Fundamentación del recurso de casación:

11. Argumentos reproducidos por la empresa demandada en el libelo de casación con fundamento en el caso uno del artículo 268 del COGEP.

12. Denuncia la parte casacionista que la sentencia incurre en errónea interpretación del artículo 237 del COGEP, al señalar que dicha disposición le faculta a la parte actora a excluir y desistir de un demandado – por sus propios y personales derechos – cuando no ha sido posible su citación; a pesar de que *"la otra parte demandada ya había contestado y ejercido su derecho a la defensa."*
13. Aduce que el artículo 237 en referencia, al tratar la figura del desistimiento, señala que el actor puede desistir "de su pretensión" más no de una de las partes demandadas. Motivo por el cual, si el tribunal hubiera interpretado en forma correcta la citada disposición, habría resuelto declarar la nulidad del proceso y ordenar la citación al demandado José Francisco Páez Buitrago, por sus propios y personales derechos, por cuanto no es *"válido el desistimiento de una de las personas que conforman la parte demandada."*
14. Expresa que el fallo incurre, además, en falta de aplicación del artículo 333 numeral 1 del COGEP, que determina de manera clara y sin excepción alguna que no es procedente la reforma de la demanda en procedimientos sumarios; pues, en la presente causa se dejó de aplicar dicha norma al haberse permitido reformar la demanda y dejar de contar con uno de los demandados.
15. Afirma que, de haberse aplicado la norma en mención, el tribunal ad quem no hubiera aceptado el desistimiento realizado por la parte actora y el resultado del proceso habría sido distinto al de declarar su validez.

16. Contestación al recurso por parte de la accionada.

17. La parte accionante al efectuar la contestación al recurso de casación formulado por la compañía demandada, precisa:

> *[...]1.2.- El criterio que utiliza la empresa demanda para indicar que también existiría la supuesta nulidad, es que se estaría reformando la demanda, y tal como acertadamente lo indican, el procedimiento sumario no admite la misma; en tal virtud, es importante hacer mención lo que determina el artículo 33 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, mismo que establece: "Cuando la parte demandada sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial. En caso de las acciones laborales, está podrá dirigirse contra*

cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.", es de conocimiento de la parte demandada que el señor FRANCISCO JOSE PAEZ BUITRAGO fue el Gerente General y Representante Legal de la empresa METROCAR S.A y que el mismo fue quien realizó los despidos ocurridos al personal a nivel nacional de la mencionada compañía desde el 01 de mayo del 2020 como ya indiqué en el numeral anterior, y que dentro del presente proceso la compañía METROCAR compareció y ha dado contestación a la demanda, en tal virtud no existiría ninguna vulneración a su derecho a la defensa, tal como aseguran que ocurrió; además que por ser el derecho laboral proteccionista de los derechos de los trabajadores como débil jurídico en esta relación, existe la figura de solidaridad dentro de estos procesos laborales y en razón de ello también fue demandado el señor FRANCISCO JOSE PAEZ BUITRAGO por sus propios y personales derechos, por lo que al desistir de que se siga la demanda en contra de este por sus propios y personales derechos, no se está reformando la demanda, sino que se está desistiendo de una pretensión contenida en la misma, que a pesar de lo que la parte demandada en su recurso indica, en el numeral 6 de mi demanda más allá de las pretensiones cuantificadas en dinero, es una pretensión también la de los demandados y las calidades de cada uno, puesto que demandar al señor Páez de forma solidaria, es también una de mis pretensiones, lo cual de conformidad al Art. 237 del COGEP podía realizarlo; pretender alegar reforma de la demanda cuando ya la empresa ha comparecido con sus nuevos representantes, es claramente una manera de querer generar una nulidad dentro del proceso e inducir a error a sus autoridades. 1.5.- Por tanto, mal puede pretenderse, alegar errónea interpretación del Art. 237 del COGEP, puesto que tal como el mismo lo determina se puede desistir de una de las pretensiones y es lo que ha ocurrido en el presente caso, el demandar de forma solidaria a una persona que en algún momento formó parte de dicha compañía y que ejerció sus funciones como Gerente General, da pie a que se pueda demandar al mismo de forma solidaria, tal como ocurrió; sin embargo, la parte demandada hace ver como si al no seguir el proceso en contra de una persona que ya ni forma parte de la empresa, se estaría vulnerando un derecho a la defensa, cuando METROCAR S.A quien ha sido demandado como persona jurídica ha comparecido dentro del proceso, respetando así su derecho a la defensa, por lo que, el que querer insinuar que se habría interpretado de forma errónea lo determinado por los jueces, es falso y lo que se estaría tratando con esto es vulnerar derechos de carácter social como lo son los laborales. [...] 2.1.- El hecho de pretender que existe una reforma a la demanda por haber sido aceptado el desistimiento parcial, es un fundamento totalmente erróneo puesto que, si bien es cierto, dentro del procedimiento sumario que es el que sustancia la presente causa, no se admite la reforma a la demanda, pretender que un desistimiento parcial ocasione una reforma a la demanda perturbaría lo relacionado con el carácter social de los derechos laborales, ya que los mismos son irrenunciables, teniendo como débil jurídico al trabajador, la aplicación del in dubio pro operario es la norma que debe imperar, caso contrario se vulneraría la Tutela judicial efectiva consagrada en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, la que ratifica el derecho que tiene toda persona de tener acceso expedito a la justicia. 2.3.- Por tanto, al no existir tal falta de aplicación del numeral 1 del Art. 333 del COGEP, ya que tal como consta de autos, no se ha reformado la demandada en ninguna de sus partes, sino que se realizó en legal y debida forma un desistimiento parcial que fue aceptado por cumplir con todos los presupuestos legales y que la parte demandada ha ejercido su derecho a la defensa en cada parte del proceso. [...]

IV. Problema jurídico:

18. El problema jurídico a resolver en virtud del caso planteado se resume en lo siguiente:

19. Por el caso uno: La sentencia impugnada ¿incurre en errónea interpretación del artículo 237 del COGEP y en falta de aplicación del artículo 333 numeral 1 *ibídem*, al resolver que es válido el desistimiento efectuado por el actor respecto de uno de los demandados solidarios en la causa, y que aquello, no constituye reforma de la demanda por cuanto el proceso se ha continuado respecto del obligado principal?

V. Análisis del Tribunal de casación:

20. 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.

21. 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.

22. 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.

23. Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto –conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.[2] Es limitado, dado que el análisis del tribunal de 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.

24. 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]

25. El caso uno previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal."*

26. Al respecto, este caso de casación procede por anomalías de naturaleza procedimental, exigiendo la infracción de normas adjetivas en sus tres motivos: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Determinando tres condiciones adicionales fundamentales: **i)** viciar el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; **ii)** gravedad de la transgresión en la decisión de la causa; y, **iii)** que la nulidad no hubiere sido subsanada en forma legal.

27. El artículo 107 del COGEP determina las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, siendo que la inobservancia de una de ellas conlleva la nulidad. Sin olvidar que, tal disposición también condiciona la declaratoria de nulidad específicamente a los casos en que la ley así lo ordene.

28. Entonces, de la interpretación del artículo 268 numeral 1 del COGEP en correspondencia con el artículo 107 último inciso *ibídem*, vemos que son dos los principios que regulan aplicación de las nulidades en nuestro ordenamiento jurídico, el de trascendencia y especificidad.

29. El primero exige del vicio tal gravedad, que en realidad cause perjuicio a una de las partes, e incluso indefensión, además de ser tan relevante que de no haberse producido, el resultado de la

---

[1] El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional […] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, "El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico", CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

[3] Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales […] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente […] Ibídem. Pág. 112.

decisión fuere diferente[4], o incluso, si la transgresión o anomalía procesal impide a la causa cumplir con su fin u objeto principal. Siendo obvia que, si la nulidad es subsanada, tácitamente la configuración del principio de trascendencia es descartada.

30. Mientras que el segundo, advierte la imperiosa necesidad de que los efectos que conllevan la nulidad de un acto procesal se encuentren expresamente contemplados en la ley. Es decir, *"no hay nulidad sin ley específica que lo establezca (…) debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable (…).*[5]

31. Adviértase que en nuestro ordenamiento jurídico las nulidades no son exclusivas de la infracción de normas procedimentales previstas en la ley (COGEP), sino y sobre todo de la Constitución de la República, tanto más si el artículo 76 numeral 7 *ibídem* desarrolla el debido proceso, y dentro de este, el derecho a la defensa en todo proceso judicial, cuya violación o inobservancia deriva en indefensión, cuestión esta última que esencialmente trae como consecuencia la declaratoria de nulidad.

32. En definitiva, para que prospere el caso uno del artículo 268 del COGEP, a más de trasgresión de la norma procedimental en cualquiera de sus tres motivos, es indispensable la ocurrencia de las condiciones antes analizadas. Pues bien puede suceder que aun cuando se configure anomalías de carácter procesal, estas no sean lo suficientemente graves o trascedentes como para que amerite la declaratoria de nulidad.

33. En este sentido cabe observar que, según el artículo 130 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, los juzgadores/as y tribunales deben convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, siempre y cuando los vicios configurados no hubieren afectado al proceso de nulidad insanable ni provocado indefensión. Caso este último, en el cual, no es posible convalidación alguna, pues lo vulnerado es una garantía constitucional -derecho a la defensa-.

34. De ahí que, los juzgadores/as al examinar las formas procesales y la validez de la causa, si bien deben remitirse al régimen de nulidades del COGEP, procurarán también no obviar la efectiva aplicación del derecho a la defensa en toda la sustanciación del juicio, proscribiendo toda actuación u omisión que ocasione indefensión en perjuicio de cualquiera de las partes. Valiéndose además del ordenamiento jurídico en su contexto con el fin de determinar si –ante vicios procedimentales- es estrictamente necesario declarar la nulidad de lo actuado.

35. Previo a analizar la alegación efectuada, corresponde examinar la parte de la sentencia en la que, a decir del recurrente, se ha configurado el vicio acusado:

> ***b)*** *Al amparo de lo señalado, en el caso la parte actora ha manifestado su voluntad de desistir de continuar el proceso respecto del señor Francisco José Páez Buitrago, por su propios derechos dado que ya ha comparecido al proceso Metrocar S.A. (fs. 120) entidad que ha sido requerida como empleadora; siendo que en el presente caso, se trata de un acto procesal autónomo, dado que depende exclusivamente del accionante el renunciar en forma voluntaria de continuar con su reclamación en la persona del demandado solidario, una vez que ha comparecido al proceso la demandada principal, en el marco de lo que dispone el Art. 237 del COGEP, norma que determina que el desistimiento es procedente en cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia. De ahí que en el presente caso la parte actora, se ha ratificado y afirmando su deseo de no continuar con su demanda en contra Francisco José Páez Buitrago, demandado solidariamente por sus propios derechos (fs. 124), por lo que al cumplirse con los requerimientos legales, dicho desistimiento parcial ha sido aceptada mediante el auto respectivo.* ***La actuación señalada, no conlleva incorrección alguna, pues, habiendo reclamado el actor por la relación jurídica que mantuvo con la Compañía Metrocar S.A., a través de su representante legal y a este último también por sus propios derechos, en el marco de la solidaridad patronal prevista en el Art. 36 del Código de Trabajo, el accionante estaba facultado para prescindir del codemandado solidario, pues la solidaridad en materia laboral no se equipara a la solidaridad civil. Además, se tiene como procedente el desistimiento presentado para efectos de excluir del litigio a uno de los codemandados, al no existir***

[4] Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, "La Casación Civil", Tomo II, Grupo Editorial IBAÑEZ, Bogotá – Colombia, Pág. 632

[5] Eduardo Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Cuarta Edición, Editorial B de F, Buenos Aires – Argentina, 2016, Pág. 316 – 317.

entre ellos litisconsorcio necesario, por estar la parte demandada integrada por personas convocadas en una posible relación de solidaridad. Debiendo dejarse en este punto anotado que, la Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional de Justicia, en reiteradas ocasiones, ha puntualizado que en el marco del Art. 36 del Código de Trabajo, un trabajador puede ejercer su derecho, formulando su demanda directamente en contra de su empleador o a sus representantes o a todos ellos conjuntamente, dado que la solidaridad patronal permite que el trabajador pueda demandar a quién teniendo las funciones de administración o dirección en la empresa, pues tal disposición legal se fundamenta en la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores; así que la solidaridad establecida por la ley también conlleva que el representante del empleador que ha debido satisfacer personalmente los reclamos del trabajador, tenga derecho luego a demandar al empleador la restitución de lo que hubiere pagado como indemnizaciones. Luego, debe tenerse presente que, habiéndose establecido la relación jurídico procesal con la comparecencia de la compañía demandada en calidad de empleadora, es procedente el desistimiento propuesto y autorizado por el Juez de origen, pues va dirigido únicamente al demandado solidario **(desistimiento parcial)*****, por lo que la acción subsiste y debe por tanto continuar respecto del otro demandado.*** *De ahí que, el accionante no se encuentra en ninguna de la inhabilidades para desistir, determinadas en el Art. 240 del COGEP; la petición ha sido presentada en el momento oportuno conforme lo dispone el Art. 237 ibídem y no afecta la naturaleza del derecho en litigio, ni los intereses de la contraparte o terceros, en especial porque los demandados solidarios en materia laboral, no reemplazan de manera absoluta al empleador en sus obligaciones laborales, sino que son forzosos a asumir las mismas a cambio del empleador a efectos de no dejar desprotegido a los trabajadores, estando, como ya ha quedado dicho, inclusive en posibilidad de reclamar al empleador por las obligaciones que fueron obligado a asumir en su nombre. Es por tanto, válido el desistimiento por el que quedó excluido del proceso el señor Francisco José Páez Buitriago, por sus propios derechos, tanto más si se considera que a la fecha del desistimiento ha dejado de tener la calidad de representante de la compañía demandada como empleadora.* ***c) En relación a la reforma de la demanda, ha de tenerse presente que si bien la misma consiste en la modificación del acto de proposición del actor, para hablar de reforma a la demanda en estricto sentido debe existir una alteración sustancial de los fundamentos de la misma, de las pretensiones o de las partes procesales (entendiéndose la reemplazo de todos los demandados o de la accionante).- En el caso, la alegación de reforma no es procedente, pues no existe sustitución de la parte demandada, ya que en el presente proceso laboral la parte requerida como empleadora es la compañía Metrocar S.A., a través de su representante legal, y esto no ha cambiado por el desistimiento que ha sido autorizado. De forma que en razón de lo expresado en los apartados precedente no es procedente la alegación de la existencia de vicios procesales por los que deban declararse nulidad alguna en el proceso.*** *[Negrillas fuera del texto original]*

36. Los artículos 237 y 331 numeral 1 del COGEP, que el recurrente denuncia como vulnerados, disponen expresamente lo siguiente:

> ***Art. 237.-****Desistimiento de la pretensión. En cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia, la parte actora podrá desistir de su pretensión y no podrá presentar nuevamente su demanda.*
>
> *La o el juzgador se limitará a examinar si el desistimiento procede por la naturaleza del derecho en litigio y por no afectar a intereses de la contraparte o de terceros.*
>
> *La parte demandada que haya planteado reconvención, igualmente podrá desistir de su pretensión o renunciar al derecho, para lo cual se procederá en la forma señalada en el inciso anterior.*
>
> ***Art. 333.-****Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:*
>
> ***1.*** *No procede la reforma de la demanda;*

37. La denuncia del recurrente, se centra en la errónea interpretación del artículo 237 del COGEP, por cuanto – a su decir – la norma faculta a la parte actora desistir únicamente de las pretensiones contenidas en la demanda, no así de los demandados contra quien se ha ejercido la respectiva acción; y que, por tanto, el accionante al haber desistido de continuar la prosecución de la causa contra el señor José Francisco Páez Buitrago, por sus propios y personales derechos, ha reformado la demanda, existiendo falta de aplicación del artículo 333 numeral 1 *ibídem*, que expresamente prohíbe la reforma de la demanda en los procedimientos sumarios.

38. Para dilucidar el problema jurídico puesto a consideración cabe realizar las siguientes precisiones:

39. El artículo 36 del Código de Trabajo, en su parte pertinente dispone: *"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.*** *[…]"* Estableciendo de esta forma la facultad o alternativa de que el trabajador demande a más de su empleador, a su representante, entendiéndose que esta solidaridad tiene como fundamento el amparo a los trabajadores a fin de que las obligaciones patronales tengan un margen más amplio de protección.

> *La solidaridad establecida por el Art. 35 del Código de Trabajo tiene como fundamento y razón de ser el principio eminentemente social de protección y amparo al trabajador a fin de que las obligaciones patronales tengan la mayor garantía posible de cumplimiento. Pero el sentido y extensión de esta solidaridad creada por la Ley han de ser interpretados dentro de los límites de la lógica y equidad en armonía con la redacción gramática empleada por el legislador y usando los vocablos en su debida acepción y alcance. El 2o inciso del artículo citado dice que los representantes de los patronos y éstos son solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador, y según el léxico del vocablo "RESPONSABILIDAD" significa cargo, u obligación moral que resulta de la ejecución voluntaria u omisión de un acto, de tal manera que si no existe dicho acto u omisión como producto de la voluntad, no puede hablarse de responsabilidad y mal puede alegarse solidaridad. Es por esto que el Art 35 del Código del Trabajo establece la responsabilidad solidaria entre los representantes del Patrono y éste, basándose en que el representante ejecuta actos administrativos personales en ejercicio de sus funciones, que pueden ocasionar perjuicio a los derechos de las personas que trabajan bajo sus órdenes por cuenta de la empresa que representa.[…]* [6]

40. Ahora bien, cabe aclarar que, aunque el trabajador podría demandar a su empleador y/o a su representante por cuanto la ley le otorga esa posibilidad, aquello no constituye un imperativo a cumplir, sino que es facultad del accionante y queda a su discreción; pues la condición de *"demandado"* surge exclusivamente del demandante, a quien corresponde determinar la persona o personas que quiera vincular con la sentencia[7]. Dicho de otra forma, se trata de un *litis consorcio facultativo*, pues la presencia del responsable solidario en el proceso no es necesaria para emitir una resolución de fondo.

41. La doctrina en este sentido ha señalado lo siguiente:

> *EL LITISCONSORCIO FACULTATIVO a)* ***Es el que depende, según se anticipó, de la libre y espontánea voluntad de las partes****, y su formación puede obedecer: 1) A la existencia de un vínculo de conexión entre distintas pretensiones; 2) A la adhesión que un tercero puede formular respecto de una pretensión ya deducida, o de la oposición a ella, en el supuesto de que, según las normas de derecho sustancial,* ***hubiese estado legitimado para*** *demandar o* ***ser demandado en el juicio en el que la pretensión se hizo valer.***[8] *[Negrillas fuera del texto original]*

42. Por tanto, en el caso que nos ocupa, era totalmente factible que, así como el accionante decidió en un primer momento dirigir la acción contra el responsable solidario - José Francisco Páez Buitrago - decidiera después, desistir de continuar el proceso en su contra, en virtud de la comparecencia del responsable principal - Compañía METROCAR S.A. -.

43. En esa virtud, como bien lo señala el fallo impugnado, verificado que el actor no se hallaba inmerso en ninguna de las inhabilidades para desistir de las previstas en el artículo 240 del COGEP y que la petición ha sido realizada en el momento procesal oportuno, el desistimiento es válido, más aún, cuando el referido demandado, a la fecha del desistimiento había dejado de tener la calidad de representante de la compañía demandada.

44. Finalmente, respecto a la alegación de que el desistimiento aceptado provocó la reforma a la demanda, vulnerándose el artículo 333 numeral 1 del COGEP, este Tribunal precisa señalar que, la reforma a la demanda conlleva necesariamente un cambio esencial en el acto de proposición: hechos, pretensiones o pruebas. En el presente caso, el accionante – en uso de su facultad de decidir contra quién dirige la acción – ha desistido de continuar el proceso en contra del responsable solidario,

[6] Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 10. Pág. 2105., Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
[7] Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Décima Edición. Tomo I. Teoría General del Proceso. Bogotá. 1985. pp. 418 – 419.
[8] Palacio, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. pp.282.

por cuanto el principal ya había comparecido a la causa, sin que en forma alguna aquello altere la demanda en sí misma.

45. Cabe señalar que la nulidad debe cumplir ciertos presupuestos para su declaratoria, como son: especificidad, trascendencia y no convalidación. En el caso *in examine*, aunque se ha acusado un vicio de carácter procesal, no se observa cómo aquel resulta transcendente o provoca un perjuicio a la parte recurrente -Compañía METROCAR S.A.-, cuando aquella en calidad de ex empleadora del accionante por el periodo controvertido y como responsable principal de las obligaciones laborales con este, ha comparecido a la causa y ha ejercido en forma amplia su derecho a la defensa.

46. Por lo expuesto, al no observarse vulneración de los artículos 237 ni 333 numeral 1 del COGEP, se desechan los cargos acusados al amparo del caso uno del artículo 268 *ibídem*.

VI. Decisión:

47. 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:

48. No casar la sentencia dictada por el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 11 de julio de 2022, a las 09h50. **NOTIFÍQUESE.-**

f) DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA **JUEZA NACIONAL (PONENTE)** DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL** DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

Los representantes de los empleadores pueden ser demandados como responsables solidarios de las obligaciones laborales, no obstante, es facultad de quien interpone la acción continuar o no con la tramitación de la causa en su contra, sin que aquello constituya en forma alguna reforma a la demanda, más aún cuando ha comparecido al proceso la ex empleadora que es la responsable principal.

VII

Juicio Nro. *09359-2021-01232*
Fecha: *lunes 15 de abril del 2024, 16h10*

TEMA: Descuentos improcedentes en el acta de finiquito.

SÍNTESIS

La Sala analiza que el inciso quinto del artículo 7 del Acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, facultaba al empleador establecer los horarios de recuperación del tiempo no trabajado por la emergencia sanitaria; en el caso que el trabajador decidiera no *"acogerse"* a ellos, era factible el no pago de la remuneración; o, de haberse pagado, su devolución; es decir, cuando por voluntad propia, el trabajador no acate los horarios establecidos por su empleador; lo cual, a toda luz no es un hecho probado dentro de la presente causa, pues el trabajador fue despedido por decisión unilateral de su empleadora, resultando por tanto, imposible la recuperación de la jornada laboral por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador. En consecuencia, el pretender el descuento de las remuneraciones pagadas durante suspensión laboral no recuperadas, resulta improcedente. No existe errónea interpretación de la norma señalada. La Sala no casa el fallo recurrido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2021-01232

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL. Quito, lunes15 de abril del 2024, 16h10.

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. 09359-2021-01232.

I. Antecedentes procesales:

1. **Relación circunstanciada de la causa:** Óscar Enrique Guzmán Palomino inició juicio de trabajo en contra de la Compañía PROCATEL S.A., en la persona de su representante legal, señor Eduardo Santiago Guerra Hernández, a quien demanda además por sus propios derechos. También demanda en forma solidaria al señor Esteban Yépez Fuentes, en calidad de Jefe de Ventas de la referida compañía.
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 24 de agosto del 2021, a las 09h30, llevó a efecto la audiencia única dentro de la presente causa, en la que se estableció como objeto de controversia lo siguiente: *"1) Despido intempestivo y bonificación por desahucio; 2) Proporcionales de décimas tercera y cuarta remuneraciones y vacaciones; 3) Comisiones de Enero 2021; 4) Remuneración impaga de 17 días de febrero del 2021; 5) Horas extraordinarias de toda la relación laboral; 6) Utilidades años 2017, 2018, 2019, 2020."*
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 27 de agosto de 2021, a las 16h20, en la que resolvió declarar parcialmente con lugar la demanda, ordenando que los demandados paguen a favor del accionante los siguientes rubros:
   1) Despido intempestivo $5.740,98
   2) Bonificación por desahucio $1.332,73
   3) Proporcional Décima tercera remuneración $130,50
   4) Proporcional de Décima cuarta remuneración $383
   5) Vacaciones $233,62
   6) Remuneración impaga de febrero 2021 $205,04

Lo que da un total de $7.820,83 Los valores liquidados han sido reconocido en acta de finiquito: VALORES LIQUIDADOS EN ACTA DE FINIQUITO considerando que al accionante se le han reconocido en el referido documento rubros que no han sido reclamados en esta acción laboral (Total Ingresos) $9.049,09 –(Descuento del IESS) $19,38 = $9.029,71 – (valor consignado al Ministerio de Trabajo fs.69) $4.626,53 = $4.403,18. ***Por lo que el valor a ser cubierto por el empleador es la cantidad de*** *$4.403,18 (CUATRO MIL CUATROCIENTOS TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON 18/100).*

5. El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 6 de junio del 2022, a las 10h50, reformó la sentencia de primera instancia aceptando el recurso de apelación deducido por la parte actora en cuanto a la fijación de honorarios profesionales y, aceptando parcialmente el formulado por la empresa accionada, ordenando que el demandado cancele el valor fijado en primera instancia, menos el descuento por *"préstamos del IESS"*, quedando el monto a pagar en USD $ 3.989,88.

6. Recurso de casación y actos de sustanciación: De la última decisión, el abogado Víctor Hugo Corozo León, en calidad de procurador judicial del economista Eduardo Santiago Guerra Hernández, representante legal de la Compañía PROCATEL S.A. (en adelante *"la recurrente"*), presentó recurso extraordinario de casación, al amparo de los casos **dos, tres, cuatro y cinco** del artículo **268 del Código Orgánico General del Procesos (COGEP).**

7. Mediante auto de 27 de octubre de 2022, las 14h32, la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, María Gabriela Mier Ortiz, ordenó a la recurrente que complete su recurso, quien en cumplimiento a lo dispuesto, presenta el respectivo escrito el 7 de noviembre de 2022, a las 14h02.

8. Revisado el escrito presentado, la Conjueza (E), mediante auto de 25 de enero de 2023, a las 15h09, decidió admitir **parcialmente** el recurso, únicamente por los casos tres y cinco del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).**

9. Las normas que la recurrente acusa como infringidas y que han sido consideradas en el auto de admisión son: Por el caso tres, los artículos 75, 76 numerales 1 y 7 literal h) y 82 de la Constitución de la República y, 92 del COGEP. Mientras que, por el caso cinco, los artículos 66 numerales 15 y 16, 75 y 82 de la República; 3, 8 y 188 del Código de Trabajo; y, errónea interpretación del artículo 7 inciso 5 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-077.

II. Competencia:

10. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación de conformidad con la Resolución N° 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 08h54, que obra a fs. 18 del expediente de casación.

11. 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 09 de abril de 2024, a las 09h00; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra.*

III. Fundamentación del recurso de casación:

12. Argumentos reproducidos por la parte demandada en el libelo del recurso de casación.

13. Por el caso tres: Expresa la recurrente que uno de los puntos de controversia en segunda instancia era *"si la resolución [de primera instancia] carece de la debida motivación"*, por lo que, al tenor de la norma contenida en el artículo 92 del COGEP, los juzgadores debían analizar y resolver sobre aquella alegación. Sin embargo, aduce que de la revisión de la sentencia, se evidencia que no contiene pronunciamiento al respecto.

14. Agrega además que, si se coteja el audio de la audiencia con la sentencia escrita, se puede apreciar que en el fallo *"nada refieren los juzgadores sobre la petición de aclaración que efectuó mi poderdante sobre dicha omisión, sobre las cuales los juzgadores de forma incoherente resolvieron que, no procedía analizarla, pues ya se había analizado que el proceso es válido, por lo tanto no cabía discutir sobre la nulidad de la sentencia apelada por la indebida motivación de aquello [...]"* actuación que vulnera las normas contenidas en los artículos 75, 76 numerales 1 y 7 literal h) y, 82 de la Constitución de la República, así como los artículos 80 y 92 del COGEP.

15. Por el caso cinco: Denuncia la recurrente que, mediante Acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, se emitieron las Directrices para la Aplicación de la Reducción, Modificación o Suspensión Emergente de Jornada Laboral durante la crisis sanitaria provocada por el COVID 19, dentro de las cuales se estableció que *"en los casos que la relación laboral se suspenda (no se ejecute), el patrono estaba obligado a seguir pagando la remuneración de sus trabajadores [pagos que] cuando las circunstancias sanitarias y económicas, así lo permitieren, debía ser compensadas por el trabajador, bien sea, vía descuentos, recuperación a través de jornadas suplementarias, cruce con vacaciones no gozadas o por gozar y cualquier otra forma lícita de compensación"*.

16. Aduce que, consta acreditado que la relación laboral entre el actor y la compañía demandada estuvo suspendida desde el 16 de marzo de 2020 hasta el *"19 de agosto de 2019"*, pese a lo cual, PROCATEL pagó de manera completa y oportuna la remuneración al trabajador; pero que, al haber concluido la relación laboral, la empresa tenía el derecho de descontar de la liquidación del accionante los valores pagados y no devengados por este. Motivo por el cual, los juzgadores han interpretado de manera errónea lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 7 del acuerdo ministerial en referencia.

17. Sostiene que, el artículo 66 numerales 15 y 16 de la Constitución de la República, garantizan el derecho a la libertad de contratación, mientras que, el artículo 188 del Código de Trabajo establece las indemnizaciones a cancelarse en caso de que el empleador - en forma unilateral - de por terminada la relación laboral, sin que la ley prevea algún tipo de *"sanción adicional"* para esta decisión. Por tanto, en cualquier supuesto bajo el cual el trabajador no recupere las jornadas pagadas pero no ejecutadas, procede la devolución de lo pagado o, en su defecto, el descuento, más aún cuando en el presente caso el trabajador autorizó que en caso de no recuperación, se descuenten los valores pagados.

18. Señala que lo manifestado evidencia el yerro de los juzgadores al interpretar erróneamente el artículo 7 del Acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, y violenta la regla contenida en el artículo 18 numeral 5 del Código Civil así como los derechos de la empresa accionada contenidos en los artículos 66 numerales 15 y 16, 75 y 82 de la Constitución de la República; y, 3, 8 y 188 del Código de Trabajo.

19. Contestación al recurso por parte del accionante.

20. El defensor técnico de la parte actora - en la audiencia convocada - al efectuar la

contestación al recurso de casación formulado por la parte demandada, en forma concreta, señaló:

[...] En relación al recurso de casación interpuesto por la contraparte, se señala que aquel es improcedente por no haberse entendido nada de la lectura realizada. La parte demandada no planteó reconvención conexa a fin de que se pueda descontar legalmente los valores acusados. Mi representado fue despedido por la empresa demandada y así fue correctamente reconocido. Solicito se rechace el recurso interpuesto y no se case la sentencia dictada en segunda instancia.

IV. Problemas jurídicos:

21. Los problemas jurídicos a resolver en virtud de cada caso planteado se resumen en lo siguiente:

22. Por el caso tres: la sentencia impugnada ¿incurre en el vicio de citra petita, por cuanto -a criterio de la parte recurrente- no ha resuelto la alegación de falta de motivación del fallo emitido en primer nivel, argumento planteado como un punto de controversia en segunda instancia?

23. Por el caso cinco: El fallo cuestionado ¿interpreta erróneamente el inciso quinto del artículo 7 del acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, y vulnera los artículos 66 numerales 15 y 16, 75 y 82 de la Constitución de la República; y, 3, 8 y 188 del Código de Trabajo, al establecer que la ex empleadora no tenía derecho a descontar de la liquidación del accionante las remuneraciones pagadas durante la emergencia sanitaria?

V. Análisis del Tribunal de casación:

24. 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.

25. 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.

26. 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.

27. Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto –conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.[2] Es limitado, dado que el análisis del tribunal de 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.

28. Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional –artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República

[1] El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional […] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, "El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico", CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

[2] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

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]

29. Por el caso tres: la sentencia impugnada ¿incurre en el vicio de citra petita, por cuanto - a criterio de la parte recurrente - no ha resuelto la alegación de falta de motivación del fallo emitido en primer nivel, argumento planteado como un punto de controversia en segunda instancia?

30. El caso tres previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: *"Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia"*

31. Este caso contempla vicios de naturaleza procedimental por incongruencia en la sentencia impugnada, identificados por faltar la debida correspondencia exigida entre lo decidido en el fallo frente a las pretensiones (demanda) y excepciones (contestación a la demanda).

32. Podemos reconocer tres clases de transgresiones que pueden afectar la congruencia de lo decidido. Así tenemos: *ultra petita* cuando el fallo resuelve más allá de pretendido en la demanda; *extra petita*, se configura al resolver cuestiones o puntos que no fueron materia del litigio[4]; y *citra petita*, ocurre al no resolverse sobre una de las pretensiones constantes en el libelo de demanda.

33. Al configurarse entonces uno de los tres motivos antes señalados, se entiende que la sentencia debe ser objeto de control de legalidad por parte de la Corte de Casación, dado que se encontraría afectada por vicios que atentan contra su congruencia o consonancia.

34. A fin de analizar el yerro denunciado, corresponde a este Tribunal analizar lo que fue materia de impugnación vía recurso de apelación y examinado en la sentencia impugnada.

35. De la revisión del libelo de apelación que obra de fojas 181 a 190 del cuaderno de primera instancia, se desprende que la empresa recurrente apela de la decisión emitida por la jueza *a quo*, fundamentando su recurso - entre otros motivos - en que la sentencia se encuentra indebidamente motivada:

[...] lo cual se evidencia en el hecho que, según aquella, no puede aceptar descuentos que son ilegales, sin expresar, cuáles son las ilegalidades que observa en los descuentos efectuados, mismo que como se ha manifestado y se acredita del audio de la audiencia celebrada en el proceso, constan en documentos producidos en legal y debida forma, conforme lo determina la norma procesal, además que, las firmas contenidas en ellos, fueron reconocidas por Guzmán, sin que existiere prueba en contrario que pudiere acreditar, algún vicio en la voluntad de aquel [...]

36. Ahora bien, al fundamentar su recurso de apelación en la respectiva audiencia, la empresa accionada manifestó lo siguiente:

[...] La jueza manifiesta en cuanto a las remuneraciones, debía efectuarse descuentos mensualizados de conformidad con el Acuerdo Ministerial No… el legislador dijo que no siendo responsable del trabajador, es injusto que el trabajador no reciba sus remuneraciones durante el tiempo que estuvo suspendido (…) el pago de remuneraciones serán cancelados, salvo acuerdo con el trabajador, la suscita considera que los pagos del acta de finiquito son legales, no existe prueba ni alegación alguna, no obstante la jueza lo establece, pero la norma constitucional art.90 que autoriza al empleador a descontar.

[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] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 422.

No confundamos remuneración con los descuentos del acta de finiquito(…) por eso consideramos que los valores del acta de finiquito son los correctos. Ahora bien, el art. 76 numeral 7, literal l), establece que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivados, *esto para plasmar el principio de seguridad jurídica del art.82 de la constitución (…)* ***es evidente la inexistencia de la debida motivación al citar normas y aplicarlas incorrectamente, al no aplicar normas vigentes, al aplicar antojadizamente normas y al no aceptar pruebas que deben ser apreciadas en su conjunto,*** *por lo que, solicito que se sirva aceptar el recurso de apelación y se declare sin lugar la demanda (Negritas fuera del texto original)*

37. Por su parte, la sentencia en su numeral 12.1.2., al reseñar los motivos que han conducido al demandado a interponer su recurso de apelación, señala que:

Por lo que, en este sentido el accionado ha manifestado que recurre de la sentencia de fecha 27 de agosto del 2021, a las 16h20, por cuanto considera que la Jueza de primer nivel, sin fundamento alguno ha manifestado que estos descuentos son ilegales, haciendo una interpretación errónea de los acuerdos ministeriales que se dictaron en plena pandemia; asimismo, aduce que la sentencia referida, no cumple con los requisitos del art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, por cuanto, su sentencia es incomprensible, incoherente e incongruente, ya que no aplica la norma debidamente, ni hace una interpretación lógica, soslayando en vulneración de derechos constitucionales, por lo que, la sentencia es nula al existir vicios, por ello, solicita que sea admitido su recurso de apelación en ese sentido.

38. En virtud de lo expuesto, deviene para este Tribunal, que el argumento central por el cual la empresa al apelar la sentencia de primera instancia manifestó que carecía de motivación, era porque no existía explicación respecto de la improcedencia de los descuentos efectuados al ex trabajador, cuando aquellos -a su criterio- fueron efectuados en legal y debida forma.

39. Entonces, al haberse delimitado el objeto de la controversia en segunda instancia respecto de la pertinencia de *"los descuentos que fueron realizados por PROCATEL S.A., en el acta de finiquito; y, si la resolución carece de la debida motivación."* lo lógico era que el tribunal *ad quem* analice ambas alegaciones en forma simultánea - como en efecto lo hizo -, pues la apelación deducida por el demandado - en torno a la acusación de falta de motivación - también estaba relacionada con los descuentos efectuados por PROCATEL S.A. al ex trabajador al momento de liquidar los haberes que le correspondían en virtud del despido, los cuales han sido analizados en forma detallada y pormenorizada desde el numeral 12.1.2 al 12.1.6 de la sentencia impugnada. Por lo que, aunque no se ha indicado en forma específica que se resuelve la acusación de falta de motivación, en la forma que ha sido denunciado por la parte accionada y examinado por parte de los juzgadores de instancia, se evidencia que se ha resuelto la cuestión planteada.

40. En consecuencia, no se observa vulneración del principio de congruencia contenido en el artículo 92 del COGEP y mucho menos de los artículos 75, 76 numerales 1 y 7 literal h) y, 82 de la Constitución de la República, cuya infracción se ha acusado al amparo del caso tres del artículo 268 del COGEP, en consecuencia, se desecha el cargo.

41. Por el caso cinco: El fallo cuestionado ¿interpreta erróneamente el inciso quinto del artículo 7 del acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, y vulnera los artículos 66 numerales 15 y 16, 75 y 82 de la Constitución de la República; y, 3, 8 y 188 del Código de Trabajo, al establecer que la ex empleadora no tenía derecho a descontar de la liquidación del accionante las remuneraciones pagadas durante la emergencia sanitaria?

42. 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."*

43. 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" [5]

44. Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con los determinados en el fallo impugnado. Consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

45. No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, entendiéndose 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.

46. 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

47. 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 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.

48. 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.

49. 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.

50. La sentencia impugnada en su parte pertinente señala lo siguiente:

12.1.4. Del análisis de lo expuesto, se desprende que: El Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-077 en su art. 7 inciso 5, establece: "El trabajador que no se acoja al horario de recuperación, no recibirá la remuneración correspondiente; o de ser el caso devolverá al empleador lo que hubiera recibido por concepto de remuneración durante el tiempo de suspensión emergente de la jornada laboral". En este caso, el accionado indicó que por no haber trabajado durante la emergencia sanitaria, así como lo reconoce el actor en su declaración de partes, es evidente que estas remuneraciones deban ser devueltas y por lo tanto es legal el descuento realizado en el acta de finiquito de fecha 12 de marzo del 2021. Sin embargo, haciendo un análisis exhaustivo del referido Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-077, este hace hincapié que el trabajador que no se "ACOJA", es decir, que el trabajador por su VOLUNTAD no acepte, no se

[5] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

adapte, no apruebe, no quiera recuperar las horas laborales en el tiempo que fueron suspendidas las actividades por la emergencia sanitaria, en ese caso, el empleador podrá solicitar su DEVOLUCIÓN. ¿Pero que pasa cuándo el trabajador es despedido intempestivamente, por voluntad de su empleador?, lo previsto en el acuerdo ministerial, ya no queda a disposición del trabajador, el no querer acogerse al horario de recuperación, sino al empleador, pues es lógico, que si fue despedido intempestivamente, ¿cómo va a cumplir con el horario de recuperación de la jornada laboral?, es decir, que esto ya no quedaba supeditado por el trabajador sino por el empleador. Por lo tanto, el descuento realizado en el acta de finiquito de fecha 12 de marzo del 2021 por concepto de otro descuentos "remuneraciones pagadas durante suspensión laboral no recuperadas por el valor de $2.077,69", es un descuento arbitrario, ilegal e ilegitimo de derecho, pues, no tiene asidero legal para haber descontado e incluso la norma constitucional prohíbe toda clase de confiscación referente a remuneraciones en el art. Art. 328 inciso 3 que prevé: "El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley". Por lo que, se niega esta pretensión del accionado.

51. Por su parte, el Acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, de 15 de marzo de 2020, vigente a la fecha de terminación de la relación laboral que regulaba la aplicación de la reducción, modificación o suspensión emergente de la jornada laboral, durante la declaratoria de emergencia sanitaria por el coronavirus (COVID-19), en su artículo 7 disponía:

Art. 7.- De la recuperación respecto a la suspensión emergente de la jornada laboral.- La recuperación de la jornada laboral emergente se realizará una vez finalizada la declaratoria de emergencia sanitaria con todos los derechos y obligaciones vigentes antes de la suspensión emergente de la jornada laboral.

Para tal efecto, el empleador del sector privado determinará la forma y el horario de recuperación, hasta por tres horas diarias de los días subsiguientes a la reactivación de la actividad económica; y/o, dispondrá que se laboren hasta cuatro horas los días sábados, para recuperar la suspensión emergente de la jornada laboral.

Los trabajadores cuyas jornadas fueron suspendidas tendrán la obligación de recuperar el tiempo no laborado.

No se aplicarán recargos de horas suplementarias y extraordinarias durante el periodo de recuperación de esta jornada.

El trabajador que no se acoja al horario de recuperación, no percibirá la remuneración correspondiente; o de ser el caso, devolverá al empleador lo que hubiere recibido por concepto de remuneración durante el tiempo de suspensión emergente de la jornada laboral.

La recuperación no se realizará cuando los trabajadores hayan sido requeridos por el empleador dentro del periodo de suspensión emergente de la jornada, así no hayan podido ejecutar las actividades. (Resaltado fuera del texto original)

52. La recurrente denuncia la infracción del inciso quinto de la norma en referencia, manifestando que ha sido interpretada erróneamente por el tribunal ad quem, pues si PROCATEL pagó de manera completa y oportuna la remuneración al trabajador, la empresa tenía derecho de descontar de la liquidación del accionante los valores pagados por los días de trabajo no recuperados por este.

53. No obstante, para entender el alcance de la disposición y determinar la existencia del yerro denunciado, corresponde analizar la norma en su integridad.

54. Tenemos en un primer momento, que el artículo 7 prevé como facultad del empleador disponer a sus trabajadores la recuperación de la jornada laboral: "*[…] una vez finalizada la declaratoria de emergencia sanitaria*", disponiendo la misma norma, a continuación, que es potestad de este determinar la forma y el horario de recuperación, en un inicio hasta por 3 horas diarias los días subsiguientes a la reactivación de la actividad económica y, hasta por cuatro horas los días sábados; lo cual fue modificado mediante Acuerdo Ministerial MDT-2020-0080, de 28 de marzo de 2020, a través del cual se modificó la forma y el horario de recuperación hasta por 12 horas semanales y los días sábados hasta por 8 horas diarias, incluyéndose además, el artículo 10, que en relación al pago de la remuneración disponía que: *"[…] El empleador y los trabajadores, de manera libre y voluntaria, podrán de común acuerdo, establecer un calendario de pago para efectos de la remuneración que por ley les corresponde durante el tiempo que persista la suspensión emergente de la jornada*

laboral, considerando que la remuneración de los trabajadores es irrenunciable […]".

55. Entonces, como se observa, la norma facultaba al empleador a establecer los horarios de recuperación del tiempo no trabajado por la emergencia sanitaria, siendo que, en caso de que el trabajador decidiera no *"acogerse"* a ellos, era factible el no pago de la remuneración o de haberse pagado, su devolución; es decir, cuando por voluntad propia, el trabajador no acate los horarios establecidos por su empleador, lo cual no es un hecho probado dentro de la presente causa, pues el trabajador fue despedido -desvinculado por decisión unilateral de su empleadora-, resultando imposible la recuperación de la jornada laboral por circunstancias ajenas a su voluntad. En consecuencia, el pretender el descuento de las *"remuneraciones pagadas durante suspensión laboral no recuperadas por el valor de $2.077,69"* resulta improcedente.

56. En esa virtud, al no existir errónea interpretación del inciso quinto del artículo 7 del Acuerdo Ministerial número MDT-2020-077, devienen en improcedentes las acusaciones de vulneración de los artículos 66 numerales 15 y 16, 75 y 82 de la Constitución de la República; así como de los artículos 3, 8 y 188 del Código de Trabajo. Por lo que se desecha el cargo acusado al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP.

VI. Decisión:

57. 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:

58. No casar la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 6 de junio de 2022, a las 10h50.

59. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, se dispone que la caución sea entregada a la parte actora que ha sido perjudicada con la demora. **NOTIFÍQUESE.-**

f) DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA **JUEZA NACIONAL (PONENTE)** DR. ALEJANDRO ARTEAGA GARCÍA **JUEZ NACIONAL** DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA YEROVI **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

La Sala Especializada de lo Laboral decide rechazar el recurso interpuesto por considerar que la sentencia sí resolvió los puntos materia de controversia en segunda instancia; además señala que no es procedente ordenar los descuentos de las remuneraciones pagadas durante la emergencia sanitaria conforme lo solicitado por la empresa demandada, por cuanto la compañía decidió despedir al actor, siendo para este imposible cumplir con la recuperación de la jornada laboral en la forma establecida en el Acuerdo Ministerial emitido para el efecto.

VIII

Juicio Nro. *02335-2022-00107*
Fecha: *martes 23 de abril del 2024, las 15h14.*

TEMA: Impugnación del acta de finiquito. Particularidades.

SÍNTESIS

El recurrente denuncia el vicio de *ultra petita,* aduciendo que el tribunal de segundo nivel ha resuelto más allá de lo exigido por el actor, ya que ha otorgado las pretensiones referentes a la pensión jubilar, sin antes haber analizado si el actor impugnó o no, en forma expresa, el acta de finiquito La Sala ha reiterado en varios fallos, como No. 24331-2020-00385, No. 17233-2019-02629 y No. 02331-2019-00861, convirtiéndose en un criterio jurídico vinculante, que, cuando el actor impugne el contenido del acta de finiquito, no es necesario exigir que la demanda laboral contenga frases sacramentales, o, haga menciones expresas, referentes a la impugnación del acta de finiquito, para que proceda a la revisión de los valores liquidados en ésta. La Sala garantiza que las demandas laborales no se vean reducidas a la exigencia de frases sacramentales, que desencadenaría en la imposición de barreras o trabas irracionales para el ejercicio de los derechos laborales reconocidos en la ley. Consecuentemente, la acusación de la parte recurrente, de exigir que el tribunal de apelación debió revisar que en la demanda debía hacerse constar que el actor, de manera expresa, impugna el acta de finiquito, deviene en improcedente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 02335-2022-00107

Jueza Ponente: Dra. Enma Tapia Rivera

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 23 de abril del 2024, las 15h14.

VISTOS.– El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por las juezas nacionales: Dra. Enma Tapia Rivera (ponente), Dra. María Consuelo Heredia Yerovi y Dra. Katerine Muñoz Subía, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. **02335-2022-00107.**

Antecedentes procesales.

Con fecha 13 de mayo de 2022, **el señor Jaime Orlando Aguilar Albán** (también "actor") inició juicio laboral en contra del **Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Chillanes** (también **"GAD de Chillanes"** o **"recurrente"**), en la persona de los señores María Carmita Naucin Tumailla y Wilson Hernán Sisalema Morales, en calidad de alcaldesa y procurador síndico, respectivamente, por los derechos que representan de este organismo estatal. También solicitó se cuente con la presencia de la Procuraduría General del Estado, en la persona de su delegado regional.

En su libelo de demanda, el actor señaló haber laborado para el GAD de Chillanes desde el 01 de agosto de 1983 hasta el 12 de agosto de 2014, con un total de 31 años, en calidad de operador de maquinaria, con una última remuneración de **USD 770,45;** habiendo terminado la relación por acuerdo entre las partes para acogerse al beneficio de la jubilación. En este contexto, refirió que en agosto de 2014 suscribió con su empleador el acta de finiquito, sin que se le haya reconocido el derecho a la jubilación patronal. Con estos antecedentes, solicitó: (1) fijación de la pensión jubilar mensual, (2) acumulado de la pensión jubilar adeudada desde el agosto de 2014 hasta mayo de 2022, (2) acumulado de la décima tercera y cuarta remuneración de la pensión jubilar, desde que terminó su relación laboral y (3) costas procesales e intereses legales.

La Procuraduría General del Estado, mediante escrito, indicó que supervisará y controlará el proceso, en defensa de los intereses del Estado, por lo que, la defensa técnica le corresponderá al GAD de Chillanes.

La institución demandada, en su contestación, reconoció la existencia de la relación laboral, el tiempo de servicio y que ésta terminó por acuerdo entre las partes, sin embargo, indicó que el actor no ha justificado "[...] *conforme a derecho el exagerado valor de la cuantía señalada.* [1]". Aclaró que el derecho a la jubilación patronal que reclama el actor se encuentra regulado en la *Ordenanza Reformatoria que establece la Jubilación Patronal de los Trabajadores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chillanes* (también "**Ordenanza**"), aduciendo que el valor de la pensión alcanza un valor de **USD 30,00.** Con estos antecedentes, solicitó se declare sin lugar la demanda por ser infundada.

Con fecha 10 de febrero de 2023, el Dr. Santiago Israel Guerrero Saltos, juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Chillanes (también **"juez de instancia"**), en sentencia escrita, aceptó parcialmente con lugar la demanda, por consiguiente, ordenó el pago de las (1) pensiones jubilares acumuladas desde agosto de 2014 hasta febrero de 2020 y (2) pensiones acumuladas de la décima tercera y cuarta remuneración, generadas en el mismo periodo; alcanzando así una suma total de **USD 24.162,24.** Sin costas ni honorarios. Posteriormente, con fecha 15 de febrero de 2023, de oficio, el juez de instancia amplió la sentencia y ordenó se cancele el valor de **USD 152,10,** por concepto de pensión jubilar mensual, más sus adicionales. Así, inconformes con esta decisión, ambas partes procesales interpusieron recurso de apelación.

Con fecha 21 de abril de 2023, subida la causa en grado, el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Bolívar (también **"Sala de Apelación**"), conformado por los jueces provinciales: Dr. Rances Astudillo Solano (ponente), Dra. Náncy Guerrero Rendón y Dr. Jorge Cárdenas Ramírez, en sentencia escrita, aceptó el recurso de apelación del actor, por ende, modificó la liquidación practicada. Así, dispuso que (1) por la pensión jubilar mensual se cancele por un valor de **USD 170,00,** (2) por el acumulado de la pensión jubilar desde 2014 hasta 2022 se cancele un valor de **USD 17.680,00,** (3) por el acumulado de las pensiones adicionales -décima tercera y cuarta remuneración- se cancele un valor de **USD 2.720,00**; por el proporcional de las pensiones adicionales -décima tercera y cuarta remuneración correspondientes al 2023- se cancele un valor de **USD 113,32** De esta manera, se ordenó un pago total de **USD 20.626,64**, más los intereses legales devengados; y, además el pago de la pensión jubilar mensual. Inconforme con esta decisión, la parte demandada (también "**recurrente**") interpuso recurso extraordinario de casación por el **caso tres** del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (también "**COGEP**"). En consecuencia, el proceso judicial fue remitido a la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. Luego que la parte recurrente completó el recurso de casación; con fecha 17 de julio de 2023, la Dra. Liz Barrera Espín, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de admisión, aceptó a trámite el presente recurso por el **caso tres**; según obra de fojas 09 a 12 del cuaderno de casación. La parte actora contestó el recurso extraordinario de casación, según obra de fojas 13 del mismo cuaderno

De conformidad con el auto de admisión, a la parte recurrente le fueron admitidas las siguientes infracciones y cargos, por el **caso tres**, por una parte, la alegada infracción del vicio denominado como *ultra petita*; y, por otra, -sin identificar los vicios- la infracción de los arts. 91 y 142.9 del COGEP, también del art. 595 del Código del Trabajo, así como de los arts. 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial (también "**COFJ**") y, finalmente, del art. 168.6 de la Constitución de la República (también "**Constitución**").

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 **04 de abril de 2024, a las 10h30**; y, una vez finalizado el debate, se dio cumplimiento al art. 273 del COGEP, emitiendo la resolución de manera oral en audiencia.

Competencia.

El presente recurso de casación se fundamenta en lo previsto en el art. 184.1 de la Constitución; en concordancia con los arts. 184 y 191.1 del 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.

[1] Véase el cuaderno de primer nivel, escrito que contiene el escrito de contestación a la demanda, fojas 61 a 62 y vueltas.

Validez Procesal.

Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades legales y constitucionales, por lo que la causa se considera válida procesalmente.

Fundamentación del recurso extraordinario de casación y su contestación.

A. **Recurso de la parte DEMANDADA - Por el caso TRES.**

De acuerdo con el escrito que contiene el recurso contentivo de casación, la recurrente señala que la parte actora compareció a juicio y reclamó el pago de su derecho a la jubilación patronal, sin haber señalado expresamente que impugna el acta de finiquito, ya sea en la demanda o en el proceso. Consecuentemente, sostiene que la sentencia de segundo nivel ha vulnerado el principio dispositivo, ya que se ha otorgado más allá de lo solicitado por el actor en la demanda. Con estos antecedentes, solicita que se case la sentencia recurrida y, a su vez, se rechace la demanda del actor.

En este punto, cabe precisar que los fundamentos expuestos en el escrito que completó el recurso de casación no se considerados para el presente análisis, ya que la Conjueza Nacional ha determinado que en este se formularon cargos diferentes a los planteados inicialmente en el escrito contentivo de casación.

B. Contestación.

Por su parte, la actora sostiene que no existe el vicio de incongruencia que señala la institución demandada, pues el tribunal de apelación se limitó a resolver la presente causa en virtud de lo solicitado en la demanda, que fue el derecho a la jubilación patronal. Consecuentemente, solicita se rechace el presente recurso de casación por improcedente y mal fundamentado.

Problemas jurídicos planteados.

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso extraordinario de casación, este tribunal se plantea el siguiente problema jurídico:

Por el caso TRES: ¿La sentencia de segundo nivel incurre en el vicio de incongruencia de *ultra petita,* por haber concedido las pretensiones reclamadas por el actor, sin que éste haya impugnado en su demanda el acta de finiquito?

Análisis del tribunal de casación.

A. **Por el caso TRES.**

A.1. Consideraciones preliminares sobre la naturaleza del caso TRES del Art. 268 del COGEP.

El caso tres del artículo 268 del GOGEP, que también se le conoce en la doctrina como vicio *in procedendo* por violación directa de la norma, garantiza el principio de congruencia entre lo solicitado por las partes procesales y lo resuelto por el juzgador. Entre las deficiencias que contempla esta garantía se encuentran los vicios de *ultra petita, extra petita y citra petita*. El primero, ocurre cuando los juzgadores han resuelto más de lo pedido. El segundo, cuando han decidido sobre puntos que no han sido objeto de debate. Y, finalmente, el tercero, cuando los juzgadores han omitido resolver sobre alguna o algunas pretensiones solicitadas por las partes procesales. Adicionalmente, estos yerros también vulneran el principio dispositivo, toda vez que el sistema procesal consagrado en el COGEP exige que los juzgadores, en todo momento, deben resolver los procesos judiciales en razón de los hechos, las pretensiones, las excepciones y, particularmente, los puntos de debate, que las partes procesales hayan sometido a su conocimiento.

A.2. Análisis y resolución del ÚNICO problema jurídico por el caso TRES.

En esencia, la parte recurrente señala que la sentencia recurrida incurre en el vicio de *ultra petita,* aduciendo que el tribunal de segundo nivel ha resuelto más allá de lo exigido por el actor, ya que ha otorgado las pretensiones referentes a la pensión jubilar, sin antes haber analizado si el actor impugnó o no, en forma expresa, el acta de finiquito. Consecuentemente, sostiene que se ha vulnerado el principio dispositivo, ya que ha resuelto un punto de derecho que no fue sometido a controversia y que resulta indispensable para el derecho que reclama la parte actora. De esta manera, para determinar si existe el vicio acusado, este tribunal confrontará las pretensiones expuestas en la demanda, las excepciones de la contestación y lo resuelto en la sentencia recurrida. En este sentido, de demostrarse que existe la infracción denunciada, 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.

Así las cosas, luego de revisada la demanda, este tribunal observa que el actor exige el pago de la jubilación patronal, que no se ha hecho constar en el acta de finiquito, por lo que, pone de manifiesto su inconformidad con la liquidación practicada por la institución demandada. Entre sus pretensiones, solicitó el pago de la (1) pensión jubilar mensual y sus adicionales, las (2) pensiones jubilares acumuladas, junto con sus adicionales y (3) costas procesales e intereses legales. Por su parte,

la institución demandada reconoció el derecho a la jubilación patronal que reclama el actor, pero aclaró que su forma de pago se encuentra regulada en la Ordenanza, emitida por el Concejo Municipal del GAD de Chillanes, aduciendo que el valor de su pensión jubilar es de **USD 30,00.** Cabe precisar que, en la contestación a la demanda, no se interpuso ninguna otra excepción o argumento de descargo. Con estos antecedentes, la sentencia recurrida aceptó parcialmente la demanda del actor y, consecuentemente, declaró con lugar las pretensiones demandadas.

En tal sentido, este tribunal, preliminarmente, no advierte que la sentencia recurrida haya otorgado más allá de lo solicitado en la demanda por la parte actora, sin que se haya reconocido algún derecho diferente a los de la jubilación patronal.

Por otra parte, la acusación de la recurrente se centra en señalar que en la demanda no se ha dicho o señalado expresamente que el actor impugna el acta de finiquito, como si se tratara de un requisito de procedibilidad que habilita al actor a reclamar el derecho a la jubilación patronal. Por lo que, en este escenario, manifiesta que la sentencia recurrida ha inobservado lo previsto en el artículo 595 del Código del Trabajo, vulnerando así el principio dispositivo que rige para el sistema procesal.

El Art. 595 del Código del Trabajo establece que:

> *Art. 595.- Impugnación del documento de finiquito.- 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.*

La disposición normativa citada consagra el derecho que tiene el ex trabajador de impugnar el acta de finiquito, cuando se encuentra inconforme con la liquidación de sus haberes laborales. Así, la disposición normativa refiere que para ejercer este derecho la liquidación de haberes no debió haberse practicado ante autoridad competente -inspector de trabajo-, ni que se haya pormenorizado los valores liquidados. No obstante, también debe entenderse que, aun cuando la liquidación haya sido practicada por el inspector de trabajo y de manera pormenorizada, igualmente puede someterse esta a revisión ante la autoridad judicial de trabajo, toda vez que los derechos del trabajador son de carácter irrenunciable e intangible, sin que por ninguna circunstancia puedan ser desmejorados o socavados, tal como lo prevé el Art. 326.2 de la Constitución.

Ahora bien, esta Sala Especializada de lo Laboral ha reiterado en varios fallos judiciales, como en los juicios No. 24331-2020-00385, No. 17233-2019-02629 y No. 02331-2019-00861, convirtiéndose en un criterio jurídico vinculante para la actual composición de la Sala, que, cuando el actor impugne el contenido del acta de finiquito, no es necesario exigir que la demanda laboral contenga frases sacramentales, o, haga menciones expresas, referentes a la impugnación del acta de finiquito, para que proceda a la revisión de los valores liquidados en ésta. Entonces, siendo respetuosos con el mandato constituyente previsto en la parte final del Art. 169 de la Constitución, que dice que "[no] *se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.",* este tribunal de casación ha referido que, cuando el ex trabajador reclame derechos laborales que se han omitido en el acta de finiquito, o, en su defecto, requiera su reliquidación, la presentación a la demanda por sí misma es una forma de impugnación al acta de finiquito. De esta manera, este tribunal garantiza que las demandas laborales no se vean reducidas a la exigencia de frases sacramentales que desencadenaría en la imposición de barreras o trabas irracionales para el ejercicio de los derechos laborales reconocidos en la ley. Consecuentemente, la acusación de la parte recurrente de exigir que el tribunal de apelación debió revisar que en la demanda debía hacerse constar que el actor, de manera expresa, impugna el acta de finiquito, deviene en improcedente.

En consecuencia, por las consideraciones aquí expuestas, este tribunal de casación determina que no existe el vicio de ultra petita que denuncia la recurrente. Tampoco existe la infracción de los Arts. Arts. 91 y 142.9 del COGEP, del art. 595 del Código del Trabajo, de los arts. 19 y 27 del COFJ y, finalmente, del art. 168.6 de la Constitución, que, en conjunto, garantizan los principios de congruencia y dispositivo. Por consiguiente, devienen en improcedentes los cargos denunciados por la recurrente por el caso tres del Art. 268 del COGEP.

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 **NO CASAR** el fallo dictado por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Bolívar, con fecha 21 de abril de 2023. Envíese el

proceso al juzgado de apelación para que proceda en derecho. **Cúmplase y Notifíquese.-**
f) DRA. ENMA TAPIA RIVERA **JUEZA NACIONAL (PONENTE).** DRA. MARÍA CONSUELO HEREDIA **JUEZA NACIONAL** DRA. KATERINE MUÑOZ SUBÍA **JUEZA NACIONAL**

Resumen de fácil comprensión

Cuando el trabajador reclame derechos laborales que no han sido reconocidos en el acta de finiquito o, en su defecto, requiera su reliquidación, no será necesario que la demanda haga referencia expresa, o contenga frases sacramentales, referentes a que el actor impugna el acta de finiquito, pues la misma presentación de la demanda es un medio de impugnar al acta.

Gaceta Judicial

Número 1 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 17230-2019-07246
Fecha: jueves 8 de febrero del 2024, las 10h00

TEMA: Ordinario de resolución de contrato con condena a daños y perjuicios.

SÍNTESIS

Este tribunal de casación, encuentra mérito para CASAR la sentencia impugnada, debiendo, al tenor del artículo 273 del COGEP, dictar una de mérito. Por efecto del incumplimiento mutuo de las partes procesales en este juicio ordinario, evidente a lo largo de los autos, no cabe la demanda y contrademanda de resolución del contrato. Se ratifica la sentencia del *a quo*.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17230-2019-07246

Juez Ponente: Dr. Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 8 de febrero del 2024, las 10h00.

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el infrascrito Tribunal resolvió casar la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 19 de abril de 2022; las 11h20, dentro del juicio ordinario de resolución de contrato con condena a daños y perjuicios. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. El señor César Enrique Álvarez Palacios presenta demanda en contra de la señora Aida Lydia Beatriz Palacios Santoro, con fundamento en el contrato de ejecución diferida de lotización celebrado en Quito, el día 19 de septiembre de 2005, entre el demandante Doctor César Enrique Palacios y la señora Aída Lydia Palacios Santoro viuda de Pazmiño, en virtud de la revocatoria de los poderes otorgados por la demandada y los requerimientos notariales del actor; solicita la declaración de resolución del contrato de lotización y el pago de un millón seiscientos quince mil doce dólares con doce centavos de dólares (USD 1,615.012,12) dólares de los Estados Unidos de América por concepto de indemnización por los valores que le correspondía recibir como lotizador, por los lotes no vendidos y por cobrar, más el pago de los intereses legales y de mora a los que hubiere lugar, así como la indemnización de daño moral.

2. La demandada, contesta la demanda oponiendo excepciones y reconviniendo al actor, precisando que la mora purga de la mora, que al existir incumplimiento por parte de César Álvarez Palacios no puede beneficiarse del mismo para solicitar la resolución del contrato, porque esta institución puede ser requerida solo por quien cumplió sus obligaciones contractuales. En estos términos solicita la resolución del contrato de lotización celebrado el 19 de septiembre del 2005, por el incumplimiento contractual del demandado, el pago de un millón cuatrocientos cuarenta y dos mil doscientos sesenta y cuatro dólares con cuarenta y ocho centavos (1´442.264,48 USD), que corresponde al valor de todo el terreno conforme el contrato de lotización; al pago del valor de quinientos mil dólares ($500.000), según el contrato de mutuo celebrado entre las partes y el pago de los intereses legales y de mora.

3. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, mediante sentencia de 01 de octubre de 2021, declara sin lugar la demanda y la reconvención por mora mutua de los contratantes.

4. De la decisión del a quo, ambas partes proponen recurso de apelación, ante Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resuelto el 19 de abril de 2022, las 11h20, aceptando el recurso de apelación de la parte actora, declarando la resolución del contrato de la controversia

celebrado el día 19 de septiembre de 2005 entre el demandante Doctor César Enrique Palacios y la demandada señora Aída Lydia Palacios Santoro viuda de Pazmiño. Ordenando además, que la demandada Aida Palacios Santoro, indemnice al actor con la suma del valor de los lotes de terreno no vendidos de la lotización y de los vendidos.

5. De la decisión del tribunal de apelación, actora y demandada formulan recurso de casación, calificados y admitidos a trámite mediante auto interlocutorio de 31 de octubre de 2022, por la señora Conjueza Nacional, Rita Bravo Quijano.

6. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante "COGEP", mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y 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 David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 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.

1. 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.

2. 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 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:

---

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".*** (Enfasis añadido).

5 Montero Juan, Flores José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

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.

3. 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", los casacionistas, a través de sus defensas técnicas, fundamentaron sus recursos, refiriendo en lo principal:

26. Fundamentación del recurso del actor, César Enrique Álvarez Palacios, debidamente representado por su defensor técnico Gerardo Morales Suárez

26.1. Con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, acusa la errónea interpretación de la cláusula Tercera del contrato de lotización, numerales uno y cuatro, así como de los artículos 1505 y 1561 del Código Civil. Señalando que la sentencia impugnada no considera en la indemnización el pago de los 40 lotes de terreno cedidos al Municipio del cantón Mejía, en virtud de que dicha transferencia de dominio fue realizada de manera gratuita para los efectos de la consolidación de espacios verdes de la Lotización de Vivien-

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

da Rural Vista Hermosa; así como los 3 lotes de terrenos cedidos al Comité Promejoras de la Lotización de Vivienda Rural Agropecuaria "Vista Hermosa". Que en los términos del contrato le correspondía recibir los valores del exceso de los USD 10, 00, siendo aquel valor lo único que la demandada podía donar. Explica que de acuerdo al artículo 1.505 del Código Civil, el contratante cumplido debe percibir las indemnizaciones del incumplimiento, y que si bien el tribunal de apelación reconoce en su decisión los artículos 1561 y 1505, restringe los derechos del actor, reconocidos en el contrato.

26.2. Por el mismo caso quinto, denuncia la errónea interpretación del artículo 1457 del Código Civil, señalando que el numeral 3 de la parte resolutiva de la sentencia impugnada se dispone que de la liquidación indemnizatoria se descuente el valor de $355.835,92, arguyendo que el actor reconoció dicho pago. Indica que en efecto así fue, pero siempre que se disponga el pago de la totalidad de los valores reclamados, pues al negarse el pago de la totalidad de aquellos, de los 43 lotes donados por la demandada, debió descontarse en proporción equivalente a los valores reconocidos, tomando en cuenta que la norma infringida determina la conmutividad de los contratos onerosos.

26.3. Prosigue la argumentación acusando la errónea interpretación de la cláusula TERCERA, numerales UNO y CUATRO del denominado contrato de lotización de fs. 1 y 2 de primera instancia. Indica al respecto, que el ad quem omitió resolver la situación de los lotes que se encontraban y se encuentran en el proceso de pago y que la señora Aida Lydia Beatriz Palacios Santoro viuda de Pazmiño por intermedio de sus procuradores, se encuentra percibiendo los valores de 25 lotes que se encontraban en proceso de pago y que continuaron realizándose dichos pagos por parte de los promitentes compradores y ascienden a la suma total $144.727,69, restando los 10 dólares que le corresponden a la demandada. Precisa que según dicha cláusula, la demandada estaba obligada al pago proporcional a la superficie vendida o prometida en venta, debiendo pagarse entonces, los valores percibidos por la demandada, después de la revocatoria de los poderes.

26.4. Por la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, denuncia además, la errónea interpretación de los artículos 2214 y 2232 del Código Civil, por cuanto la sentencia niega la reparación por daño moral, por falta de prueba del demandante. Sin tomar en cuanta, dice, que por su naturaleza el daño moral no requiere prueba, sino únicamente el nexo causal o resultado próximo de la acción u omisión ilícita, por lo que no se requiere una condición objetiva, sino la mera imprudencia.

26.5. Finaliza la argumentación del recurso propuesto, denunciando la falta de aplicación de los artículos 1567.3 y 1572 del Código Civil, por el mismo caso quinto, al haberse negado en la decisión el pago de intereses legales y de mora. Sin tomar en cuenta que el artículo 1767, numeral 3 ibídem, contentivo de la mora debitoria, se produce cuando el demandado ha sido legalmente requerido, pues si bien la norma invocada dice "ha sido judicialmente reconvenido" hemos de entender que por la antigüedad del Código Civil no se ha cambiado el procedimiento que existe en el artículo 18, numeral 18 de la Ley Notarial y no se aplica la indemnización de perjuicios que comprende el daño emergente y el lucro cesante que implica la pérdida de los valores que dejó de percibir en su momento el actor. Añade que si la demandada hubiese cumplido el contrato, dentro del cual se encuentra inmerso el costo de la oportunidad, hubiese obtenido los intereses que estos valores le hubiesen generado en una inversión según prescribe el artículo 1572 del Código Civil también infringido.

27. Fundamentación del recurso de la demandada, Aída Lydia Palacios Santoro, debidamente representada por su procurador judicial doctor Reinaldo Zambrano Velasco:

27.1. Por el caso dos del artículo 268 del COGEP, acusa la falta de motivación de la sentencia del ad quem, señalando que no cumple con el criterio rector de motivación mínima, puesto que el fallo impugnado incurre en incoherencia, específicamente en el considerando SEPTIMO, que refiere que existe un contrato celebrado en el 2005 y que se han revocado dos poderes especiales, pero en el fallo no se determina en virtud De dicho contrato de lotización, cuáles eran las obligaciones que se pretenden resolver con el planteamiento del proceso en curso. Contradiciéndose el fallo a concluir que para la realización y ejecución

del proyecto de lotización que implicaba la desmembración o fraccionamiento de lotes de menor superficie a través de la elaboración del plano respectivo aparejados al proceso, no se requería de una formal resolución de aprobación por parte del municipio del Cantan Mejía ni la inscripción en el registro de la propiedad, pero en el mismo considerando la sala señala que se evidencia que existe un plano protocolizado en la notaria 16 del Cantón Quito, en el que se evidencia un sello del Municipio del Cantón Mejía. Cuestiona entonces la recurrente, ¿Se requería o no aprobación del municipio para a lotización?

27.2. Añade que el fallo resulta incoherente cuando señala que no son aplicables los artículos 224A, 224B, 224D de la Ley de Régimen Municipal vigente en aquel momento y tampoco el artículo 1161 letra f) de la Ley de Régimen Municipal, que expresamente determinan que se requiere aprobación del municipio para la parcelación de predios agrícolas.

27.3. Refiere que la sentencia resulta incoherente también, al darle al artículo 46 de la Ley de Desarrollo Agrario, el carácter de súper norma, porque según el tribunal ad quem se podría en virtud de dicha norma, dividir el predio en terrenos sin autorización alguna, sin escritura, sin aprobación municipal de fraccionamiento y lo que es peor, sin inscribir la partición en el registro de la propiedad.

27.4. Adiciona que la sentencia también es incongruente, al haberse aplicado artículo 1505 del Código Civil, por el que debía justificarse cuáles eran las obligaciones que tenía el actor, que no solo implicaban la legalización de la lotización, cosa que no se habría destormado en el caso. En ese sentido considera que el actor no estaba facultado para demandar la resolución del contrato.

27.5. Prosiguiendo con la impugnación por el mismo caso dos, señala que la sentencia de la impugnación también es incomprensible, por cuanto se mal entiende el carácter del artículo 46 de la Ley de Desarrollo Agrario, que lo único que refiere es que se garantiza la propiedad privada pero no autoriza a una persona para lotizar a tu antojo.

27.6. Concluye denunciando que la sentencia contiene vicio de inatinencia, al dejarse de aplicar los artículos 703, 707, 1718 y 1726 del Código Civil, articulo 25 de la Ley de Registro, artículo 161 letra f) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y de la misma norma la errónea interpretación de los artículos 224, 224A, 224B, 224C y 249, además de la errónea interpretación del artículo 46 de la Ley de Régimen de Desarrollo Agrario, considerado en tal virtud el tribunal ad quem, que una persona dueña de un predio agrícola no estaría sujeta al ordenamiento jurídico.

27.7. Por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, reitera la falta de aplicación de los artículos 703, 707, 1718 y 1726 del Código Civil, artículo 25 de la Ley de Registro, articulo 161 letra f) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Reitera que en el caso existe una lotización de hecho sin mediar demostración de que actor haya cumplido la totalidad del contrato , incurriendo en la errónea interpretación de los artículos 224, 224A, 224B, 224C y 249, además de la errónea interpretación del artículo 46 de la Ley de Régimen de Desarrollo Agrario. Vicios que habrían derivado en que el contrato se resuelva a favor del actor, sin tomarse en cuanta los elementos o requisitos que exige este tipo de acción. Tanto más que si la lotización se hubiera efectuado de manera legal, para efectuar las ventas de los lotes no había necesidad de los poderes presuntamente revocados, pero que el caso ha operado la mora recíproca. Bajo estos argumentos solicita que se case el fallo.

4. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

28. Respecto a los cargos sintetizados en los párrafos 26 y 27 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

28.1. ¿La sentencia impugnada incurre en falta de motivación al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República en relación con la sentencia 1158-17-EP/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador?

28.2. ¿Existe infracción de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad contractual?

5. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

29. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. **No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o**

> **principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.** Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Énfasis añadido).

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> (…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática[7].

31. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta,** en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

32. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar 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.

33. Y siendo que, el caso tanto la parte actora como la demandada han planteado recursos de casación, este Tribunal efectúa el examen de los mismos de acuerdo al orden de análisis que corresponde según la naturaleza de las causales planteadas iniciando por los cargos entorno a vicios in procedendo para continuar con los in iudicando. Correspondiendo en ese sentido pronunciarse, en inicio, sobre el cargo de falta de motivación de la sentencia impugnada, propuesto por la señora Aida Palacios Santoro.

7.1. Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del "COGEP"

34. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el primer cargo traído a casación por la recurrente, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación."*

35. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

36. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles entre sí, en la parte 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

[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.

lógico, armónico y coherente; sin embargo, este principio se rompe, cuando lo resuelto no guarda armonía con los hechos determinados como ciertos, los fundamentos de derecho determinantes en la decisión y lo que se resuelve.

37. Por último, es motivo anulación del fallo por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

38. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

39. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida[8].

40. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "… requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad;
d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal… ".[9]

41. La Corte Constitucional, recogiendo el contenido del artículo 76.7 letra l) de la Constitución, ha expresado que toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa, integrada por una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente. Observándose, por tanto, deficiencia motivacional ya por: (1) inexistencia; (2) insuficiencia; y, (3) apariencia[10].

42. En vista de la denuncia formulada en torno al caso dos del artículo 268 del COGEP, por presunta falta de motivación de la sentencia, sin perjuicio de los vicios motivacionales citado por la recurrente, este Tribunal de casación se encuentra evocado a efectuar el análisis pormenorizado de los motivos en que se funda la decisión de segunda instancia por mérito de la cual de casación invocada.

43. En el caso en examen, revisada la sentencia de apelación impugnada, esta inicia determinando la competencia del tribunal, la validez procesal y en los considerandos *"TERCERO", "CUARTO" y "SEXTO"*, describe los fundamentos de la demanda, contestación, reconvención y de apelación propuestas por ambas partes. Acto seguido, en el considerando *"SEPTIMO",* luego de anotar que hechos requieren ser probados por la parte actora y demandada así como aquellos que no exigen prueba en los términos de los artículos 162, 163 y 169 del COGEP, precisa el tribunal de segunda instancia:

> Este Tribunal de Apelación hace énfasis en tal acervo probatorio en razón de que la principal alegación del accionante para demandar la resolución del contrato de 19 de septiembre de 2005 es precisamente el hecho de que la demandada revocó los poderes a través de los cuales el actor suscribía a nombre de la accionada las escrituras de promesa de compraventa y escrituras de compraventa mediante los cuales se enajenaba los lotes de terreno (…) corresponde determinar si al accionante de este proceso le asiste el derecho de demandar la resolución o terminación del antes indicado contrato suscrito entre los contendientes procesales el 19 de septiembre de 2005 y si además como consecuencia tiene derecho a percibir las indemnizaciones que reclama en su demanda. Luego de lo cual este Tribunal de Alzada analizará y resolverá la reconvención de la parte demandada. [Sic]

44. En estos términos, el ad quem transcribe el contrato que vincula a las partes procesales y en virtud del cual la demandada habría otorgado poderes al actor, a fin de que actué a su nombre y representación. Y luego de hacer énfasis en las normas de derecho sustantivo que considera eran aplicables para el fraccionamiento y lotización de los predios rurales agropecuarios a la época en que se llevó a cabo la lotización "VISTA HERMOSA" en contraste con los medios de prueba practicados, previo al análisis de la revocatoria de los poderes, concluye:

---

[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

"(…) De lo que se infiere que para la realización y ejecución de la lotización "Vista Hermosa" y fraccionamiento del referido predio por parte del accionante, en la época de la firma del respectivo contrato de lotización no requería autorización alguna de parte del ente público de control competente en esa época, sin embargo de lo cual con las sendas actuaciones de dicho ente de control el Municipio de Mejía en torno al fraccionamiento efectuado por el accionante como quedó analizado se infiere sin duda alguna que ente Municipal si participó con su aprobación". [Sic]

45. Y dicho esto, al analizar la posición de defensa de las partes en cuanto a la revocatoria de los mandatos, indica que la demandada en su contestación afirmó:

"Al contestar la demanda la accionada sostiene tanto en dicha contestación como en la reconvención que *"3.- Para el cumplimiento de este contrato otorgué tres poderes especiales a favor del doctor señor CÉSAR ENRIQUE ÁLVAREZ PALACIOS, el primero el 20 de septiembre de 2005 ante el Notario Décimo Sexto del Cantón Quito, Dr. Gonzalo Román Chacón, el Segundo el 16 de diciembre del 2008 ante el Notario Décimo Sexto del Cantón Quito, Dr. Gonzalo Román Chacón y el tercero el trece de enero de 2017 ante el Notario José Antonio Cedeño Armas, Notario Octogésimo Primero del Cantón Quito,…* Dos de dichos poderes el otorgado el 20 de septiembre de 2005 y el 16 de diciembre del 2008, fueron revocados con fecha 22 de Agosto de 2018 ante el Notario Cuarto del cantón Quito, revocatoria notificada al mandatario el 24 de Agosto de 2018.

La demandada además en su contestación a la demanda afirma que: **"La revocatoria de los poderes otorgados el 20 de septiembre del 2005, ante el Notario Décimo Sexto del Cantón Quito, y el Segundo otorgado el 16 de diciembre del 2008, no impedía bajo ningún concepto, el cumplimiento del contrato, porque el lotizado podía seguir promoviendo ventas fijando precios y beneficiarse del trabajo que supuestamente realiza para obtener la lotización, teniendo en consideración que existe un tercer poder otorgado el trece de enero del 2017 ante el Notario José Antonio Cedeño Armas, Notario Octogésimo Primero del Cantón Quito, que no ha sido revocado y con el cual el actor de este juicio podía continuar a mi nombre"…** [Sic] (El énfasis nos corresponde)

46. Acto seguido, con respecto a las precisiones del actor en la contestación de la reconvención, se anota en la sentencia recurrida lo siguiente:

Al contestar la reconvención, el actor principal admite lo expuesto por la demandada en párrafo precedentes, con la salvedad de que no admite lo dicho por la demandada en el sentido de que el denominado poder celebrado el trece de enero del 2017 ante el Notario José Cedeño, Notario Octogésimo del cantón Quito, no fue sino una ratificación de los dos poderes anteriormente conferidos y referidos. [Sic] (El énfasis nos corresponde)

47. En estos términos, pese a las afirmaciones de las partes procesales, aparece el análisis del tribunal de apelación precisando:

"verificados y escuchados los audios de la audiencia de juicio, no existe constancia de haber sido producido como prueba por el accionante el tercer poder otorgado por la demandada a favor del accionante, y además en el acta resumen de la audiencia preliminar no consta que el Juez haya admitido dicha prueba documental, lo que se corrobora con lo expuesto por el Juez A quo en la parte considerativa de su sentencia en la que no aparece como prueba admitida aquel tercer poder celebrado el trece de enero del 2017 ante el Notario José Cedeño, Notario Octogésimo del cantón Quito".

48. Bajo la consideración de que no se habría producido como prueba el tercer poder que no ha sido revocado al que hace referencia la demandada y pese a la aceptación del actor acerca la existencia de un tercer mandato, el tribunal de alzada concluye que al actor le asiste el derecho para demandar la terminación del contrato de lotización, considerando: *"por cuanto la parte demandada por su parte incumplió el mismo con la actuación notarial de revocar los poderes especiales que eran parte integrante y habilitantes para la ejecución del contrato de lotización conforme se estipuló en la cláusula TERCERA NUMERAL DOS. Al determinar: "Del texto contractual transcrito se evidencia con claridad que para el cumplimiento del objeto del contrato de lotización por parte del ahora accionante, la CONTRATANTE ahora demandada debía mantener VIGENTE el poder especial hasta la terminación total del contrato… ".*

49. Ahora bien, según la Corte Constitucional del Ecuador, para que la fundamentación fáctica se considere suficiente, ha de contener una justificación de los hechos dados por probados en el caso, pues la motivación sobre los hechos no puede

consistir en la mera descripción de las actividades probatorias de las partes, sino que ha de existir demostración que la prueba ha sido analizada, de manera que se permita conocer las razones que llevaron a la conclusión del fallo, la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo mínimo, solo cuando se trate de cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos no requieren ser probados[11].

50. De lo trascrito se desprende que el tribunal de apelación incumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación fáctica suficiente, toda vez que el aporte que efectúa con respecto a las razones que justifican la decisión es manifiestamente incongruente con las afirmaciones de las partes, 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 incongruencia frente a las partes.

51. Existe aparente motivación en la sentencia, por cuanto a primera vista entrega argumentación fáctica y normativa abundante, pero en el fondo, sus premisas se contraponen con las precisiones enunciadas por los litigantes en sus actos de proposición y defensa; lo que deriva en incongruencia frente a las partes, tipología de vicio motivacional que concurre según ha manifestado la Corte Constitucional, cuando se deja de contestar los argumentos relevantes de las partes, es decir, aquellos argumentos que inciden significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. 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[12].

52. Dicha relevancia del vicio se evidencia en el caso, por cuanto la afirmación tanto del actor como de la demandada, en torno a la existencia de un tercer poder otorgado por la señora Aída Palacios al actor César Álvarez, resulta trascendental para resolver el entuerto puesto a decisión de la administración de justicia, toda vez que ambas partes plantean la resolución de un contrato de lotización alegando incumplimiento; y siendo que, según las cláusulas del mismo, para la ejecución de aquel era necesario que la demandada otorgue poder amplio y suficiente al lotizador, resulta por demás lógico, que ante la afirmación de existencia de un tercer poder que no ha sido revocado y que era ratificatorio de los anteriores según ha precisado el propio actor responsable de la lotización, este constituye un hecho que no requiere ser probado por afirmación y admisión de los sujetos procesales.

53. Tanto más que el germen del presunto incumplimiento del contrato de la demandada, según se afirma en la sentencia del ad quem, sería la revocatoria de los poderes. Sin duda entonces, el análisis de dicho aspecto era significativo e incidía en la decisión de la controversia.

54. En tal razón este tribunal de casación, encuentra mérito para CASAR la sentencia impugnada dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia Pichincha, de 19 de abril de 2022; debiendo al tenor del artículo 273 del COGEP, pasar a dictar la decisión de mérito con la motivación que corresponde a los hechos determinados en instancia.

55. Con respecto a los cargos por el caso quinto denunciados tanto en el recurso de casación de la parte actora como de la demandada, por efecto del yerro por déficit motivacional, no procede su análisis, toda vez que al casar la sentencia recurrida por la causal segunda de falta de motivación, aquella ha quedado insubsistente.

7.2. Consideraciones de mérito

56. En los términos de la demanda y reconvención, la controversia busca que se declare la resolución del contrato de ejecución diferida denominado de lotización celebrado por las partes procesales el 29 de septiembre de 2005. Y por parte del actor, adicionalmente demanda indemnización por daño moral.

57. La acción resolutoria del contrato tal como ha venido señalando este tribunal en procesos análogos[13], procede cuando concurren los siguientes elementos: **1)** la existencia y vigencia de un vínculo contractual; pues, solo cabe resolver un contrato existente y válido, capaz de producir efectos jurídicos para que solo así pueda extinguirse en lo sucesivo; y el contrato no debe haberse consumado, ya que si ambas partes cumplen con sus respectivas obligaciones, no cabe resolverlo; **2)** la reciprocidad de las prestaciones; **3)** la exigibilidad de las prestaciones, por cuanto la resolución sólo cabe cuando las prestaciones recíprocas de las partes, sean exigibles; **4)** el incumplimiento grave por parte del demandado; grave, por cuanto

[11] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. Párrafo 61
[12] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP. PARRAFO 87
[13] Sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil, de 25 de agosto de 2023, juicio N. º 17230-2020-10852.

no cualquier incumplimiento faculta para resolver; y, **5)** el cumplimiento por parte de quien ejercita la acción; la acción resolutoria corresponde a quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte.

58. Pretensión de resolución contractual que el caso resulta improcedente, toda vez que el contrato de la controversia constante a fojas 12 del cuaderno de primer nivel, se trata de una especie de convenio de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

59. En los contratos de tracto sucesivo, no cabe la condición resolutoria tácita del 1505 del Cogido Civil, pues en esta clase de contratos las obligaciones se van cumpliendo en el tiempo lo cual imposibilita que se pueda demandar la resolución contractual cuyo efecto es retrotraer la situación contractual a su estado anterior a la celebración, efecto que en la especie no podría aplicarse en virtud de los servicios prestados por parte del lotizador quien fungía además como agente de ventas y por los cuales inclusive la demandada reconviniente recibió pagos, conforme aparece en el proceso.

60. Es así, que para que el lotizador pudiera beneficiarse de la venta de los terrenos y la otorgante poderdante al tiempo, pudiera recibir el valor correspondiente por metro cuadrado vendido, necesariamente el predio debía estar lotizado y debidamente catastrado.

61. En el caso, el actor ha demostrado que pese a la falta de normas que le obliguen a obtener autorización municipal para lotizar, catastró los terrenos de la lotización y procedió a la venta de varios terrenos de los cuales transfirió su porcentaje de venta a la demandada, es decir que en parte el contrato se cumplió, habiéndose beneficiado los contratantes.

62. Dicho esto, lo que cabe en el caso, en razón de la presunta revocatoria de los poderes del año 2005 y 2008 es el examen de la terminación unilateral del contrato por parte de la señora Aída Palacios, que de ser arbitraria daría lugar a la indemnización de daños y perjuicios, según lo preceptuado en el artículo 1572 del Código Civil que determina:

> La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
>
> Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.
>
> Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código

63. En el caso en análisis, según quedó evidenciado en líneas anteriores, existe la aceptación de las partes procesales de un poder otorgado el 13 de enero de 2017, el cual sería ratificatorio de los anteriores, bajo esta consideración el hecho de la revocatoria de los poderes del 2005 y del 2008 resulta intrascendente para la demostración de incumplimiento de la demandada, pues este último poder del 2017 al ser ratificatorio de los anteriores no quedó insubsistente.

64. De considerar el mandante César Álvarez que su mandataria no le estaba proveyendo de lo necesario para la ejecución del mandato en los términos de los artículos 2062. 1 y 2063 del Código Civil[14], previo a demandar la resolución del contrato por incumplimiento, debía desistir del encargo del mandado, a fin de evitar por su parte el incumplimiento de sus obligaciones por efecto del mandado vigente, en el cual ha incurrido en el caso.

65. Lo dicho tampoco significa que la demandada reconviniente haya cumplido con sus obligaciones toda vez que según el citado Art. 2062 ibídem, el mandante está obligado a:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;
2. A satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
3. A pagarle la remuneración estipulada o usual;
4. A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes; y,
5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.

No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.

[14] Código Civil:
Art. 2062.- El mandante está obligado:
1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;(…)
Art. 2063.- El mandante que no cumple por su parte aquello a que está obligado, autoriza almandatario para desistir del encargo.

66. En ese sentido, sin perjuicio de la omisión de desistimiento del mandado del actor, la señora Aida Palacios Santoro impidió la ejecución del mandado y por tal del contrato principal, al colocar carteles que desmerecían la calidad de su apoderado, actuando inclusive por sí sola en la venta de los lotes de terreno. En esto términos ambas partes han incumplido el contrato objeto de la demanda y reconvención, operando la mora mutua del artículo 1568 del Código Civil.

67. Con respecto a la demanda de daño moral del actor, esta se desecha por falta de prueba.

VIII. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** decide por unanimidad:

1. Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la señora Aida Palacios Santoro por el caso dos del artículo 268 del COGEP y CASAR la sentencia dictada el 19 de abril de 2022 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, dentro de la presente causa ordinaria.
2. En los términos expuestos en esta resolución, se confirma la sentencia de primer nivel, rechazando la demanda y la reconvención planteadas.
3. Disponer que se devuelva la caución rendida a la parte demandada.
4. Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución para los fines de ley. Notifíquese y cúmplase.

f) DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

Por efecto de incumplimiento mutuo de la parte, no cabe la demanda de resolución del contrato.

II

Juicio Nro. *17230-2018-15527*
Fecha: *miércoles 28 de febrero del 2024 a las 12h48*

TEMA: Daños y perjuicios. Cuantificación de conformidad con la sentencia originaria.

SÍNTESIS

La Sala de casación, considerando que se trata de un juicio de conocimiento, decide aceptar parcialmente el recurso de casación de la demandada, por insuficiente motivación; pues, el *ad quem*, al desarrollar su análisis, estimó que la controversia del juicio sumario se subsume a que la actora, a través de la prueba que presente en el actual proceso, cuantifique los daños y perjuicios ocasionados por el demandado; sin embargo, nada dice acerca del alcance del hecho generador del daño, en mérito del perjuicio causado a la víctima, aun cuando en un inicio precisaron que el fundamento del juicio sumario es la declaración de responsabilidad civil en el juicio ordinario. Al girar la controversia en torno a la cuantificación y liquidación de los daños y perjuicios extracontractuales, la Sala aclara que la cuantificación es a partir del perjuicio causado por el daño a la actora y por tanto, la determinación del monto, debe ser adoptada de acuerdo a los lineamientos establecidos en el juicio ordinario que antecede al actual juicio sumario.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17230-2018-15527

Juez Ponente: Dr. Luis Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL Quito, miércoles 28 de febrero del 2024 a las 12h48

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el infrascrito Tribunal resolvió aceptar el recurso casación interpuesto por el señor Aldo Muirragui Maggi y rechazar el planteado por la señora Katia Maldonado Terán, dentro del juicio ordinario de cuantificación y liquidación de daños y perjuicios. 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 Katia Cruscaya Maldonado Terán, comparece en juicio sumario demandando al señor Aldo Muirragui Maggi, el pago de daños y perjuicios, ordenados en juicio ordinario civil previo.

2. Refiere que, en el año 2010 se sometió a una cirugía estética de nariz, intervención realizada por el demandado, quien se desempeña como cirujano en la ciudad de Quito. Y que, a partir de dicha intervención sufrió problemas funcionales en su nariz, por lo que ha tenido que intervenirse quirúrgicamente por más de diez ocasiones para poder reconstruir en parte el funcionamiento de su nariz. Refiere que, después de la operación retornó a la ciudad de Madrid España, en donde trabajaba por aproximadamente 10 años. Debido a que no podía respirar, empezó a tener problemas de salud tales como, dolores de cabeza, falta de oxígeno y desmayos, los cuales no le permitían conciliar el sueño, rendir adecuadamente en el trabajo y tener una vida normal, por lo cual fue despedida.

3. Que en tal razón, en el año 2012 presentó demanda civil reclamando por los daños y perjuicios irrogados en su contra por la mala operación quirúrgica. En virtud de lo cual se sustanció el proceso ordinario No.- 17324-2012-0681, (folios 112-115), en el que el Dr. Carlos Francisco Fuentes López, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha resolvió: *"de las pruebas pedidas, practicadas y ordenadas dentro de la estación probatoria, se colige que ha existido un perjuicio a favor de la actora como consecuencia de haberse demostrado la responsabilidad extracontractual del demandado. Por lo que el*

daño emergente y lucro cesante se DEBERÁ LIQUIDAR EN JUICIO VERBAL SUMARIO TENIENDO EN CONSIDERACIÓN ÚNICAMENTE la documentación de fs. 20; 38 A 44, …. Por las consideraciones y normas expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se dispone que el señor ALDO MUIRRAGUI MAGGI es responsable extracontractual y pague los daños y perjuicios ocasionados a la señora KATIA MALDONADO TERAN que se deberán liquidar en vía verbal, sumario conforme el considerando SÉPTIMO de este fallo". Sentencia que se ejecutorió por el ministerio de la ley, por cuanto el demandado no interpuso un recurso de apelación. En ese sentido, demanda la cuantificación y liquidación de los daños y perjuicios, ordenados en el juicio ordinario.

4. Una vez citada la parte demandada, contesta señalando que el daño emergente y lucro cesante *"Se deberá liquidar en juicio verbal sumario, teniendo en consideración únicamente la documentación de fs. 20, 38 a 44"*. Siendo estas fojas las ÚNICAS que deben tomarse en cuenta para el cálculo del supuesto pago de daños y perjuicios ocasionados a la actora. Puesto que la actora pretende una interpretación antojadiza y extensiva del texto de la sentencia, pretendiendo incrementar mediante peritajes el monto del pago de manera ilegal. Que los pagos, facturas, comprobantes de venta, a los que se refiere la actora no constan dentro del proceso ordinario anterior, ni dentro del presente proceso; y que, al no haber sido presentados como prueba en ninguna etapa procesal, no se los puede incluir mediante un peritaje que tampoco cumple con lo dispuesto en sentencia, por lo que carece de total legalidad.

5. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, mediante sentencia de 23 de abril de 2019, acepta parcialmente la demanda presentada por KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN y ordena que en calidad de indemnización de daños y perjuicios irrogados, el demandado, cancele la suma de doscientos seis mil novecientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América, con 71/100.

6. El demandado propone recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Resuelto en voto de mayoría el 01 de octubre de 2019, a las 10h00, aceptando parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada; reformando la sentencia de primera instancia en cuanto al monto de la indemnización de daños y perjuicios, fijándola en ciento treinta mil setecientos ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América, con 27/100.

7. De la decisión del *ad quem*, tanto la actora Katia Cruscaya Maldonado Terán, como el demandado Aldo Muirragui Maggi, proponen recurso de casación, calificados y admitidos a trámite mediante auto interlocutorio de 23 de marzo de 2022, por el señor Conjuez Nacional, Carlos Pazos Medina.

8. Al tenor de inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos —en adelante "COGEP"—, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación. Mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, como Juez ponente.

9. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle. Según acción de personal Nº. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda, y, Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación. En virtud de lo previsto en el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en

relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del "COGEP" y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

14. 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

15. 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 otros 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.

16. 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.

17. 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 hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

18. 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].

19. 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.

20. 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].

21. 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.

22. 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

[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

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.

23. 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 salvaguardar 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].

24. 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.

25. 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.

26. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en

---

[4] *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*
1. Corresponde a toda autoridad administrativa o ***judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ***Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*** (Énfasis añadido).

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.

fase 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]

27. 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

28. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del "COGEP", los casacionistas, a través de sus defensas técnicas, fundamentaron sus recursos, refiriendo en lo principal:

29. Fundamentación del recurso de la actora, Katia Maldonado Terán.

29.1. Refiere que el actual proceso, se originó con la causa ordinaria número 17324-2012-0681, que terminó con una sentencia ejecutoriada que condenó al Dr. Aldo Muirragui a pagar daños y perjuicios a favor de la actora. Que dicho proceso se sustanció con el Código de Procedimiento Civil, y en sentencia dispuso que los daños y perjuicios sean liquidados a través del procedimiento verbal sumario, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil. Por lo que debía haberse aplicado el entonces vigente artículo 845 de aquel cuerpo de ley, que decía que al iniciar el proceso liquidatario frente al fallo que se emiten en el mismo, no existe recurso alguno. Indica que este proceso sumario, se originó mediante la declaración de un derecho en el año 2012 que dispuso que se lleve a cabo una liquidación nada más que para efectos de cuantificar los daños. Considera que, siguiendo el criterio de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional, se debe ratificar el fallo emitido en primera instancia al no existir posibilidad de recurso alguno.

29.2. Con respecto al recurso de casación propuesto, en torno al caso cinco del artículo 268 del COGEP, denuncia la falta de aplicación de la norma sustantiva prevista en el artículo 1583.2 del Código Civil. Por cuanto en la sentencia de segunda instancia, el tribunal indica que se trata de un proceso liquidatorio, pero que la perito debió haber realizado su pericia con relación al monto a pagar de acuerdo a la fecha en que declaró los daños y perjuicios, el 29 de diciembre del 2015. Situación que considera vulneradora de la norma sustantiva referida, que indica que una forma de extinguir la obligación es el pago. Por consiguiente, la autoridad jurisdiccional provincial no podía retrotraer la cuantificación de un peritaje a una fecha en la que la extinción de la obligación no se había producido. En estos términos solicita que se confirme el monto de la liquidación determinado en primera instancia.

30. Fundamentación del recurso del demandado Aldo Muirragui Maggi,

30.1. Como sustento se su impugnación, cita los casos dos y cuatro de artículo 268 del COGEP.

30.2. Por el caso dos, acusa la falta de motivación de la sentencia impugnada, bajo la denuncia de infracción de los artículos 76.7, literal l de la Constitución de la República y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial. Precisa que la sentencia del *ad quem*, parte adecuadamente de un hecho, la responsabilidad extracontractual declarada en contra del demandado, como consecuencia de una operación médica cuya consecuencia en contra de la actora fue la disminución en su trabajo, lo que causó un despido intempestivo. Afirma que esa fue la teoría del caso que se presentó en el juicio de origen y que la sentencia

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

impugnada de forma adecuada lo determina como primera premisa. No obstante, considera que el fallo pierde la ilación lógica; y, en vez de determinar el monto de la reparación de la forma señalada en la sentencia del juicio ordinario, que ordenó que se pague los daños y perjuicios ocasionados en atención al considerando séptimo, determinando en específico fojas sobre las cuales debía realizarse la liquidación. Que los jueces provinciales, sin razonar sobre el modo, el tiempo y el lugar para determinar el monto de la indemnización, hacen relación a la fuente de las obligaciones en general, a la relación entre acreedor y deudor de las partes procesales, cuando realmente lo que debía hacerse era determinar en base a la primera sentencia del juicio ordinario. Considera que, el razonamiento lógico obligaba a los juzgadores a que determinen el modo, el tiempo y lugar donde se realizó la infracción, siendo ese el particular en el cual fallaría la sentencia recurrida. Al no decir cuáles fueron los parámetros que tenían que tomarse en cuenta para las operaciones; cuál era el monto que debía pagarse por daño emergente y lucro cesante; cuál era el periodo por el cual se causó el daño; y cuáles son los reservas probatorias que les llevaron a concluir en esa liquidación de daños y perjuicios. Señala que, según la doctrina, para que la motivación sea lógica tiene que ser en primer lugar coherente, es decir, congruente; y partir del principio de razón suficiente. Que, en el caso, la labor de liquidar se la dejaron a un perito, sin entregar motivación suficiente a la conclusión que determinó un monto de $130 000 dólares por daños y perjuicios. Bajo estas consideraciones, reitera que exista el yerro motivacional, en vista de que la decisión de fondo no toman en cuenta en específico la primera premisa, la causa pretendida de la obligación y lo que fue declarado en el primer proceso.

30.3. En relación al caso cuatro del artículo 268 del COGEP, señala que, como medio de prueba infringido, el informe pericial elaborado por la Dra. Johana Aron Villacrés, bajo la denuncia de 164 incisos 2 y 3 del COGEP que se refieren a la valoración de la prueba conforme a la sana crítica y la valoración de la prueba en su conjunto en concordancia al artículo 227 ibídem, que determina que el contenido del informe pericial debe estar solo constreñido a lo que es materia de litigio. Añade que la consecuencia del primer yerro es la equivocada aplicación del artículo 1453 y la falta de aplicación de los artículos 1572 y 2214 del Código Civil.

30.4. En relación a la primera valoración normativa, precisa que el proceso mental de los juzgadores de instancia con relación al peritaje es contrario a la lógica y la experiencia, pues al revisar el informe hubieran tenido en cuenta los documentos de soporte. El primero de ellos es la sentencia de daños y perjuicios, que tiene en específico 3 rubros concretos, el uno es por quirófano, el segundo es por honorarios médicos y el tercero es por anestesia. Indica que el tribunal no se percató de que el peritaje hace parte al concepto de anestesia y quirófano, de lo que no es responsable el demandado, sino solo por los honorarios médicos que cobró. Considera que la valoración de la prueba no ha sido en conjunto, pues no correlaciona de manera lógica los documentos que obran a fojas 38 y 40. El primero que se refiere específicamente al contrato de trabajo que es temporal, porque alude a una empresa que 10 años antes mantenía una relación laboral. Y de fojas 40, el despido, correlacionando estos dos elementos, dice, el proceso de comisión mental en base a la lógica y a la experiencia del que hubiera derivado el tribunal de apelación, era que el hecho que se está tratando de resarcir no es el que se estaba valorando en el peritaje. Consistente en la pérdida de un empleo sobre lo cual en el peritaje no dice absolutamente nada.

30.5. Con referencia al artículo 227 del COGEP, precisa que el informe pericial califica hechos que no fueron materia de controversia, esto es, las remuneraciones de la actora de este proceso por un periodo de 8 años, que no fue lo que se obligó a reparar, por lo que considera que la pericia ha sido valorada de forma indebida por los jueces de instancia. Sin tomar en cuenta estas normas jurídicas y como consecuencia denuncia la equivocada aplicación de los artículos 1453, 1572 y 2214 del Código Civil que se refieren a que la responsabilidad civil, el deber de resarcir el daño ocasionado en concordancia

con el artículo 76.6 de la Constitución de la Republica ateniente al principio de proporcionalidad del daño.

30.6. Para concluir, especifica que la forma correcta de reparar el daño en el caso, (para restablecer la condición de la actora, antes de que suceda el hecho dañoso, por daño emergente) es el pago de lo que recibió el demandado por la cirugía y por concepto de lucro cesante. Haciendo un símil, refiere que, a la única figura que se establece dentro de la legislación ecuatoriana de forma similar para la cuantificación es el despido intempestivo; que consta en el Código de Trabajo, y en ese sentido efectúa la cuantificación de los daños en $18.484,83. Añade que, se debe tomar en cuenta el tiempo por el cual se va a realizar la reparación, argumentando que no se puede responsabilizar al demandando por todo el tiempo que la administración de justicia se demoró en resolver el primer proceso. El proceso que originó los daños y perjuicios; que por aquello en el derogado Código de Procedimiento Civil y actualmente en el COGEP, se establece la institución de la citación con dos efectos específicos: uno la prescripción, y dos la constitución en mora. Debiendo considerarse para el cálculo, según indica, la citación con la actual demanda. Siendo que, la teoría de daño solo establece el resarcimiento de daños reales, y actuales no de daños futuros o de daños posibles.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

31. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico objeto de resolución:

31.1. ¿En la sentencia impugnada, existe falta de aplicación del artículo 1583.2 del Código Civil?

31.2. ¿Existe deficiente motivación en el voto de mayoría emitido por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 1 de octubre de 2019?

31.3. ¿Existe arbitrariedad en la valoración probatoria del tribunal *ad quem* y en consecuencia vulneración de las normas de derecho sustantivo que regulan la responsabilidad civil extracontractual?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

32. 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).

33. 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].

34. 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.

35. 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*

[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.

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.

36. Por cuanto, tanto la parte actora como la demandada han planteado recursos de casación que han sido admitidos a trámite. Corresponde su análisis en el orden en que han sido presentados y fundamentados oralmente, tanto más que cada recurrente ha planteado cuestiones y cargos distintos, por lo que deben ser examinados por separado.

7.1. Análisis del recurso propuesto por la actora Katia Maldonado Terán.

37. La actora propone recurso de casación por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, mismo que 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.

38. 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.

39. 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]

40. 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.

41. Con respecto a la la impugnación esgrimida por la actora, en cuanto a la inimpugnabilidad de las decisiones adoptadas en los procesos de liquidación de daños y perjuicios, se hace necesario precisar que la controversia que ocupa a la administración de justicia en el caso, se trata de la cuantificación y liquidación de daños y perjuicios causados a la señora Katia Maldonado Terán, esto en virtud de la declaratoria de daños y perjuicios decidida en el juicio ordinario N. 17324-2012-0681, mediante sentencia de 29 de diciembre de 2015, que declaró al señor Aldo Muirragui Maggi como responsable por daños y perjuicios extracontractuales y dispuso que: *"pague los daños y perjuicios ocasionados a la señora KATIA MALDONADO TERÁN que se deberán liquidar en vía verbal sumario conforme el considerando SEPTIMO de este fallo"*. Considerando séptimo que es su parte pertinente precisa que: *"el daño emergente y lucro cesante se DEBERÁ LIQUIDAR EN JUICIO VERBAL SUMARIO TENIENDO EN CONSIDERACION UNICAMENTE la documentación de fs. 20; 38 A 44".*

42. Es decir que, contrario a lo alegado por la defensa técnica de la señora Katia Maldonado Terán, no se está frente a una mera liquidación de daños y perjuicios, puesto que en el juicio ordinario primigenio no se estableció el monto de la indemnización, sino que únicamente se declaró el derecho de la actora a ser indemnizada por daños y perjuicios, indicando los instrumentos a tenerse en cuanta para el cálculo. Siendo entonces, en el actual juicio sumario en el que se debían establecer los parámetros y monto de la reparación, en función del hecho generador del daño. Lo que en definitiva torna a este proceso en uno de conocimiento, justificándose su impugnación en apelación y casación.

[8] Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4090. (Quito, 20 de marzo de 2012)

43. La doctrina define al proceso de conocimiento como aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes[9]. De manera que el caso, sin perjuicio del derecho de la actora a recibir indemnización por daños y perjuicios, requiere actividad cognoscitiva de la administración de justicia, para que en función de las directrices determinados en el juicio originario primigenio se fije el monto y por tal los alcances de la indemnización, eliminando la incertidumbre jurídica del monto que ha de recibir.

44. Tanto más que, a la fecha de calificación de la actual demanda, 16 de octubre de 2018, la norma procesal del artículo 845 del Código de Procedimiento Civil, que impedía la impugnación vertical del fallo dictado en procesos verbal sumarios de liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada; ya no se encontraba en vigencia, al haber sido derogada por el Código Orgánico de Procesos en el año 2016, tanto más que de conformidad el artículo 7 numeral 20 del Código Civil, la ley no tiene efecto retroactivo y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. En ese sentido, la impugnación de la causa en examen vía casación, resulta procedente, tal como se ha determinado en la fase de admisión del recurso.

45. Ahora bien, con respecto al cargo casacional planteado por la actora Katia Maldonado Terán, en torno al caso cinco del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 1583.2 del Código Civil, en cuanto a que la decisión del Tribunal de apelación, habría removido ilegalmente la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a los años 2016, 2017 y 2018, determinando que la obligación se extinguió a la fecha de la emisión de la sentencia que declaró con lugar la demanda de daños y perjuicios, esto es, en el 2015, cuando de acuerdo a lo determinado en la citada norma, las obligaciones se extinguen total o parcialmente con la solución o pago efectivo.

46. En lo relacionado a la temporalidad de la indemnización reclamada, el tribunal provincial, en el acápite 7.4.1 del fallo impugnado, establece:

> "(…) Si bien el informe pericial considera el 1 de junio del 2010 como fecha a partir de la cual se origina el derecho de reparación de los daños y perjuicios ocasionados contra la actora KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN, No toma en cuenta como fecha tope el 29 de diciembre del 2015, en la cual se expidió la sentencia de condena, al reconocer la existencia de responsabilidad civil respecto del daño causado por el demandado, de manera tal que los rubros que corresponden a los años 2016, 2017 y 2018 no podían ni debían ser tomados en cuenta dentro de la cuantificación del daño reclamado por cuanto estos se refieren a hechos posteriores y por tanto ajenos a la resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, me refiero nuevamente a la dictada por el Dr. Carlos Francisco Fuentes López, Juez Encargado, de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 29 de diciembre del 2015, dentro del juicio ordinario (Daños y perjuicios) No.17324.2012-0681…[Sic]

47. De manera que la sala de apelación, a partir de la prueba pericial practicada, en base de su sana crítica, razona acerca del alcance del perjuicio por el cual se ha condenado al demandado habiendo operado cosa juzgada formal en el juicio Nº.17324.2012-0681, a partir de la ejecutoria de la sentencia de 29 de diciembre de 2015. Por lo que evidentemente, no cabe la aplicación del artículo 1583.2 del Código Civil, pues si bien ya se encontraba determinada la responsabilidad civil del señor Aldo Muirragui Maggi, para que sea exigible la obligación de pago, necesariamente se ha de cuantificar en el actual juicio el monto de obligación. En razón de lo explicado, resulta un contrasentido que se pretenda la aplicación de la norma sustantiva de extinción de las obligaciones por solución o pago efectivo, cuando el proceso que nos ocupa se instauró precisamente para establecer recién el monto de una obligación de pago.

48. El hecho de que en la pericia practicada por la actora, se haya liquidado los perjuicios hasta el año 2018, no significa que el tribunal esté obligado a ordenar el pago así. Pues el objeto de la prueba pericial es que expertos acreditados, verifiquen los hechos controvertidos, cuyo dictamen

[9] Enrique Palacio Lino, Manual de Derecho Procesal Civil, 17 edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, pág. 337

ha de sopesarse por parte del juzgador en lo que sea objeto del proceso, de manera que contribuya al esclarecimiento de los hechos. Su necesidad se justifica cuando la decisión requiere conocimientos especializados o técnicos, pero aquello no obsta de que el juzgador al justipreciar la prueba practicada, prescinda del dictamen en lo que considere impertinente para su decisión.

49. El tribunal ad quem no ha actuado de oficio al eliminar la liquidación de los daños 2016, 2017 y 2018, la decisión ha sido adoptada en el marco de la controversia, conforme a los lineamientos generales para la liquidación determinados en el juicio ordinario que origina el actual sumario; y, en función de los argumentos del apelante demandado. En tal razón, el cargo planteado resulta infundado y por tal se rechaza el recurso de casación de la parte actora.

7.2. Análisis del recurso propuesto por el demandado Aldo Muirragui Maggi.

50. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el primer cargo traído a casación por el recurrente, 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."*

51. 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.

52. 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, 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.

53. Por último, es motivo anulación del fallo por esta causa, la deficiente motivación de la resolución, al ser requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

54. 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.

55. 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[10].

56. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación debe observar: "…requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el por qué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…"[11].

57. 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 .[12]

58. En vista de la denuncia formulada en torno al caso dos del artículo 268 del COGEP, por presunta

[10] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución del Juicio No. 07333-2018-01632 de 17 de enero de 2022.
[11] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E
[12] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

falta de motivación del voto de mayoría impugnado, bajo la alegación de que sus premisas fácticas carecerían de logicidad, corresponde a este Tribunal efectuar el análisis pormenorizado de los motivos en que se funda la decisión de mayoría de segunda instancia por mérito de la causal de casación invocada, sin perjuicio de los vicios motivacionales citados por el casacionista.

59. El voto de mayoría impugnado, de fojas 28-30 del cuaderno de segunda instancia, inicia identificando el tribunal y las partes procesales, pasando a continuación a fijar su competencia, la validez del proceso y el fundamento del recurso de apelación planteado por la parte demandada. Acto seguido, en el considerando *séptimo*, luego de especificar el antecedente de la condena al señor Aldo Muirragui a indemnizar por daños y perjuicios a la señora Katia Maldonado, al determinar el motivo de la controversia tramitada en la vía sumaria, precisa que su objeto es la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, motivando su decisión a partir del aparatado 7.1, señalando:

> (…) La causa tiene como antecedente principal la sentencia dictada dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No.17324-2012-0681, en la cual el Juez que la conoció, (…) dicta sentencia el 29 de diciembre del 2015, a las 16h23, la cual atento el análisis correspondiente en la parte resolutiva, indica: "…SEPTIMO:- (…) de las pruebas pedidas, practicadas y ordenadas dentro de la estación probatoria se colige que ha existido un perjuicio a favor de la actora como consecuencia de haberse demostrado la responsabilidad extracontractual del demandado. Por lo que el daño emergente y lucro cesante se DEBERÁ LIQUIDAR EN JUICIO VERBAL SUMARIO TENIENDO EN CONSIDERACION UNICAMENTE la documentación de fs. 20; 38 A 44, (…) Por las consideraciones y normas expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta parcialmente la demanda y se dispone que el señor ALDO MUIRRAGUI MAGGI es responsable extracontractual y pague los daños y perjuicios ocasionados a la señora KATIA MALDONADO TERÁN que se deberán liquidar en vía verbal sumario conforme el considerando SÉPTIMO de este fallo (…) 7.2.- El hecho generador del daño ha sido advertido por el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en sentencia dictada el martes 29 de diciembre del 2015, a las 16h23, la cual atento su contenido entrega parámetros que tienen valores fijos en unos casos y otros que requerían ser establecidos en forma clara por un perito, ésta resolución es el antecedente principal de este proceso sumario; 7.3.- El proceso actual atento su origen, esto es una sentencia ejecutoriada solo tiene un objeto que KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN, a través de la prueba que presente en el proceso materia cuantifique los daños y perjuicios ocasionados por el demandado DR. ALDO GONZALO MUIRRAGUI MAGGI, y que han sido reconocidos judicialmente, para que éste los repare y con ello se restablezca el orden jurídico perturbado a manera de compensación; 7.4.- Tomando en cuenta que el fundamento principal del recurso de apelación, es la valoración de la prueba, este Tribunal realiza el siguiente análisis: La parte actora como prueba principal, presenta el informe suscrito por la DRA. GIOVANNA ISABEL RON VILLACRÉS, perito contable con acreditación del Consejo de la Judicatura, quien para efectuar el mismo ha tomado en consideración el contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido y carta de despido, efectúa una liquidación de valores conforme los parámetros que entrega la sentencia dictada el 29 de diciembre del 2015; analizado el cual, atento el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda, se determina los siguientes pormenores respecto de este documento y su contenido: 7.4.1.- Si bien el informe pericial considera el 1 de junio del 2010 como fecha a partir de la cual se origina el derecho de reparación de los daños y perjuicios ocasionados contra la actora KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN, No toma en cuenta como fecha tope el 29 de diciembre del 2015, en la cual se expidió la sentencia de condena, al reconocer la existencia de responsabilidad civil respecto del daño causado por el demandado, de manera tal que los rubros que corresponden a los años 2016, 2017 y 2018 no podían ni debían ser tomados en cuenta dentro de la cuantificación del daño reclamado por cuanto estos se refieren a hechos posteriores y por tanto ajenos a la resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada (…) 8.- MOTIVACIÓN Y DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO 8.1.- El Art.99 del COGEP, se refiere a los casos en los cuales las sentencias y autos interlocutorios pasan en autoridad de cosa juzgada; (…) El Art. 1453 del Código Civil, al referirse a las fuentes de las obligaciones, indica: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y

en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."; 8.3.- Ubicada la normativa en la cual se sustenta el pago de los daños y perjuicios, verificamos que nos encontramos conociendo un proceso sumario, que tiene como único objetivo cuantificar y liquidar los daños que ha ocasionado el DR. ALDO GONZALO MUIRRAGUI MAGGI, a la actora KATIA CRUSCAYA MALDONADO TERÁN; recordemos que el principio elemental en que se basa este tipo de acción doctrinariamente considerado es que la víctima de un daño o perjuicios se convierte en acreedor, en tanto que el deudor, es el responsable del daño originado con su conducta; tomando en consideración que cuando se produce un perjuicio, nace una obligación jurídica de indemnizar al afectado…". [Sic]

60. Estas son las razones en que funda su decisión el tribunal de apelación , resaltando dos premisas:

1) Que el antecedente del actual juicio sumario, es la sentencia dictada dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No. 17324-2012-0681, en la cual se determinó la responsabilidad extracontractual del demandado. Y que en tal razón se ordenó cuantificar y liquidar en juicio verbal sumario los daños y perjuicios, en base de la documentación de fs. 20; 38 a 44 del juicio primigenio ordinario.

2) En el contexto arriba delimitado, precisa el tribunal de apelación, que el hecho generador del daño fue advertido previamente por el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en sentencia dictada el martes 29 de diciembre del 2015, a las 16h23, la cual entrega parámetros que tienen valores fijos en unos casos y otros que requerían ser establecidos en forma clara por un perito, siendo aquella resolución el antecedente principal de este proceso sumario.

61. Pese a estas puntualizaciones, el tribunal ad quem al desarrollar su análisis refiere que la controversia del juicio sumario se subsume a que la actora, a través de la prueba que presente en el actual proceso cuantifique los daños y perjuicios ocasionados por el demandado. Y por tal, se concentra en el análisis y fiscalización de la prueba pericial practicada por la demandante. Sin embargo, nada dice acerca del alcance del hecho generador del daño, en mérito del perjuicio causado a la víctima, aun cuando en un inicio precisaron que el fundamento del juicio sumario es la declaración de responsabilidad civil en el juicio ordinario. Lógicamente la decisión debía ir en función de los perjuicios ciertos determinados en el juicio ordinario No.17324-2012-0681, en los términos que constan en el propio fallo. Entonces, necesariamente a fin restablecer el orden jurídico perturbado y compensar a la víctima, la cuantificación era a partir del perjuicio causado por el daño a la actora y por tanto la determinación del monto debía ser adoptada de acuerdo a los lineamientos establecidos en el juicio ordinario que antecede al actual juicio sumario.

62. La Corte Constitucional ha sido claro al señalar que la suficiencia de la fundamentación normativa y fáctica depende del estándar de suficiencia que sea razonable aplicar a cada tipo de causa[13]. En el caso, la argumentación para ser suficiente debía atender a la consecuencia del daño, tal como lo establece el tribunal de apelación en sus premisas iniciales, no obstante la resolución del ad quem, se desvía del objeto de análisis, descargando su decisión en el informe pericial, siendo las razones que entrega la decisión, insuficientes.

63. En tal razón, este tribunal de casación encuentra mérito para CASAR la sentencia impugnada dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia Pichincha, de 1 de octubre de 2019; debiendo al tenor del artículo 273 del COGEP, pasar a dictar la decisión de mérito con la motivación que corresponde a los recaudos procesales.

64. Con respecto a los cargos por el caso cuarto denunciados en el recurso de casación del demandado, por efecto del yerro por déficit motivacional, no procede su análisis, toda vez que al casar la sentencia recurrida por la causal segunda de falta de motivación, aquella ha quedado insubsistente.

7.3. Consideraciones de mérito

65. Siendo que la responsabilidad civil en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de culpa como elemento indispensable para su configuración, al tenor del artículo 2214 del Código Civil. Una vez que se ha determinado sin lugar a discusión que el doctor Aldo Muirragui

[13] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP.

es el responsable del perjuicio causado, es necesario que este tribunal mediante la cuantificación del daño, equilibre la situación de la víctima, a través de una reparación equivalente al alcance del daño producido, requiriéndose para el efecto, según la doctrina, que el juzgador tenga elementos de juicio suficientes y analizar todas las circunstancias que puedan incidir en el valor de la compensación, tales como el estado en que se encontraba el bien, su funcionalidad y productividad[14].

66. En el caso, según se ha determinado en la sentencia del 29 de diciembre del 2015 en el juicio ordinario N. 17324-2012-0681, el perjuicio causado a la víctima es el despido de su empleo por la disminución de su rendimiento laboral, que según consta en el folio 40, corrió a partir del 1 de junio del 2010. Lesión que se produjo como consecuencia del daño causado por el demandado, por su falta de diligencia al realizar una cirugía a la señora Katia Maldonado Terán.

67. En lo que respecta a los recibos de nómina, de folios 41, 42,43 y 44, aquellos deben tomarse como valor referencial de lo que la actora percibía mensualmente por su trabajo —1123,24 euros— al momento en que se produjo la consecuencia dañosa, el 1 junio del 2010, fecha a partir de la cual perdió su empleo.

68. En ese sentido, el interés que se tutela que en el caso es de carácter extracontractual patrimonial por daños y perjuicios, en vista de que la actora perdió su trabajo por causa del demandado, por lo que la cuantificación ha de obedecer a la perdida efectiva de la actora, según los ingresos que percibía mensualmente a la fecha en que se dio por terminado su contrato de trabajo, y que según los recibos de nómina ascendía a 1123,24 euros, recibos que según ordenó la sentencia del juicio ordinario primigenio, deben ser tomados para el efecto de la liquidación de los daños.

69. En el peritaje contable presentado por la parte actora, el perito efectúa la cuantificación en virtud del valor total de los recibos de nómina, sin tomar en cuenta que restadas las deducciones de ley, la señora Katia Maldonado recibía una valor neto aproximado de 1123.24 euros, en tal razón, para este Tribunal, el peritaje no se corresponde con los lineamientos ordenados a tomarse en cuenta técnicamente para la determinación de la liquidación.

70. En tal razón, la cuantificación correspondiente al caso, es la sumatoria de las remuneraciones aproximadas dejadas de percibir por la demandante, a partir del mes de junio del 2010, fecha en la que fue despedida de su empleo, cuyo cálculo se extiende hasta la citación con la demanda del juicio ordinario N. 17324-2012-0681, que según consta en el sistema de consulta de causas, se citó al demandado Aldo Muirragui, mediante boletas, entregándose la última boleta el 14 de marzo del 2013, esto por cuanto según el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la época en que resolvió el proceso ordinario de condena, uno de los efectos de la citación era constituir en mora al deudor, efecto que se reitera en el artículo 64 del COGEP. Dicho límite en indemnización se establece por cuanto la responsabilidad indemnizatoria del demandado, no puede extenderse hasta la época de la resolución en el juicio ordinario, sino que únicamente se sujeta a la voluntad de exigencia de la actora, quien desde el 2010 hasta el 2012, año en que demandó por responsabilidad civil al señor Muirragui, soportó sin duda los efectos dañosos del perjuicio causado, pero a partir de la citación con la demanda, conminó al accionado a responder por su actuación culposa.

71. En ese sentido, este tribunal considera que el monto de la indemnización por daños y perjuicios es la multiplicación de los 33 meses de remuneración que la actora dejó de percibir desde junio del 2010 hasta el mes de marzo del 2013, en que se citó legalmente al actor con la demanda ordinaria. Cálculo que se efectúa tomando en cuenta que la remuneración de la actora era de 1123.24 euros por lo que el cambio al dólar, moneda en que debe pagarse la indemnización, se efectúa tomando el valor promedio en que osciló el cambio del euro al dólar, entre junio del 2010 y marzo del 2013, que según aparece en el histórico de la página WED del Banco Central Europeo, en aquel momento el valor promedio de cambio de un euro frente al dólar fue de **1.3309**[15]. Operación que arroja un valor total de cuarenta nueve mil trescientos treinta y dos dólares de los estados Unidos de Norteamérica, con treinta y seis centavos ($49332,36)

72. Monto al que debe sumarse los honorarios que recibió el demandado por la cirugía, que ascienden a mil trescientos sesenta dólares ($1360), según

[14] Martínez Gilberto, Martínez Catalina, Responsabilidad Civil Extracontractual, Temis, Bogotá, 2003, Pág., 290.

[15] Obtenido en: https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-usd.es.html

consta en el presupuesto de la cirugía, de fojas 20, el cual también constituye otro referente para la determinación de la indemnización según lo ordenado en la sentencia del juicio primigenio de daños y perjuicios.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** por unanimidad, resuelve:

1. Rechazar el recurso de casación, planteado por la Señora Katia Maldonado Terán y aceptar parcialmente el recurso de casación del señor Aldo Muirragui Maggi, por el caso dos del artículo 268 del COGEP.
2. Casar el voto de mayoría dictado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 1 de octubre de 2019, las 10h00, por deficiente motivación.
3. Reformar la sentencia de primera instancia, estableciendo que el monto de la indemnización de daños y perjuicios, según el ejercicio de cálculo previamente esgrimido, asciende a la suma de **CINCUENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($ 50.692,36).-** Notifíquese y devuélvase.

f) DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (PONENTE)** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

Al girar la controversia en torno a la cuantificación y liquidación de daños y perjuicios extracontractuales, el Tribunal de Casación, considerando que se trata de un juicio de conocimiento, decide aceptar parcialmente el recurso de casación de la parte demandada por insuficiente motivación. Y, en tal razón, dictar el fallo con la motivación que corresponde, cuantificando el monto de la reparación, partir del perjuicio cierto y real causado a la víctima, determinado en el juicio ordinario primigenio.

III

Juicio Nro. *09332-2019-05494*
Fecha: *lunes 18 de marzo del 2024 a las 11h16*

TEMA: Valoración de la prueba. Prescripción extraordinaria de dominio. Omisión indirecta.

SÍNTESIS

Ante la presencia de pruebas solemnes, su valoración está sujeta al cumplimiento de las formas que la ley establece para su existencia jurídica. La regla de valoración de prueba, es un sistema que guía la valoración discrecional del juzgador, utilizando la sana crítica; toda vez que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapa 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 *Ad quem*, ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y la observación racional. Esta operación mental de valorar la prueba legalmente pedida, actuada e incorporada al proceso es potestad privilegiada de la instancia, por ello, el requerir de esta Sala de casación la revisión del recaudo probatorio es inadmisible.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09332-2019-05494

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito lunes 18 de marzo del 2024 a las 11h16.

VISTOS: En virtud del recurso de casación planteado por René Gabriel Arreaga Briones, demandado, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*; el suscrito Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el 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. Irene Margot Campoverde Calderón, en juicio ordinario, demanda a René Gabriel Arreaga Briones, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble; en el siguiente contexto:

> *"(…) Aproximadamente en los meses de mayo y junio del 2003, inicie una negociación sobre un solar con el señor YCAZA ROLANDO RODRIGO TOMAS con número de identificación 0908596232, representante legal de la URBANIZADORA EL SALADO S.A., URDESA y el señor ARREAGA BRIONES RENE GABRIEL hoy demandado dentro de este proceso. De esta manera lo ha certificado uno de los negociadores de dicho solar y en su momento era propietario del macro lote en donde hoy se encuentra ubicado el solar que es de mi propiedad, pues sobre dicho inmueble he venido ejecutando actos de dominio. (constancia de pago anexo 5).*
>
> *V.2. En las conversaciones mantenidas se indicó claramente el solar sobre el cual iba a recaer la compraventa y el precio del bien inmueble, razón por la cual accedí a cerrar el trato, y como muestra de seriedad de mi propuesta económica comencé a efectuar los primeros abonos desde el mes de noviembre del año 2003 hasta el año 2005 (transferencias bancarias – anexo 6)*

V.3. A la época en que inicié la negociación con dichas personas – entre los meses de mayo y junio del año 2003 ya tenía conocimiento del solar que iba a adquirir, pues nadie – en su sano juicio puede cerrar un trato de esta naturaleza sin saber previamente lo que está comprando. Por lo tanto al saber claramente el solar que estaba adquiriendo solar 24 de la manzana 204 ubicado en el sector "C" de Lomas de Urdesa, Parroquia Tarqui de la Ciudad de Guayaquil contraté a los señores ÁVILA ÁVILA JAIRO FERNANDO, Y PÉREZ QUIMI LUIS GONZALO, (cédulas de identidad de testigos -anexos 7 y 8)- cuyo oficio es Albañilería, para que efectuaran un cerramiento sobre dicho solar (historia de dominio – anexo 3), obra civil menor que empezó a realizarse por disposición mía, luego de haber cerrado el trato entre los meses de mayo y junio del año 2003.(declaración juramentada de uno de los trabajadores - anexo 9)

V.4. Desde la época he venido ejerciendo actos de dominio (junio 2003) como lo es la construcción de una obra menor (cerramiento) y solicité a uno de los albañiles - PEREZ QUIMI LUIS GONZALO - que me cuide dicho predio hasta que comience con la edificación de la casa en su totalidad. Con lo expuesto precedentemente, podrá concluir que he estado en posesión de dicho inmueble desde el mes de junio del 2003 hasta la actualidad, esto es por el tiempo de 15 años 10 meses he venido poseyendo un terreno, posesión que he venido manteniendo de forma pacífica e ininterrumpida con ánimo de señor y dueño del solar y edificación 24 de la manzana 204 se encuentra ubicado en el sector "C" de Lomas de Urdesa, parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil identificado con el Código catastral 88-0204-024-0-0-0, cuyos linderos y dimensiones son las siguientes: (…)

Por el Norte: Calle y solar 23 y 25 con 55.12 mts.; por el Sur: Limite de regularización con 44.740 mts. Por el Este: Solar 23 con 12.93 mts.; Por el Oeste: Lmt de regularización con 21.18 mts. Con una superficie total de 870.46 mts2.

V.5. Sobre dicho terreno y predio he realizado una edificación y, adicionalmente, por gestión propia, he construido una edificación compuesta por planta baja y dos pisos altos, lo he dotado de servicio de telefonía fija, agua potable, y energía eléctrica con la finalidad de ponerlo en condiciones básicas de habitación, lo cual denota no sólo el tiempo que he permanecido en el predio antes individualizado, sino también el ejercicio de actos que sólo pueden ser realizados por quien posee con ánimo de señor y dueño, tal como lo he hecho en la actualidad. (certificaciones de CNT, CNEL e INTERAGUA – anexos 11, 12 y 13)

V.6. La situación fáctica expuesta se ajusta a lo previsto en el Art. 2410 del Código Civil, pues los elementos o presupuestos establecidos en la norma se han configurado íntegramente, lo cual le permitirá a usted declarar con lugar la demanda de PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO.

"(…) VI. Pretensión.

Amparado en los fundamentos expuestos solicito que en sentencia declare lo siguiente:

VI. La PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO a mi favor, reconociendo mi dominio sobre el predio ubicado en el sector "C" de Lomas de Urdesa, manzana 204, solar 24, parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil, identificado con código catastral 88-0204-024-0-0-0, cuyos linderos y dimensiones son las siguientes:

LINDEROS Y MENSURAS REGISTRALES

Norte: Calle y solar 23 y 25 con 55.12 mts.

Sur: Límite de regularización con 44.740 mts.

Este: Solar 23 con 12.93 mts

Oeste: Lmt. De regul., con 21.18 mts.

Superficie total: 870.46 mts2

VI.2. Se ordene que el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil inscriba la respectiva sentencia como título de dominio a mi favor, esto es, de CAMPOVERDE CALDERÓN IRENE MARGOT, con número único de identificación 0905755575 (…)" (Sic)

2. De autos se verifica que René Gabriel Arreaga Briones, demandado, comparece al proceso, contesta la demanda negando su fundamento, y deduciendo excepciones, en el siguiente sentido:

"(…) Numeral 4. Error en la forma de proponer al demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones. (…)" (Sic)

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la abogada María Paulina Jijón Hidalgo, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Guayaquil de Guayas, emite su sentencia declarando con lugar la demanda de

prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la misma que es reducida a escrito el martes 19 de noviembre de 2019, a las 15h11, en el siguiente contexto:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara con lugar la demanda presentada por la señora CAMPOVERDE CALDERON IRENE MARGOT, por consiguiente haber operado a su favor la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio sobre el bien inmueble en el sector "c" de Lomas de Urdesa manzana 204, solar 24 parroquia Tarqui de la ciudad de Guayaquil con código catastral nro. 88-0204-024-0-0-0 de linderos y dimensiones al norte: calle y solar 23 y 25 con 55.12 mts; al sur: límite de regularización con 44.740 mts.; Al este: solar 23 con 12.93 mts.; Al oeste. lmt. de regul. Con 21.18 mts con una superficie total de 870.46 mts2. Por ende, extinguidos todos los derechos reales que sobre estos ostentaba el demandado ARREAGA BRIONES RENÉ GABRIEL ORTIZ. Una vez ejecutoriado éste fallo, previo el cumplimiento de las formalidades de ley, remítase al Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, para que proceda con la inscripción de ésta sentencia que hará las veces de título constitutivo de dominio. Previo a remitir la presente sentencia ejecutoriada para su inscripción la accionante, cumpla con el pago del impuesto a Alcabalas de conformidad con los artículos 527 literal b) y 537 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización" (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por René Gabriel Arreaga Briones, demandado, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en sentencia (de mayoría) de lunes 26 de abril de 2021, las 16h44, rechaza el remedio procesal y confirma la sentencia del *A quo*, en el siguiente sentido:

"(…) administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del ecuador y por autoridad de la constitución y las leyes de la república", RESUELVE: RECHAZA el recurso de apelación y CONFIRMA la sentencia venido en grado que declara con lugar la demanda. Notifíquese.- (…)" (sic)

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, René Gabriel Arreaga Briones, demandado, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional, mediante auto de martes 15 de febrero de 2022, las 12h07, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(…) RESOLUCIÓN. Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por RENE GABRIEL ARREAGA BRIONES, cumple con los requisitos de los Arts. 266 y 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por el caso cuatro del Art. 268 del COGEP; por lo tanto, de conformidad con lo ordenado en el Art. 270 del COGEP (…)". (Sic.)

7. El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo, Himmler Roberto Guzmán Castañeda, y David Isaías Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 1 de abril de 2022, las 11h20, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

10. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de

referido profesional, como Juez Nacional (E)[1], al tenor del artículo 1 inciso segundo de la Resolución No. 02-2021, emitida por esta Alta Corte, en relación con el artículo 1 de la Resolución No. 03-2021, ibídem.

11. Así, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Roberto Guzmán Castañeda y Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales; 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 los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de aquel cuerpo normativo.

14. El presente caso se ha tramitado conforme las reglas generales de la impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

15. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 4 del artículo 268 del COGEP**, respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

"(…) 2.- De la mano de lo anterior, debo precisar que la causal en que se funda el presente recurso es la preceptuada en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP., esto es la falta de aplicación de uno de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, cual es el contenido en el artículo 164 ibídem, concretamente su segundo inciso: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica" lo cual llevó a que los jueces de instancia apliquen equivocadamente el artículo 2410 del Código Civil.

3.- Las reglas de la sana crítica constituyen un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba conforme lo ha señalado la doctrina jurisprudencial de esta excelentísima corte:

"Reglas sobre la valoración de la prueba previstas en el COGEP

El COGEP establece algunas reglas generales sobre la actividad de valoración de la prueba, y otras relativas a determinados medios de prueba, así:

(…)

2. La prueba deberá ser apreciada: a) en conjunto; b) de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Art. 164, inc. 2°)"

"(…) Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez (…)"

Bajo este planteamiento, considero que el yerro aducido se refleja en la sentencia impugnada concretamente en los puntos que procedo a citar:

"PRUEBAS DOCUMENTALES: (…) En cuanto al movimiento migratorio, el Tribunal considera que no enerva la acción, ya que la accionante ha expresado en su demanda que sus albañiles estuvieron cuidando el terreno, debiendo anotar que su posesión estuvo en un tiempo mediante la custodia encomendada al guardián que realizaba labores de desbroce, luego la construcción del cerramiento y finalmente la construcción de la edificación. (…)

(…) A los razonamientos y análisis realizados, hay que puntualizar lo que determina el artículo 969 del Código Civil, que prescribe

[1] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

lo siguiente: "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquello a qué solo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin consentimiento del que disputa". Es decir, que en definitiva, ésta Sala observa que los elementos probatorios aportados por la parte actora han sido conducentes y pertinentes para probar y demostrar los asertos, prueba que ha sido valorada en conjunto, de conformidad con el Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos, lo que ha permitido alcanzar la certeza (convicción) de que se han cumplido los presupuestos para que opere la prescripción, conforme lo norma nuestro ordenamiento jurídico vigente, cumpliéndose la hipótesis jurídica mencionada en el Art. 2410 del Código de Procedimiento Civil. (…)"

Como puede observarse, los jueces de instancia consideran para valorar la prueba denominada "certificado de movimiento migratorio" un standard valorativo carente de lógica, no haciendo uso de lo que ella implica, eso es argumentando conforme a una estructura intelectiva que vaya contrastando hechos con los elementos probatorios constantes en el proceso, para de esa manera arribar a una conclusión coherente.

En este caso, el contenido intrínseco de la referida prueba contrastada con los hechos argüidos por la contraparte en torno a la fecha de su estadía en el país, volvía inviable una conclusión como a la que llegaron los referidos jueces, lo que paralelamente hacía que respecto de la contraparte no se reúnan en su totalidad los elementos configurativos contemplados en el artículo 2410 del Código Civil atinente a la adquisición de las cosas por prescripción adquisitiva de dominio, por consiguiente dicha norma sustantiva fue erróneamente aplicada como consecuencia de un carente ejercicio intelectivo en torno al precepto jurídico de la valoración de la prueba denominado "reglas de la sana crítica" con incidencia directa en la prueba constante a fojas 199 a 200 de los autos.

Lo anterior se refuerza de una lectura del considerando 3.3 del voto salvado de la sentencia recurrida, anteriormente citada, en la cual el juez Iván Alfredo Espinoza Pino aplica correctamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en este caso respecto de la prueba ya referida en el párrafo anterior. (…)" (Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO

16. Delimitado el cargo planteado y admitido 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:

¿El *Ad quem*, incurre en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 164 inciso segundo del COGEP, en la valoración de la prueba, en la presente causa?

¿El error de omisión acusado, generó la violación indirecta de la norma sustantiva contenida en el artículo 2410 del Código Civil, referente a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio?

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…"* [2].

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,*

[2] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado,* V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...".

20. Este derecho, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional.

21. Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión[3]; 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[4].

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..."[5].

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

---

[3] **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** *"(…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."*; **Art. 184:** *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (…)".*

[4] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190:** *"Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;*

[5] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..." [6].

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"* [7].

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"* [8].

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*

[6] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[7] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador,* Andrade y Asociados, Quito, 2005, pág. 41.
[8] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas..." [9].

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 4 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 4 previsto en el artículo 268 del COGEP.

39. 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".*

40. 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*[10]*"*.

41. 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*

[9] Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.
[10] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120

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" [11].

42. 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"* [12].

43. 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 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" [13].

44. 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, se ha incurrido en falta de aplicación del artículo 164 inciso segundo del COGEP, lo cual llevo a que se aplique equivocadamente el artículo 2410 del Código Civil.

45. 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.

46. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, corresponde *prima facie*, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

47. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿El *Ad quem*, incurre en error de omisión (falta de aplicación) del artículo 164 inciso segundo del COGEP, en la valoración de la prueba, en la presente causa?
¿El error de omisión acusado, generó la violación indirecta de la norma sustantiva contenida en el artículo 2410 del Código Civil, referente a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio?

48. Para dar respuesta a este problema jurídico, es menester el estudio del argumento planteado, así como de la garantía normativa del COGEP, cuya falta de aplicación se acusa, la misma que textualmente, señala lo siguiente:

"Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse

[11] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[12] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[13] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión".

49. Ahora bien, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Título 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"* [14].

50. El desarrollo conceptual de las reglas singularizadas ut supra, y su irradiación procesal, 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, pertinencia, idoneidad o conducencia, y utilidad de la prueba, que en esencia, establecen:

"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[15], 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[16]. 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*

[14] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil,* Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304
[15] Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.
[16] Florian, ob. Cit., Núms. 129, 142, 153-157; GUASP, ob. Cit., págs. 343 y 346; ROCHA, Derecho Probatorio, ob. Cit., págs. 84 Y 101; DE LA PLAZA, ob. Cit., t. I, pág. 474.

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" [17].

51. 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"* [18], 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.

52. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos supra, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales, ofertaron un sinnúmero de 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.

53. Ahora bien, las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de apelación:

> *"(…) consideran para valorar la prueba denominada " certificado de movimiento migratorio" un standard valorativo carente de lógica, no haciendo uso de lo que ella implica, eso es argumentando conforme a una estructura intelectiva que vaya contrastando hechos con los elementos probatorios constantes en el proceso, para de esa manera arribar a una conclusión coherente.*

[17] Devis Echandia, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.

[18] Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

En este caso, el contenido intrínseco de la referida prueba contrastada con los hechos argüidos por la contraparte en torno a la fecha de su estadía en el país, volvía inviable una conclusión como a la que llegaron los referidos jueces, lo que paralelamente hacía que respecto de la contraparte no se reúnan en su totalidad los elementos configurativos contemplados en el artículo 2410 del Código Civil atinente a la adquisición de las cosas por prescripción adquisitiva de dominio, por consiguiente dicha norma sustantiva fue erróneamente aplicada como consecuencia de un carente ejercicio intelectivo en torno al precepto jurídico de la valoración de la prueba denominado " reglas de la sana crítica" con incidencia directa en la prueba constante a fojas 199 a 200 de los autos (...)" (Sic)

54. Analizada la censura, se llega a establecer la clara intención del recurrente, de inducir al Tribunal de casación, a justipreciar nuevamente los medios de prueba constantes en el proceso, en especial los presentados por él como parte accionada, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, el *Ad quem*, incurre en error, en la valoración del certificado de movimiento migratorio de la actora, cuyo contenido intrínseco contrastado con los hechos argüidos por la contraparte en torno a la fecha de su estadía en el país, volvía inviable la conclusión como a la que llegó el Tribunal de alzada, respecto de la procedencia de la acción.

55. 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 una 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 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 (…)"* [19].

56. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia"*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"* [20]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

57. 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

[19] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.
[20] Murcia Ballen, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

enunciados, hace relación a varios medios de prueba presuntamente no valorados conforme los preceptos de los artículos 164 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.

58. Por lo expuesto, en relación a la primera interrogante del problema jurídico planteado, desde la óptica de la técnica casacional, se concluye que la parte recurrente, respecto a la falta de aplicación del artículo 164 inciso segundo del COGEP, plantea una censura que adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia.

59. Ahora bien, relacionando el cargo casacional, con el conflicto judicializado, y la **prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio**, es de relevancia puntualizar la esencia de dicha institución jurídica.

60. 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.

61. 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.

62. 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".*

63. Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

> *"La acción de prescripción extra ordinaria 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 se a susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 715 del Código Civil de fine 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, estituloconstitutivo y originario de dominio... La caus a 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".*[21]

64. 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*

[21] Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

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."* [22] (Énfasis fuera del texto)

65. 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.

66. 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 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.

67. El **segundo requisito** para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio,

[22] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, *Registro Oficial Suplemento No. 170, 19 de julio del 2011.*

tiene relación con la posesión, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).

68. 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.

69. 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.

70. 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.

71. Frente a lo explicado, es preciso considerar los elementos constitutivos de la posesión:

72. 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[23].

73. 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"* [24]. 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".*

74. 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 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"* [25].

75. 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 [26].

76. 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.

77. 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:

[23] Parraguez, Luis, 2021, *Régimen Jurídico de los Bienes*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 345.
[24] Corte Suprema de Justicia, 22 de marzo de 2006 (GJS XVIII, N°2),
[25] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de marzo de 2006 (GJS XVIII, N° 2)
[26] Parraguez, Luis, 2021, *Régimen Jurídico de los Bienes*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Cevallos Editora Jurídica, pág. 346

"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" [27].

78. 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 (…)".*

79. 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:

80. 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".

81. 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.

82. 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.

83. 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.

84. 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.

85. 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 objeto.[28] 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"* [29]. Singularizar, asimismo, entre otra de las versiones que le asigna el diccionario en mención consiste en *"Distinguir o particularizar una cosa entre otras"* [30]. 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"* [31].

86. 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

---

[27] Larrea Holguín, Juan, 2005. *"Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador",* Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador, p. 462.

[28] 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.

[29] Vigésima Primera edición, Ed. Espasa – Calpe, S.A., Madrid, p. 803.

[30] Ibídem p.1336.

[31] 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.

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.

87. 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.

88. 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.

89. 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".*

90. 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...".*

91. 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 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".*

92. Fijado el marco teórico sobre la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, dado el conflicto suscitado, es claro que él recurrente, como parte de su propuesta impugnatoria, sostiene que, en la sentencia de apelación, en lo que respecta al certificado migratorio de la actora, se omitió la obligación de apreciar la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que derivó en la infracción indirecta de normas sustantivas referentes a la institución objeto de discusión.

93. Correspondía al *Ad quem,* sobre la base de la súplica y el contradictorio, en relación con la justipreciación de los medios de prueba aportados, verificar el cumplimiento de los requisitos descritos *ut supra*, para determinar la procedencia o no de la impugnación, y, *per se*, la aceptación o no de la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

94. 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 presupuesto relacionado con la posesión del inmueble, por el tiempo exigido en la ley, para la usucapión, 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 si se encuentra cumplido; ergo, el órgano judicial de apelación, al invocar los artículos 715, 969, y 2410 del Código Civil, y subsumir los hechos fijados como ciertos a dichas normas, determinó que estaban cumplidos los requisitos detallados en las mismas, lo que coadyuvó a configurar la prescripción perseguida, lo que evidentemente derivó en el rechazo de la impugnación, y *per se*, la aceptación de la demanda.

95. Procesalmente, se avizora que el *Ad quem*, en el acápite "IV", de su sentencia, plasma la *"enunciación resumida de los antecedentes de los hechos y circunstancia objeto de la demanda y defensa de la o del demandado"*; a partir de estas premisas fácticas, en el acápite "VIII", plasma la *"relación de los hechos probados relevantes para la resolución"*, y avanza con la teoría probatoria planteada, justipreciando los medios probatorios admitidos, incorporados y practicados por los sujetos procesales, concluyendo lo siguiente:

> *"(…) De parte de la defensa técnica de la parte demandada no ha impugnado los testimonios y se trata de albañiles que han construido el cerramiento y la casa que se levanta en el terreno, quedando acreditado con la prueba testimonial la temporalidad, esto es, que la accionante ha tenido la posesión pacífica, tranquila e ininterrumpida, con ánimo de señora y dueña por más de 15 años, posesión que está prevista al amparo de lo que determina el Art. 715 del Código Civil. (…)*
>
> *De su lado, la inspección judicial como prueba para demostrar o justificar la pretensión, representa un elemento determinante e inobjetable para probar que la accionante se encuentra en posesión al momento de la diligencia. La inspección judicial fue realizada, con la cual se pudo constatar que el inmueble estaba ocupado en su totalidad con la asistencia del perito Manuel Ibarra Avilés. (…)*
>
> *PRUEBA TESTIMONIAL: Sobre la prueba testimonial practicada se revisa el CD desde el minuto 23 y corresponden a los señores Luis Gonzalo Perez, Luis Gonzalo Pérez, Jairo Avila Fernandez, Jairo Fernando Avila Avila, Robert Armijos, dichos testigo son los albañiles que construyeron su casa y que fueron mencionados en el relato de los hechos consignados en la demanda. Se receptó la declaración del perito, Ing. Manuel Ibarra Avilés y la declaración de parte.*
>
> *PRUEBAS DOCUMENTALES: Certificado de recibo de dinero conferido por el primer propietario del inmueble (año 2003), de fojas 8. Transferencias realizadas a Rodrigo Icaza y al demandado (fs. 9 a fs. 16). La escritura pública de promesa de venta no es pertinente, (…) En cuanto al movimiento migratorio, el Tribunal considera que no enerva la acción, ya que la accionante ha expresado en su demanda que sus albañiles estuvieron cuidando el terreno, debiendo anotar que su posesión estuvo en un tiempo mediante la custodia encomendada al guardián que realizaba labores de desbroce, luego la construcción del cerramiento y finalmente la construcción de la edificación. (Lo subrayado es del voto de mayoría)*
>
> *Enseguida, continuando con la vertiente de análisis, se constató que en efecto la parte actora se encontraba en posesión del inmueble el día de la diligencia. La recepción de los testimonios solicitados por la parte accionante, (…) En tal sentido, el Tribunal al amparo de lo normado en el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, examina la prueba testimonial y la valora en el contexto de toda su declaración y en relación con las otras pruebas, en este caso, resulta coherente en función de lo que se apreció el día de la inspección judicial y los hechos relatados. En ese sentido, a los testimonios rendidos, el Tribunal les da la fuerza probatoria, ya que con ellos se justifica la temporalidad, quedando así demostrado el tiempo de posesión de más de quince años y que construyeron por cuenta de la accionante, Irene Margot Campoverde Calderón.*
>
> *No se aprecia que haya reconocido dominio ajeno y los testimonios no han sido cuestionados.*
>
> *A los razonamientos y análisis realizados, hay que puntualizar lo que determina el artículo 969 del Código Civil, que prescribe lo siguiente: "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquello a qué solo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin consentimiento del que disputa". Es decir, que en definitiva, ésta Sala observa que los elementos probatorios aportados por la parte actora han sido conducentes y pertinentes para probar y demostrar los asertos, prueba que ha sido valorada en conjunto, de conformidad con el Art. 164 del*

Código Orgánico General de Procesos, lo que ha permitido alcanzar la certeza (convicción) de que se han cumplido los presupuestos para que opere la prescripción, conforme lo norma nuestro ordenamiento jurídico vigente, cumpliéndose la hipótesis jurídica mencionada en el Art. 2410 del Código de Procedimiento Civil (…)" (Sic)

96. Revisado el análisis que realiza el *Ad quem,* es claro que, el certificado del movimiento migratorio de la actora, si fue valorado en contexto, de todo lo cual, emergió la convicción referente a la existencia de hechos positivos que justifican la posesión del inmueble por el tiempo establecido en la ley, por ello, no se observa que los temas referidos en líneas que preceden hayan conducido a que se omita la obligación de apreciar la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

97. La conclusión esbozada en la sentencia impugnada, emerge como consecuencia de aquel ejercicio jurisdiccional y soberano de instancia, en el cual se avizora que toda la prueba solicitada y practicada en respeto al principio de legalidad, ha sido apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica; en base a lo indicado en estos dos últimos párrafos, se ultima que no existe el error de omisión del artículo 164 inciso segundo del COGEP.

98. Desde un ámbito de debida fundamentación y demostración, correspondía a la parte recurrente, indicar el por qué se acusa el error de omisión del artículo 164 inciso segundo del COGEP; y, en qué sentido se evidencia la equivocada aplicación del artículo 2410 del Código Civil, dicho ejercicio argumentativo no se observa en la propuesta casacional, *a contrario sensu*, se observa una alegación que vulnera el principio de *no debate de instancia,* relacionado con la inconformidad en torno a la justipreciación de los elementos probatorios y la conclusión que emanó del *Ad quem.*

99. El Tribunal de apelación, 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 (conclusión que comparte este Tribunal), ha negado el recurso de apelación interpuesto por el accionado y ha confirmado la sentencia de la Jueza *A quo*; per se, no se avizora de forma alguna que se haya vulnerado las normas objeto de análisis.

100. En conclusión, el Tribunal *Ad quem*, al resolver la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio 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 dejado de aplicar la obligación de apreciar la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; es decir, que se haya omitido aplicar el artículo 164 inciso segundo del COGEP; 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 el artículo 2410 del Código Civil; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme 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, en la forma propuesta, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

101. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

102. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por René Gabriel Arreaga Briones, demandado, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

103. Al verificarse la consignación de la caución correspondiente, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del COGEP, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (actora), por la demora, el valor total de la caución.

104. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E)** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que en la sentencia de apelación, no se omite la aplicación de ningún precepto jurídico de valoración probatoria, consecuentemente, es correcta la decisión sobre la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

IV

Juicio Nro. *11333-2020-00681*
Fecha: *martes 19 de marzo del 2024, las 12h21*

TEMA: Procedimiento ordinario, cobro de dinero.

SÍNTESIS

Se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la parte demandada, contra la sentencia de condena, por cuanto el Tribunal de apelación no incurre en ninguna deficiencia motivacional, incongruencia, ni en infracción de ningún precepto jurídico de valoración probatoria. Estimó la Sala de casación, que a toda luz, el recurrente incurre en la prohibición establecida en el artículo 270 del COGEP, que contiene la prohibición de 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. En lo medular, el Ad quem, escoge a la convención como una de las fuentes de las obligaciones, para resolver el conflicto judicializado, desde la óptica de la doctrina como fuente auxiliar del derecho, tiene un espectro de irradiación más amplio que la del contrato; consecuentemente, al haberse subsumido la cuestión fáctica esbozada en la demanda, en un acto jurídico bilateral -denominado abstractamente inversión o sociedad de hecho- que tuvo como objetivo crear, modificar, y transferir derechos y obligaciones, cual es la convención; todo lo cual generó la obligación ahora pendiente de los demandados, según los hechos fijados como ciertos. No existe la incongruencia frente a las partes o frente al derecho acusada por los recurrentes, siendo improcedente su censura. El fallo impugnado contiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente que permite establecer las razones que llevaron al Tribunal de alzada, a arribar a su decisión: (i) la existencia de un convenio entre las partes (ii) que esta convención no fue cumplida por la parte demandada; (iii) que por efecto del incumplimiento de los accionados, se quebrantó el acto jurídico; y, (iv) que producto de ese quebrantamiento de la relación jurídica, la parte demandada tiene una obligación pendiente (devolución de lo pagado) con el actor, por cuanto este último cumplió con su obligación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11333-2020-00681

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 19 de marzo del 2024, las 12h21

VISTOS: En virtud de los recursos de casación planteados por Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez, y Miguel Enrique Romero Jarre, demandados, 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 improcedentes los medios de impugnación extraordinarios; 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 Galo Wladimir Ortega Criollo, en procedimiento ordinario, demanda a Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez, en el siguiente contexto:

"(…) 5.1.- Desde el año 2009 he mantenido una relación de trabajo y luego de amistad con el señor Miguel Enrique Romero Jarre, quien logró ganarse mi confianza y por ello habíamos emprendido en algunos negocios que luego los liquidamos de buena manera.

5.2.- En el mes de enero de 2015 el señor Miguel Enrique Romero Jarre asistió a mi oficina jurídica solicitándome ayuda para poder solucionar un inconveniente que se le presentó con la Compañía Asfaltos del Sur, lo cual lo colocó en la posibilidad de que el Municipio de Loja de por terminado de manera unilateral un contrato de provisión de material pétreo. Ante este pedido, lo ayudé proponiendo las acciones legales correspondientes y también consiguiendo el material pétreo que requería para cumplir con el contrato antes mencionado.

5.3.- En esas circunstancias me indicó que el negocio de la obtención y del procesamiento de materiales pétreos era rentable, pero que como la Compañía Asfaltos del Sur le había quitado la maquinaria, estaba impedido de trabajar. Así mismo me indicó que era el operador minero o titular de la Concesión Minera "Catamayito" lo que le permitía explotar el material pétreo del Río Boqueron en el sitio Catamayito del Cantón Catamayo. Así mismo me supo indicar que si me interesaba el negocio, él estaba plenamente autorizado por los señores Augusto Eguiguren Suárez y Arturo Eguiguren Suárez para conseguir un socio a efecto de conformar una Compañía Limitada, o una sociedad de hecho de la cual, el 25% le correspondería al señor Arturo Eguiguren Suárez; otro 25% al señor Augusto Eguiguren Suárez; otro 25% al señor Miguel Enrique Romero Jarre; y, el otro 25% le correspondería al otro socio.

5.4.- Las otras condiciones para la conformación de esa compañía era que los hermanos Eguiguren Suárez al ser los hijos del propietario del terreno donde se encontraba la concesión minera, y que también le habían cedido los derechos de titularización de la concesión minero, les correspondía el 25% a cada uno de ellos. El señor Miguel Enrique Romero Jarre, aportaba su trabajo y su supuesto conocimiento del giro del negocio, por lo que le corresponde el 25%; y, por el 25% restante, la persona interesada en asociarse debía aportar el dinero suficiente con un tope máximo de ciento veinte mil dólares que era el valor de una planta de trituración para poner en operación la planta procesadora de materiales pétreos. 5.4. Me interesé en la propuesta, puesto que entendí el giro de negocio, y acepté la propuesta de asociarme con los señores Augusto Eguiguren Suárez, Arturo Eguiguren Suárez y Miguel Enrique Romero Jarre en las condiciones antes indicadas.

5.5.- Para concretar la asociación antes indicada me reuní con los hermanos Augusto y Arturo Eguiguren Suárez, y el señor Miguel Enrique Romero Jarre en la casa de éste último y también en mi oficina jurídica, por algunas ocasiones. Luego hubo reuniones en la casa del señor Miguel Enrique Romero Jarre a las que asistieron las señoras María Paula y María Rosa Romero Jarre, hermanas del señor Romero, quienes conocieron las particularidades de este asunto, puesto que ellas iban a asumir ciertas tareas dentro de la sociedad, tal como consta de uno de los correos electrónicos que adjunto como prueba.

5.6.- Inicialmente, mi compromiso fue el que entregar dinero para la adquisición de una trituradora que costaba aproximadamente ciento veinte mil dólares; sin embargo de ello, hasta yo poder reunir el dinero, el señor Miguel Enrique Romero Jarre recibió un pago del Municipio de Loja con el cual entregó la entrada para la planta de trituración, la cual nos fue puesta en operación. Como ya se dio la entrada por esta planta de trituración, mis a esa fecha socios me indicaron que conforme se vaya necesitando el dinero para los gastos que genere el negocio, yo vaya efectuando mi aporte, cuestión a la que accedí. En efecto, el día 19 de enero de 2015 entregué mi primer aporte dinerario conforme habíamos pactado.

5.7.- Para la entrega del dinero se convino con los socios, como mecanismo de registro y verificación del mismo, que el señor Miguel Enrique Romero Jarre me indicaba de forma personal o telefónica el concepto por el cual había que entregar el dinero y el monto; y yo le lo entregaba dicho dinero en mi oficina jurídica ubicada en esta ciudad de Loja, en la calle José Antonio Eguiguren 10-52 y Juan José Peña. En ocasiones, cuando no tenía dinero en efectivo, hice pagos con mis tarjetas de crédito.

5.8.- Mi confianza en el señor Miguel Enrique Romero Jarre y los hermanos Eguiguren era muy grande, de tal suerte que de las constancias de entregas de dinero solo las remitía desde mi correo electrónico galoortega33@hotmail.com, hasta su correo electrónico mromerojarre@gmail.com, estando totalmente de acuerdo él respecto de dichas entregas de dinero. Luego de ello, por seguridad y constancia de las entregas del dinero, opté por enviarle un correo electrónico por cada una de las entregas de dinero que le efectué, el mismo día o a más tardar uno o dos días posteriores; siendo que dichos correos electrónicos siempre fueron remitidos con copia a la Abg. María Rosa Romero Jarre, hermana del señor Miguel Enrique Romero Jarre, esto por cuanto mis socios me supieron indicar que ella se encargaría de llevar la contabilidad. El correo electrónico de la señora María Rosa Romero Jarre es mariarosaromeroj@gmail.com y/o mrromero1@utpl.edu.ec Es importante destacar que dichos correos eran leídos de forma inmediata por los destinatarios, sin que tampoco haya habido reclamo alguno sobre la veracidad de los mismos.

5.9.- Las entregas de dinero las efectué hasta el mes de febrero de 2017 conforme consta de los correos electrónicos correspondientes.

5.10.- Debo indicar que por parte de los demandados no se cumplió con el ofrecimiento de conformar la compañía limitada indicada, puesto que siempre pusieron justificaciones y evasivas para no concretar dicha oferta de carácter legal.

5.11.- Dejo constancia que después del mes de febrero de 2017, he tenido que seguir efectuando entregas de dinero, pero ya no al señor Romero Jarre, sino a acreedores de la sociedad de hecho, esto en virtud que algunas deudas que asumió dicho señor Romero Jarre, quien encabezaba la sociedad pactada, yo me comprometí a cancelarlas como parte de mi aporte o en calidad de préstamo, como por ejemplo la deuda del señor Juan Medina Lozano, por la cual se me emitió la factura correspondiente, cuando el beneficiario del transporte era la sociedad pactada con los demandados; de la señora Rosa Elvira Criollo; así como también efectuar pago por el valor de un volquete en la suma de $. 12.000,00; y $. 3.000,00 para un remolque tipo bañera.

5.12.- A mediados del mes de enero de 2017 le increpé al Sr. Miguel Enrique Romero Jarre, cabeza de la sociedad pactada, por la falta de control en la operación de la maquinaria de la planta procesadora de material pétreo, cuestión que lo molestó y comenzó a negarse a recibir mis llamadas telefónicas y tampoco contestaba mis mensajes de texto o de whatsapp.

5.13.- Luego de haber insistido de varias maneras para ser atendido por el señor Romero Jarre, finalmente logré su benevolencia de contestarme el teléfono, y me supo comunicar que en conjunto con los socios Arturo y Augusto Eguiguren Suárez han decidido sacarme de la sociedad, puesto que conmigo no pueden trabajar, a lo cual le supe contestar que me parecía una indelicadeza el haberse aprovechado de mi dinero para luego sacarme de la sociedad, pero que sin embargo tengo la suficiente dignidad para retirarme, pero que deben reembolsarme el dinero aportado y/o prestado, con las utilidades correspondientes, a lo que me supo indicar que como personas honestas que son, jamás me perjudicarían con un solo centavo, y que ya me avisaría cualquier cosa. Después de ello, les insistí a mis "socios" Arturo Eguiguren, Augusto Eguiguren y Miguel Romero en la entrega de mi dinero y siempre he recibido pretextos, evasivas y finalmente actitudes poco amistosas y descorteses.

5.14.- Después de muchas gestiones personales y de rogativas orientadas primeramente a establecer el monto de dinero entregado para luego optar por buscar la forma de solucionar el asunto, el señor Miguel Enrique Romero Jarre y el señor Arturo Eguiguren Suárez sugirieron que se haga un informe contable respecto del dinero por mí entregado a la sociedad, por parte de la Dra. Carmen Zabaleta Costa, profesional de la contabilidad de confianza de los mencionados señores, situación que acepté por cuanto me interesaba solucionar a la brevedad el asunto. 5.14.1.- Efectivamente asistí a la Oficina profesional de la mencionada Dra. Zavaleta para pedirle que ejecute dicho informe en base a: 1). Los datos que le entregué; 2) La impresión de los correos electrónicos en los que se registra las entregas de dinero; 3) Un informe contable también efectuado por la señora María Rosa Romero Jarre que le envió a la Dra. Carmen Zabaleta mediante correo electrónico y que también me fue enviado a mí; y, 4) La coordinación y comparación que efectuó la Dra. Zabaleta con la señora María Rosa Romeo Jarre.

La Dra. Zabaleta se demoró casi tres meses en desarrollar el informe contable, pero no por la extensión del mismo, sino por el desinterés del señor Romero Jarre y de los hermanos Eguiguren en que se termine dicho trabajo.
Con fecha 17 de octubre de 2015 la Dra. Carmen Zabaleta me entrega por escrito el informe contable, el cual también les entregó de forma digital a los otros socios. El informe antes mencionado, según me indicó la Dra. Zabaleta concordaba en un 99% con la contabilidad que le remitió la Abg. María Rosa Romero Jarre, de ahí que dicho informe refleja la verdad del dinero que le entregué al Sr. Romero Jarre. En las conclusiones de ese informe, se establece que he entregado la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MIL DÓLARES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES DÓLARES CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS ($. 162.653,54). De este valor, en dicho informe se hacen algunas deducciones que efectivamente debían hacerse, de lo que resulta un valor en mi favor de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CON VEINTINUEVE ($. 158.350,29) que es parte del perjuicio que se me ha irrogado.
5.15.- El informe antes indicado, después de varias convocatorias efectuadas por la Dra. Zabaleta, fue socializado en una reunión que mantuvieron en su oficina, los señores Arturo Eguiguren Suárez, Augusto Eguiguren Suárez y Miguel Enrique Romero Jarre, en la cual se hicieron algunas observaciones de poquísima cuantía por parte del señor Romero Jarre, las cuales luego fueron dilucidadas, sin embargo de ello, ninguno de ellos regresó a reunirse nuevamente con la Dra. Zabaleta, demostrando la intención de perjudicarme puesto que pasa el tiempo y no me entregan mi dinero.
5.16.- De forma personal y por correos electrónicos he insistido en que los demandados me entreguen mi dinero, puesto que al no haberse constituido la compañía limitada, y al haberme sacado de la sociedad de hecho, lo justo y correcto es que me devuelvan mi dinero con las utilidades, sin embargo no he sido atendido, antes por el contrario he recibido frases descorteses y hasta chantajes como por ejemplo lo dicho por el señor Romero Jarre que me entregará mi dinero cuando yo justifique el origen del mismo, situación que evidencia bajeza. No obstante a ello, el origen lícito de ese dinero, y la preexistencia del mismo lo justifico con las declaraciones del impuesto a la renta que las adjunto como prueba.
5.17.- En la perspectiva de arreglar el asunto, les propuse que me entreguen un Volquete Marca Man, un camioneta Marca Toyota que fue rematada al Consejo Provincial con dinero que yo entregué, y un remolque de tráiler tipo bañera, esto como parte de la devolución del dinero que entregué, cuestión que fue aceptada en primera instancia, y que me entregaron físicamente la bañera, pero sin ningún documento traslaticio de dominio, y los otros vehículos no me han entregado y se niegan a hacerlo; con posterioridad el señor Romero retiró el remolque tipo bañera, puesto que estaba registrada a su nombre.
5.18.- He agotado todas las vías amistosas para solucionar este asunto, he pedido la intervención de varias personas tanto parientes como amigos en común, sin embargo, solo he recibido desplantes y desaires de los señores Romero y de los señores Arturo y Augusto Eguiguren, a quienes he visitado en su lugar de trabajo, pero no he conseguido su atención, esto en virtud de que según Miguel Romero Jarre, dicho señor Arturo Eguiguren es quien toma las decisiones finales.
5.19.- El señor Romero Jarre hacía poner bajo su titularidad todos los activos de la sociedad y los contratos públicos obtenidos también fueron suscritos por él.
5.19.1.- Algunas infraestructuras como por ejemplo la red eléctrica que se efectuó con parte del dinero que les entregué a los demandados han pasado como mejoras que elevan el valor del bien inmueble de propiedad de la familia Eguiguren Suárez y de la concesión Minera Catamayito.
5.20.- Intenté someter este asunto a mediación, sin embargo, esta posibilidad no prosperó por lo que se extendió el acta de imposibilidad de conciliación por la inasistencia de los demandados Miguel Romero Jarre, Augusto Eguiguren Suárez y Arturo Eguiguren Suárez, pese a estar debidamente notificados.
5.21.- Por estos hechos, inicié una indagación previa en contra de los demandados, puesto que considere, y sigo considerando que he sido objeto de una estafa, sin embargo de ello, fiscalía consideró que este asunto debe sustanciarse en la vía civil. La parte pertinente de

la Resolución de Archivo de fiscalía señala: "...se advierte que entre el denunciante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo y los denunciados, no solo que existió una relación profesional, sino que luego emprendieron en negocios relacionados con la actividad del denunciado y que finalmente se concretó en una sociedad de hecho... Desde Fiscalía Provincial estimamos que para entablar la acción civil antes referida, el denunciante cuenta con varios elementos de convicción que le permitirían recuperar su dinero".

5.22.- En el correo electrónico que les remito a los hermanos Miguel Enrique y María Rosa Romero Jarre, de fecha 24-09-2015, a los 10h30, la señora María Rosa Romero Jarre, me lo contesta, y expresamente señala "ACUSA RECIBO DE LOS CORREOS", con lo que pruebo que todos los correos que les remití fueron leídos en su tiempo y aceptados.

5.23.- En el correo electrónico del 10-07-2015, a las 14h53 que les remito a los hermanos Miguel Enrique, María Rosa y María Paula Romero Jarre, les participo de las funciones que se llevará en la empresa.

5.24.- En otros correos electrónicos que los anuncio como prueba, consta prueba evidente de la existencia de la sociedad de hecho y de la entrega del dinero.

5.25.- El haberme preterido de la sociedad de hecho pactada, sin devolverme el dinero entregado, aprovechándose del mismo, me ha ocasionado daños patrimoniales, entre ellos el lucro cesante que he dejado de percibir si el dinero hubiera estado en mi poder, aunque sea en el banco en certificado de depósito a plazos, razón por la cual debe pagárseme ese lucro cesante.

6.- Fundamentos de Derecho.

6.1.- Arts. 1453, 1572 y 1728 del Código Civil.

6.2.- Arts. 2, 52 y 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. (…)

9.- Pretensión. Con los antecedentes expuestos le solicito a su autoridad que mediante sentencia se ordenar lo siguiente:

9.1.- Que los señores demandados Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, de manera solidaria e inmediata, me cancelen el dinero que les entregué a título de inversión y/o préstamos para la sociedad de hecho conformada, y que consta detallado en el informe pericial de la Ing. Eliana Morales Moreno, que ascienden al valor de USD $ 160.768,55 (ciento sesenta mil setecientos sesenta y ocho dólares con cincuenta y cinco centavos, 45/100); con más los intereses legales que se devenguen desde la citación con la demanda hasta la solución definitiva de este asunto.

9.2.- Que los señores demandados Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, de manera solidaria e inmediata, me cancelen los daños y perjuicios ocasionados con su doloso accionar, entre ellos el lucro cesante dejado de percibir por el dinero entregado, lucro cesante que se encuentra calculado y constante en el informe pericial de la Ing. Eliana Morales y que asciende al valor de $ 55.724,59. (Cincuenta y cinco mil setecientos veinte y cuatro, con cincuenta y nueve centavos).

9.3.- El pago de las costas procesales en las que se incluirán mis honorarios profesionales por la defensa de este proceso, que los calculó en $.20.000,00

10.- La cuantía la fijo en $. 236.493,14, que se desglosa de la siguiente manera:

10.1.- Por el dinero entregado a los demandados, el valor de $ 160.768,55" (Sic).

10.2.- Por los daños y perjuicios, entre ellos el lucro cesante, el valor de $ 55.724.59 10.3. Por costas procesales, el valor de $20.000,00

11- El trámite es ordinario (…)" (Sic)

2. Los accionados comparecen al proceso, contestan la demanda, y plantean excepciones, en el siguiente contexto:

3. Miguel Enrique Romero Jarre, contradice la demanda, en el siguiente sentido:

"(…) 5.1 Es absurda e improcedente la pretensión del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, por cuanto NUNCA ha existido ninguna sociedad de derecho (compañía) ni tampoco una sociedad de hecho (cuentas en participación) con el accionante, la DEMANDA ES ABSOLUTAMENTE FALSA, con la cual pretende el actor mediante la TERGIVERSACIÓN de la verdad, hacer creer que él ha sido perjudicado.

5.2 No existe ninguna inversión ni préstamos por parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, y llama la atención que una Perito (Ing. Eliana Morales Moreno) se preste a presentar un informe pericial donde supuestamente concluye inversión y lucro cesante en favor del accionante del presente proceso.

5.3 No le adeudo ni un solo centavo al Dr. Galo Ortega Criollo, lo cual lo demostraré en el presente proceso. (…)
Señor Juez, deduzco las siguientes excepciones contra la demanda:
8.1 Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
8.2 Improcedencia de la demanda.
8.3 Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni como inversión ni como préstamos.
8.4 Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto.
8.5 Inexistencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda.
***"(…) DÉCIMO PRIMERO.- PRETENSIÓN:** Por lo indicado solicito a su Autoridad se digne en sentencia RECHAZAR la demanda por ser falsa e improcedente, con la correspondiente condena en costas procesales en las que se incluyen los honorarios de mis Defensores. (…)" (Sic)*

4. Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, contesta la demanda, rechaza la pretensión, y deduce excepciones, así:

"(…) Esta pretensión es ilegal e improcedente por los siguientes motivos:
5.1 No ha existido ninguna sociedad de derecho (compañía o empresa) con que el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni mucho menos una sociedad de hecho o cuentas en participación, los fundamentos de la demanda son falsos.
5.2 De lo que conozco, el Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo tiene una gran enemistad con el señor Miguel Enrique Romero Jarre, con quien tienen varios asuntos judiciales civiles y penales.
5.3 Nunca el Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo me ha prestado dinero ni ha invertido ni un solo centavo en favor del compareciente. (…)
Señor Juez, deduzco las siguientes excepciones contra la demanda:
8.1 Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
8.2 Improcedencia de la demanda.
8.3 Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr Galo Wladimir Ortega Criollo.
8.4 Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto.
8.5 Inexistencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda (…)" (Sic)

5. El accionado Arturo José Eguiguren Suárez, contesta la demanda y deduce excepciones en similar sentido al legitimado pasivo Augusto Vinicio Eguiguren Suárez.

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

6. Desarrollado el proceso y llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, la doctora Sara Salomé Tandazo Valarezo, Jueza de la Unidad Civil con sede en el cantón Loja, emite su sentencia aceptando parcialmente la demanda, la misma que es reducida a escrito el 16 de agosto de 2021, a las 09h20, en el siguiente contexto:

"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA se acepta parcialmente la demanda y se ordena que los Sres. Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, cancelen al accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo la cantidad de $160768,55 más los intereses desde la citación, no se acepta respecto del pago de daños y perjuicios que solicita por no haberse probado. De conformidad a lo estipulado en el Art. 1587 del Código Civil se dispone la cancelación de los gastos que ocasione el pago, se regulan en $6430 los honorarios del abogado de la parte actora. No se condena en costas a la parte accionada. Hágase saber.- (…)" (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

7. Frente al recurso de apelación interpuesto por Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, demandados, y Galo Wladimir Ortega Criollo, actor, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en sentencia (de mayoría) de viernes 11 de febrero de 2022, las 16h03, resuelve rechazar los medios de impugnación, en el siguiente contexto:

"(…) La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de justicia de Loja, por las consideraciones expuestas, por voto de mayoría, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:
1.- Rechazar el recurso de apelación del actor del proceso;

2.- Rechazar el recurso de apelación del demandado señor Miguel Enrique Romero Jarre;
3.- Declarar el recurso de apelación de los hermanos Eguigueren Suárez, NO DEDUCIDO, por extemporáneo al no haberse fundamentado en el término dispuesto en la Ley;
4.- Confirmar la sentencia venida en grado por la motivación constante en la sentencia de primer nivel como por la realizada en este nivel jurisdiccional;
5.- Sin costas procesales en esta instancia.
Devuélvase el proceso a la Unidad de Judicial. Notifíquese (…)" (Sic).

7.1. El Voto salvado del *Ad quem*, resuelve lo siguiente:

"(…) En mérito de lo expuesto el voto salvado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, con la motivación expuesta resuelve: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los señores: Arturo José Eguiguren Suárez; y, Augusto Vinicio Eguiguren Suárez; sin costas ni honorarios que regular; En lo demás este voto salvado coincide con el voto del señor Juez Ponente y por tanto la decisión final por unanimidad es conforme consta en la decisión final de esta sentencia de mayoría. -Notifíquese (…)" (Sic).

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

8. Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem*, antes referido, dentro del término legal, Miguel Enrique Romero Jarre, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, accionados, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

9. El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional, mediante auto de 16 de junio de 2022, las 12h10, admitió a trámite los recursos de casación planteados, bajo los siguientes parámetros:

"(…) ADMITE a trámite los recursos de casación propuestos por los demandados señores Arturo José Eguiguren Suárez y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez; y Miguel Enrique Romero Jarre (…)" (Sic)

10. El 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, 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.

11. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[1], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[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.

12. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el martes 25 de octubre de 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190 numeral 1 del COFJ.

13. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama al doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, para reemplazar al doctor Wilman Terán Carrillo, ante la ausencia definitiva de referido profesional, como Juez Nacional (E), en la presente causa[4], 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.

14. En ese contexto, queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Luis Adrián Rojas Calle, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

15. 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

[1] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[2] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Acción de Personal No. 189-UATH-2023-JV

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.

16. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3[5] 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, los recursos de casación planteados son tramitados conforme las reglas de aquel cuerpo normativo.

17. Sobre la validez procesal, cuestionada por los censores, es de relevancia indicar lo siguiente:

17.1. Los recurrentes, plantean un incidente relacionado con un presunto error de procedimiento; sostienen que, en la decisión adoptada no se establece con precisión lo que se ordena, esto por cuanto, del Tribunal de alzada, no emergió una resolución unánime o absoluta, todo lo contrario, una de mayoría, y un voto salvado, al tenor de los artículos 203 inciso primero y 204 del COFJ, en los cuales, se avizora un galimatías enunciativo y dispositivo, sin claridad alguna, ya que, del propio texto de la sentencia aparece que los doctores Pablo Narváez Cano y Adriano Lojan Zumba, Jueces Provinciales, emiten un voto salvado, lo cual es un contrasentido ya que el mismo al contar con dos concurrencias, constituye uno de mayoría; y, por otro lado, se establece un voto salvado del doctor Carlos Fernando Maldonado Granda, que a la vez aparece como la decisión de mayoría, todo lo cual enerva el poder decisorio que corresponde al mandato judicial; ahora bien, la cuestión aludida, fue corregida mediante auto de 14 de marzo de 2022, las 14H21, por el propio *Ad quem*, por lo que en función del principio de convalidación, lo enunciado no reviste trascendencia.

17.2. Por otra parte, los impugnantes sostienen que existe un error del Conjuez Nacional, en el auto que admite los diversos cargos casacionales, aduciendo que, no se toman en cuenta cargos planteados en los tres memoriales presentados el 8 de marzo de 2022 y que obran del expediente; ahora bien, en función del principio dispositivo, el órgano judicial de admisión, tomando en consideración que, los propios recurrentes dejaron sin efecto dichos escritos casacionales, únicamente admitió a trámite los cargos descritos en los documentos presentados el 25 de marzo de 2022, siendo estos los establecidos en los numerales 2,3, y 4 del artículo 268 del COGEP; ergo, lo enunciado como error de procedimiento emerge como una falacia que hace que la censura sea improcedente.

17.3. Ergo, el presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; *per se*, 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.

18. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"9."** de la presente sentencia, se aceptó a trámite los recursos en su integridad, por los casos 2, 3, y 4 del artículo 268 del COGEP respecto de los cuales, los recurrentes, en sus memoriales impugnatorios, argumentan lo siguiente:

19. Sobre el caso 2 del artículo 268 del COGEP (recurrentes Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez):

> *"(…) La norma de derecho que estimamos infringida es el Art. 89 del Código Orgánico General de Procesos, que nos permitimos citar (…) Bajo este contexto, la sentencia de fecha 11 de febrero del 2022, las 16h03 (VOTO DE MAYORÍA del DR. ADRIANO LOJÁN ZUMBA y DR. PABLO SANTIAGO NARVÁEZ CANO), dictada por la Sala Civil, Mercantil,*

[5] **Constitución de la República del Ecuador:** *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (…)".*

Laboral, Familia, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Loja, incurre en una MOTIVACIÓN APARENTE, por las siguientes razones: (…)
4.1.4.1.1.- INCONGRUENCIA FRENTE A LAS PARTES. (…)
En este orden de ideas, debemos partir del THEMA DECIDENDI principal de presente proceso, por un lado, el accionante DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO en su acto de proposición consistente en el escrito de demanda que obra de fojas 408 a 414 del expediente de primer nivel, en las CUESTIONES FÁCTICAS, indica que ha existido una SOCIEDAD DE HECHO para la explotación de materiales pétreos en la Concesión Minera Catamayito, ubicada en el Cantón Catamayo de la Provincia de Loja, entre el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, el señor Miguel Enrique Romero Jarre, el señor Augusto Vinicio Eguiguren Suárez y el suscrito Arturo José Eguiguren Suárez, como CUESTIONES JURÍDICAS el accionante DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO, indica textualmente ampararse en el Art. 1453, 1572 y 1728 del Código Civil. Por otro lado, el señor MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE en su escrito de contestación a la demanda (fojas 453464 de la primera instancia), el señor AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ en su libelo de contestación a la demanda (fojas 472-478 del expediente de primer nivel), y, el suscrito ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ en su escrito de contestación a la demanda (fojas 485-489 de la primera instancia), como CUESTIONES FÁCTICAS sostienen que NIEGAN LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO, que el accionante nunca ha aportado ni invertido ninguna cantidad para con los demandados, como CUESTIÓN JURÍDICA han opuesto la EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO.
Estas dos posiciones antagónicas, es lo que constituye el THEMA DECIDENDI PRINCIPAL del presente proceso.
En la sentencia de fecha 11 de febrero del 2022, las 16h03 (VOTO DE MAYORÍA del DR. ADRIANO LOJÁN ZUMBA y DR. PABLO SANTIAGO NARVÁEZ CANO), dictada por la Sala Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Loja, se indica: (…)
Como se puede apreciar, en la sentencia del Tribunal ad quem, se incurre en un VICIO DE INCONGRUENCIA FRENTE A LAS PARTES por lo siguiente:
A) El Tribunal de Alzada, NO RESUELVE el tema principal de la controversia, que radica en la EXISTENCIA O NO DE LA SOCIEDAD DE HECHO, pues no existe exposición argumentativa sobre los puntos de s cuestiones fácticas de los sujetos procesales:
No se argumenta ni motiva sobre si existió o no la base de la sociedad de hecho o cuentas en participación, que es la aportación común de los socios de dinero, bienes o trabajo apreciable en dinero, punto trascendental, por cuanto toda sociedad incluida la de hecho, debe partir, de una aportación común, en la sentencia recurrida nada se indica sobre si existió o no este elemento, que tiene íntima relación con la CAUSA PETENDI tanto de la demanda como de la contestación a la demanda, incluso es argumento del recurso de apelación de los suscritos Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez.
- No se argumenta ni motiva, sobre si existió o no el reparto de beneficios, que es otro de los elementos que configuran las sociedades incluidas la de hecho.
- Como podrá apreciar la H. Sala Nacional, en la sentencia materia de recurso de casación, no se establece en la motivación fáctica, en base a qué elementos probatorios, a qué sistema de valoración probatoria, y, como justifica que el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, haya aportado la suma de $ 160.768,55.
No se establece en la motivación fáctica, cuál sería la aportación común del señor Miguel Enrique Romero Jarre, ni mucho menos, cuál seria la aportación común de los hermanos Augusto Vinicio y Arturo José Eguiguren Suárez.
- En la sentencia impugnada, se indica que el objeto principal del proceso es la "devolución de dineros", y, que los demandados (suscritos casacionistas) hemos centrado la discusión en la "inexistencia de la sociedad de hecho", es decir, como que este último punto no sea relevante, cuando es la causa petendi (questio facti) de la acción del Dr. Galo Ortega.
4.1.4.1.2 MOTIVACIÓN PER RELATIONEM INSUFICIENTE. (…)
En este orden de ideas, la sentencia (…) indica: (…)
El vicio motivacional per relatiomen, se produce de la siguiente manera:

A) La sentencia del Tribunal de Apelación voto de mayoría de los Doctores Adriano Loján Zumba y Pablo Santiago Narváez Cano, hacen suyos los argumentos fácticos, análisis y resolución del voto de minoría del Dr. Carlos Fernando Maldonado Granda, es decir, han argumentado su decisión en base a otra sentencia.
B) La sentencia que utilizan para argumentar, NO es la sentencia que dicen confirmar (fallo de primera instancia), SINO UN VOTO SALVADO que disiente con el voto de mayoría.
C) No existe argumento fáctico, ni jurídico, ni probatorio que sustente el voto de mayoría de los Doctores Adriano Loján Zumba y Pablo Santiago Narváez Cano, ya que no hay resolución explícita que determine el ITER MENTAL del Juzgador acerca de la apreciación probatoria (individual y conjunta), ni determinación lógica y coherente de premisas y conclusiones, se expresa en forma general, que hacen propios el análisis y resolución del voto de minoría, no se explica cuáles son las pruebas actuadas, ni el método o criterio de valoración empleado, ni la valoración conjunta (sana critica), ni las premisas y conclusiones a las que se arriban en forma concatenada, cronológica y coherente.
4.1.4.1.3 INCOHERECIA LÓGICA EN LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA APRECIACIÓN PROBATORIA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE ESTIMAN PROBADOS. (…)
*Existe un **vicio motivacional de incoherencia lógica** en el argumento sobre apreciación probatoria y determinación de los hechos en la sentencia impugnada, por las siguientes razones:*
A) Como podrá apreciar la H. Sala Nacional, existe un ARGUMENTO GLOBALIZANTE, cuando se indica que los demandados (suscritos casacionistas) no hemos "aportado ninguna prueba", cuando del mérito procesal existen varias pruebas documentales que se ha incorporado a juicio de nuestra parte, a las cuales NO SE LAS ANALIZA en forma individual ni se exterioriza el valor o apreciación que se les da a las mismas.
B) Se argumenta en forma GLOBALIZANTE sobre "(...) la contundencia de la prueba pericial, testimonial y las evasivas reiteradas de los demandados (...)", refiriéndose a la prueba del actor Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, pero no se ARGUMENTA EN FORMA INDIVIDUALIZADA a qué prueba pericial se hace referencia, ya que en el proceso se ha practicado pericia contable y pericia informática, tampoco se hace una especificación a cuáles testigos se les ha otorgado un valor contundente.
C) NO se analiza en forma pormenorizada la prueba pericial ni testimonial, a fin de que se pueda poner de manifiesto el iter mental del Juzgador al momento de la apreciación probatoria, ni tampoco se determina el método de valoración (sana critica, libre convicción o tarifa legal, que son los principales métodos de valoración probatoria existente), ni las reglas jurídicas de valoración (indivisibilidad de la prueba documental, testimonial, y la valoración en conjunto), ni el proceso lógico de premisas y conclusiones a las que se arriba.
*4.1.4.2 **VICIOS MOTIVACIONALES EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA. (…)***
En la sentencia del Tribunal Ad quem, en su parte pertinente indica: (…)
Claramente podrá observar la H. Sala Nacional, que, en la sentencia impugnada, no se realiza un argumento jurídico suficiente, por lo siguiente
- No se realiza proceso de selección de la norma jurídica que solucione el fondo de la controversia legal, se enuncia y cita doctrina respecto de la carga probatoria, se pone de manifiesto el Art. 169 COGEP referente a la carga probatoria, y, el Art. 177.6 del COGEP referente a las respuestas evasivas, PERO NO EXISTE SELECCIÓN DE NORMA SUSTANTIVA que resuelva la contienda legal.
- No existe explicitación del método de interpretación normativa.
- No existe explicitación de la PERTINENCIA de la aplicación de las normas jurídicas a los ANTECEDENTES DE HECHO. No existe determinación de las CONSECUENCIAS JURÍDICAS en el caso concreto y para la decisión final (decisum).
La sentencia (…) al no cumplir con el requisito de la motivación, es constitucionalmente nula (…)" (Sic)

20. Sobre el caso 3 del artículo 268 del COGEP (recurrente Miguel Enrique Romero Jarre):

"(…) El Art. 92 del COGEP, es vulnerado por un VICIO CITRA O MÍNIMA PETITA. (…)
La parte específica donde se produce el error derecho en la sentencia (…) es en ordinal 2 y en la parte resolutiva, conforme me permito transcribir (…)

La parte resolutiva de la sentencia de voto de mayoría del Dr. Adriano Lojan Zumba y Dr. Pablo Santiago Narváez Cano, debe tomarse en relación al auto de corrección de errores de escritura de fecha 14 de marzo del 2022, las 14h21, que dice textualmente: (…)
La causal citada ut supra, contiene un VICIO IN PROCEDENDO de la sentencia que consiste en que el fallo sea incongruente con los puntos materia de la litis lo que se conoce como INCONGRUENCIA EXTERNA DEL FALLO.
El principio de congruencia de la sentencia, se encuentra previsto en el Art. 92 de Código Orgánico General de Procesos, que transcribo a continuación: (…)
En el caso sub lite, lo que alego en contra de la sentencia (…) es que se ha incurrido en MÍNIMA O CITRA PETITA, conforme procedo a fundamentar a continuación:
4.1.5.1 Puntos en que se trabo la Litis (…)
Para fundamentar la presente censura en contra de la sentencia del Tribunal Ad quem, es preciso, partir de la identificación de los PUNTOS MATERIA DE LA LITIS, los cuales se encuentran determinados por la demanda del accionante DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO, las contestaciones a la demanda de los demandados: ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ, AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ y el suscrito MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE, así como los recursos de apelación tanto del accionante y de los demandados:
A.- DEMANDA DEL DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO. La demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo que obra de fojas 408 a 414 de la primera instancia, establece su CAUSA PETENDI que: "ha existido una sociedad de hecho con los demandados Arturo José Eguiguren Suárez, Augusto Vinicio Eguiguren Suárez y el suscrito Miguel Enrique Romero Jarre, para la explotación de material pétreo en la Concesión Minera Catamayito del Cantón Catamayo de la Provincia de Loja, a la cual alude haber realizado entregas de dinero en aportación y/o préstamo".
Y la pretensión de la demanda la determina en los siguientes puntos: (…)
B.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEL SEÑOR ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ.
El demandado señor Arturo José Eguiguren Suárez en su escrito de contestación a la demanda de fojas 485 a 489 de la primera instancia, en lo principal niega la existencia de la sociedad de hecho aludida por el accionante y niega que el actor haya entregado dinero alguno, por lo que deduce las siguientes excepciones:
1) Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
2) Improcedencia de la demanda.
3) Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni como inversión ni como préstamos.
4) Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto.
5) Inexistencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda.
C. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEL SEÑOR AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ (…)
D.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEL SEÑOR MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE.
La contestación a la demanda del suscrito Miguel Enrique Romero Jarre conforme consta en el escrito de fojas 453 a 464 de la primera instancia, en lo principal niega la existencia de la sociedad de hecho aludida por el accionante y niega que el actor haya entregado dinero alguno, se indica que el dinero es propio, producto de la venta de material pétreo mediante contratos con el Municipio de Loja y a la empresa HORMIGONERA LOJA HORMILOJA, del cual al accionante Dr. Galo Ortega Criollo le confió la administración, mas no ha recibido ninguna inversión ni préstamo por parte del actor, por lo que deduce las siguientes excepciones
1) Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda
2) Improcedencia de la demanda
3) Inexistencia de provisión de fondos de parte del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, ni como inversión ni como préstamos
4) Demanda falsa, con intención de obtener lucro económico injusto. (…)
E. RECURSO DE APELACIÓN DEL ACCIONANTE DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO.
El accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, interpuso recurso de apelación con su respectiva fundamentación, mediante escrito fisico de fojas 1453 a 1454 vuelta del expediente de primera instancia, y, en igual tenor mediante escrito firmado electrónicamente de fojas 1455 a

1456 vuelta de la primera instancia, en la cual los puntos de apelación se contraen a lo siguiente: (…)
F.- RECURSO DE APELACIÓN DE LOS SEÑORES ARTURO JOSÉ Y AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SUÁREZ.
Los demandados señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, fundamentaron su recurso de apelación, mediante escrito de fojas 1479 a 1486 del expediente de primera instancia, en la cual los puntos de apelación se contraen a lo siguiente
**2.2 INEXISTENCIA DE SOCIEDAD ACCIDENTAL DE HECHO O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN:*
(...) En este contexto en la sentencia de primer nivel no se ha considerado lo siguiente.
1. Que no existe aportación de mis mandantes señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, en el fallo se indica que se ha justificado la existencia de un "CUASICONTRATO", sin pronunciarse si existe o no la supuesta "sociedad de hecho o cuentas en participación" que es materia de la litis.
En el remoto caso de que se hubiera indicado en la sentencia de primer nivel, una presunta sociedad de hecho, surge la pregunta obvia: ¿Qué han aportado los señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren?
La respuesta obtenida en mérito de los autos y actuaciones probatorias en la audiencia de juicio, es NO HAN APORTADO NADA EN ABSOLUTO.
Por ende, no hay aportación de nuestra parte, como para que la señora Jueza a quo, concluya que existe un "cuasicontrato", ni tampoco una "sociedad de hecho o cuentas en participación".
II. No se ha determinado procesalmente que el señor Miguel Enrique Romero Jarre haya aportado con el accionante, ni mucho menos mis mandantes señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez
El señor Miguel Enrique Romero Jarre, tiene su negocio de venta de material pétreo independiente de mis mandantes.
Si entre el señor Miguel Romero y el accionante Dr. Galo Ortega existe enemistad y varios juicios civiles y penales, no es un conflicto con los señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez
III. No se ha acreditado con prueba suficiente que el Dr. Galo Ortega haya aportado dinero alguno, solo se basa en mensajes de correo, sin que existan medios como facturas, recibos, cheques o transferencias de una cuantiosa suma que indica el actor en su demanda (USD 160.768.55).
(..) Ahora el segundo presupuesto para, para que exista una sociedad (incluida la de hecho o cuentas en participación), es que exista PARTICIPACIÓN DE BENEFICIOS.
(...) Claramente la H. Sala Provincial podrá apreciar lo siguiente:
- El negocio de venta de material pétreo es exclusivo del señor Miguel Enrique Romero Jarre, y que los ingresos son de provisión de material pétreo al Municipio de Loja y de venta de pétreo a la Hormigonera Loja, ascienden a USD 531 585,18, ingresos del señor Miguel Enrique Romero Jarre.
De esos ingresos, mis mandantes señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, NUNCA han tenido participación de beneficios, ya que nunca han emprendido un negocio común.(…)
RECURSO DE APELACIÓN DEL SEÑOR MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE.
El suscrito Miguel Enrique Romero Jarré, fundamenté mi recurso de apelación. mediante escrito de fojas 1445 a 1452 vuelta del expediente de primera instancia. en la cual los puntos de apelación se contraen a lo siguiente:
"(…) 1.4 TRASCENDENCIA DEL ERROR DE JUICIO EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO APELADO:
El error es trascendente, por cuanto de haberse valorado la prueba en forma legal, objetiva y con la sana critica, se debió por parte de la señora Jueza a quo determinar lo siguiente.
a) Que no se ha determinado la existencia de una sociedad accidental (sociedad de hecho o cuentas en participación), por cuanto no existe aportación común, ni de los señores Augusto Vinicio y Arturo José Eguiguren Suárez, ni del accionante Dr. Galo Ortega Criollo, ni del señor Miguel Enrique Romero Jarre.
b) Los mensajes de correos electrónicos son insuficientes para acreditar la entrega de dinero, al no contener firma electrónica, y al no existir DOCUMENTOS CONTABLES, BANCARIOS NI FACTURAS que acrediten la suma alegada por el accionante.
c) Los testimonios no son concordantes ni contundentes.
d) Que las maquinarias: volquetas, remolque tipo bañera, cargadoras, mediante prueba documental se ha determinado que fueron adquiridas y pagadas el precio

por el compareciente MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE, y su contenido se sujeta a las siguientes disposiciones legales.
C. Civil: "Art. 1726. (…)
e) Que resulta manifiestamente improcedente, que el actor aluda una sociedad de hecho y reclame la restitución de valores "prestados o invertidos" (según el texto de la demanda), cuando en el caso remoto e improbable de haberse justificado la sociedad accidental, lo que jurídicamente factible hubiera sido una liquidación de ganancias y pérdidas.
Pero en el presente proceso, ni se ha justificado la existencia de la sociedad de hecho, ni mucho menos procede el pago que ordena la sentencia del a quo, ya que tampoco se ha acreditado un "cuasicontrato" ni la entrega de tal desmedida suma que se ordena pagar en la sentencia de primer nivel.(…)
A) En la demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo en la causa petendi se alega la ***presunta existencia de una sociedad de hecho entre el actor*** *y los demandados señor Arturo José Eguiguren Suárez, Augusto Vinicio Eguiguren Suárez y Miguel Enrique Romero Jarre, y, se solicita como pretensión (…)*
En contrapartida, los demandados antes indicados, se han excepcionado principalmente con la ***INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO*** *aludida en la demanda. (…)*
Claramente, se ha OMITIDO resolver sobre la CAUSA PETENDI principal de la demanda del DR. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO, y, la EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO deducida por la parte demandada, la sentencia únicamente se refiere a citas doctrinarias sobre la carga probatoria, PERO NO RESUELVE estos PUNTOS PRINCIPALES DEL LITIGIO, pues, la aludida "sociedad de hecho" es el punto neurálgico del proceso, no se resuelve en la sentencia de voto de mayoría, si existe o no la sociedad de hecho que es materia del litigio.
De igual manera, NO EXISTE PRONUNCIAMIENTO en la sentencia (…) sobre las DEMÁS EXCEPCIONES de los demandados (…)
C) En la PARTE RESOLUTIVA de la sentencia (…) se indica: (…)
(…) Como podrá observar la H. Sala Nacional de Justicia, la sentencia del Tribunal Ad quem, NO TIENE DECISIÓN (DECISUM), sobre los recursos de apelación ni del actor DR. GALO ORTEGA CRIOLLO ni del recurso de apelación del compareciente MIGUEL ENRIQUE ROMERO JARRE.
Se alude que están "conformes con lo resuelto por el voto de minoría" del Dr. Carlos Fernando Maldonado Granda, voto que no tiene NINGÚN VALOR DECISORIO al ser de minoría o voto salvado.
La sentencia de voto de mayoría, DEBÍA RESOLVER TODOS LOS PUNTOS MATERIA DEL LITIGIO Y LOS ARGUMENTOS DE TODOS LOS RECURSOS DE APELACIÓN, sin embargo, no lo hace, y, produce una SENTENCIA INCONGRUENTE POR CITRA O MINIMA PETITA.
Al existir el vicio de incongruencia señalado, la sentencia impugnada debe ser casada, y, en su lugar se dicte la sentencia de mérito correspondiente (…)" (Sic).

21. Sobre el caso 4 del artículo 268 del COGEP (recurrentes Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez):

"(…) SE HA INCURRIDO EN FALTA DE APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, PREVISTOS EN EL ART 199, ART 222 INCISO CUARTO Y ART. 186 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, LO QUE HA CONDUCIDO A LA NO APLICACIÓN DE LA NORMA DE DERECHO SUSTANTIVO DE TODO EL CONTENIDO DEL ART 1959 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA SENTENCIA (…)
El Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos, es vulnerado por FALTA DE APLICACIÓN
El Art. 222 inciso cuarto del Código Orgánico General de Procesos en relación con el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, son vulnerados por FALTA DE APLICACIÓN (…)
Los medios probatorios sobre los cuales recae el vicio son los siguientes:
a) La materialización de mensajes de correo electrónico que obra de fojas 207 a 371 del expediente de primera instancia.
b) La declaración de la perito contable Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 990 del cuaderno de primer nivel; a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 1021 y 1021 vuelta de la primera instancia, al informe de fecha 17 de octubre del 2017 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 6 a 8

del expediente de primer nivel, al informe de fecha 07 de junio del 2018 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 11 a 12 del cuaderno procesal de primera instancia, la certificación suscrita por la Dra. Carmen Zabaleta Costa de fojas 1172 de la primera instancia, la declaración de la testigo Dra. Carmen Zabaleta, la declaración de la testigo Abg. María Rosa Romero Jarre, y, la prueba documental de los contratos con el Municipio de Loja que obran de fojas 115 a 134 de la primera instancia,, y, de fojas 1033 a 1135 (remitidas mediante oficio ML-DF-2020-174) del expediente de primer nivel.

4.2.5 PARTE ESPECÍFICA DE LA SENTENCIA DONDE SE PRODUCE EL ERROR DE DERECHO.

La parte específica donde se produce el error de derecho en la sentencia (…) es en ORDINAL 2 cuya parte pertinente, continuación citamos: (…)

4.2.6 NORMA INDIRECTAMENTE. DE DERECHO SUSTANTIVO VULNERADA

La norma jurídica de derecho sustantivo que estimamos infringida indirectamente es todo el contenido del Art. 1959 del Código Civil, que transcribimos a continuación.

"Art. 1959.- (…)

Esta norma jurídica sustantiva es vulnerada indirectamente por NO APLICACIÓN. (…)

4.2.7.1.1 VULNERACIÓN DEL PRECEPTO JURÍDICO APLICABLE A LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL ART. 199 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

El precepto jurídico aplicable a la valoración probatoria del Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: (…)

El precepto jurídico del Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos es vulnerado por FALTA DE APLICACIÓN por los siguientes motivos: (…)

B) El Tribunal Ad quem, NO APLICA el Art. 199 del Código Orgánico General de Procesos, sobre el medio de prueba documental consistente en la materialización de mensajes de correo electrónico que obra de fojas 207 a 371 del expediente de primera instancia, por cuanto, NO SE VALORA TODO EL CONTENIDO de los mensajes de correo electrónico, especialmente, para determinar que los mensajes de correo electrónico hacen alusión a pagos, PERO QUE NO INDICAN NOMBRE DE PROVEEDOR, NI FACTURA NI DOCUMENTO DE SOPORTE de los supuestos pagos que constan en los mensajes de correo electrónico.

C) El yerro indicado, es transcendente por cuanto el Tribunal Ad quem debió concluir que los mensajes de correo electrónico, NO TIENEN UN VALOR DE PRUEBA PLENA en el presente proceso.

4.2.7.1.2 VULNERACIÓN DEL PRECEPTO JURÍDICO APLICABLE A LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL ART. 222 INCISO CUARTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS EN RELACIÓN CON EL ART. 186 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. (…)

El precepto del Art. 222 inciso cuarto del Código Orgánico General de Procesos prescribe (…)

Este precepto jurídico tiene el siguiente contenido:

a) Es un precepto jurídico que regula la prueba pericial.

b) Establece que la sustentación del informe pericial se realizará mediante declaración del perito en audiencia, mediante las normas previstas para los testigos, particular que tiene relación con el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos.

El precepto jurídico aplicable a la valoración probatoria, del Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, prescribe: (…)

Este precepto jurídico tiene el siguiente contenido:

a) Es un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba testimonial.

b) Impone el deber al Juzgador de valorar la declaración en todo su contexto (indivisibilidad de la declaración).

c) Impone el deber al Juzgador de valorar la declaración en relación a las demás pruebas (valoración en conjunto).

El precepto jurídico del Art. 222 inciso cuarto en relación al Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos, son vulnerados por FALTA DE APLICACIÓN por las siguientes razones: (…)

B) El inciso cuarto del Art. 222 del Código Orgánico General de Procesos establece que los peritos sustentaran sus informes mediante declaración en audiencia siguiendo las reglas para los testigos, esto, en relación al Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos que establece la valoración de la declaración en todo su contexto y en relación a las demás pruebas incorporadas al juicio.

C) El Tribunal Ad quem, NO HA VALORADO EN TODO EL CONTEXTO la

declaración de la perito contable Ing. Eliana Morales Moreno, especialmente, a las respuestas rendidas al contrainterrogatorio, donde indicó que su experticia la basa únicamente en correos electrónicos, SIN QUE HAYA REALIZADO CONSTATACIÓN CONTABLE DE FACTURAS, NOTAS DE VENTA, DOCUMENTO O SOPORTE que acredite las supuestas transacciones que indican los mensajes de correo electrónico, y, que ha utilizado los informes de la Dra. Carmen Zabaleta y de la Abg. María Rosa Romero Jarre para realizar la pericia.

D) El Tribunal Ad quem, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 990 del cuaderno de primer nivel, donde consta que en la cuenta de ahorros del señor AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN SÚAREZ, NO SE REGISTRAN depósitos, transferencias o cheques del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, lo cual demuestra que no existe soporte de depósito, transferencia o cheque que acredite la entrega de dinero que alude el actor del presente proceso, por lo que es ERRADO que el Tribunal Ad quem, indique en su conclusión que no se ha aportado ninguna prueba para acreditar la inexistencia de entrega de dinero de parte del actor.

E) El Tribunal de Alzada, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación conferida por el Banco de Loja de fojas 1021 y 1021 vuelta de la primera instancia, donde consta que en la cuenta de corriente del señor ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SÚAREZ, NO SE REGISTRAN depósitos, transferencias o cheques del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, lo que determina el ERROR en que se ha incurrido en la sentencia de segunda instancia, puesto que, esta certificación justifica que no han existido entrega de dinero de parte del accionante hacia el compareciente Arturo Eguiguren.

F) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación al informe de fecha 17 de octubre del 2017 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 6 a 8 del expediente de primer nivel, en el cual se lee:

"La presente revisión la efectúo en el periodo comprendido desde Enero 2015 a Septiembre 2017, el alcance de este trabajo se realizó en base a los correos electrónicos enviados por parte del Dr. Galo Ortega a otros, es necesario indicar que dicha información no respalda la contabilidad y por ende no tiene validez tributaria (...) (...) CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

1.- No existe documentación soporte, la revisión únicamente se realizó en base a correos electrónicos e información otorgada por el Doctor Galo Ortega."

Esto incide en la conclusión de la sentencia impugnada sobre la pericia de la Ing. Eliana Morales, ya que esta pericia NO ES CONTUNDENTE, ya que uno de los informes que sirve de base a la pericia, indica que NO EXISTE DOCUMENTACIÓN DE SOPORTE, QUE NO RESPALDA LA CONTABILIDAD, y, QUE NO TIENE VALIDEZ TRIBUTARIA.

G) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación al informe de fecha 07 de junio del 2018 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 11 a 12 del cuaderno procesal de primera instancia, en el cual se puede observar que dice:

"Señor Fiscal me permito indicar a usted, que he procedido a la revisión solicitada, sin embargo es necesario indicar que una vez revisado los valores que se registraron en un detalle de Excel de acuerdo a los correos enviados por el Dr. Ortega con la contabilidad personal del señor Romero, no se tiene la información necesaria; ya que no se me informó en los correos a que proveedor fue pagado dichos valores (...)"

La no valoración de la declaración de la perito Ing. Eliana Morales, en relación a este informe, produce una conclusión errada en la sentencia del Tribunal Ad quem, pues, NO PUEDE SER CONTUNDENTE una pericia, que se funda en un informe de otra contadora (Dra. Carmen Zabaleta), en la que se indica QUE NO SE TIENE LA INFORMACIÓN NECESARIA, YA QUE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS NO INFORMAN A supuestamente se han pagado dichos valores. QUÉ PROVEEDOR H) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la certificación suscrita por la Dra. Carmen Zabaleta Costa de fojas 1172 de la primera instancia, que indica que en la contabilidad del señor Arturo José Eguiguren Suárez, NO SE REGISTRAN CUENTAS POR PAGAR al Dr. Galo Ortega Criollo, lo cual determina que es un YERRO que la sentencia de segunda instancia, concluya que "no se ha aportado ninguna prueba" para demostrar

la inexistencia de entrega de dineros que alude el actor del presente proceso.

I) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la declaración de la testigo Dra. Carmen Zabaleta, la cual manifiesta en la parte pertinente QUE NO EXISTEN COMPROBANTES CONTABLES NI TRIBUTARIOS de lo que indican los correos electrónicos remitidos por el Dr. Galo Ortega Criollo.

J) El Tribunal de Apelaciones, NO HA VALORADO la declaración de la Ing. Eliana Morales Moreno, en relación a la declaración de la testigo Abg. María Rosa Romero Jarre, quien indicó que hizo un informe contable casero, ya que no es su especialidad, y, que consideró que los dineros que alli se indicaban son de los ingresos de su hermano (sr. Miguel Romero Jarre) que ha obtenido de los contratos con el Municipio de Loja, y, esto en relación a la prueba documental de los contratos con el Municipio de Loja que obran de fojas 115 a 134 de la primera instancia,, y, de fojas 1033 a 1135 (remitidas mediante oficio ML-DF-2020-174) del expediente de primer nivel.

El Tribunal Ad quem, al no valorar la declaración de la perito Ing. Eliana Morales, en relación a que uno de los informes base de la pericia, es el informe contable casero realizado por la Abg. Maria Rosa Romero Jarre, quien indica que NO ES SU ESPECIALIDAD LA CONTABILIDAD, por ende, no es un elemento técnico que sustente la pericia de la Ingeniera Morales, por otro lado, la declarante Ab. María Rosa Romero Jarre, indica que la entrega de dinero que aluden los correos, consideró que era el propio dinero de su hermano (Sr. Miguel Romero) producto de la provisión de pétreo al Municipio de Loja, de lo que existen la certificación de estos contratos, lo que corrobora que el señor Miguel Romero tenía sus propios ingresos, y, no que el actor del presente juicio haya aportado dinero alguno.

4.2.7.2 INCIDENCIA DEL VICIO EN LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Las transgresiones a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria antes indicadas, tienen INCIDENCIA en las conclusiones de la sentencia impugnada, la cual indica: (…) Las conclusiones de la sentencia del Tribunal Ad quem, son ERRADAS por lo siguiente:

A) Es ERRADA la conclusión de que existe "CONTUNDENCIA" en la prueba del accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, pues, la materialización de los mensajes de correo electrónico de fojas 207 a 371 del expediente de primera instancia, y que son base de la acción, en todo su contenido indivisible de los documentos (Art. 199 COGEP), NO INDICAN NOMBRE DE PROVEEDOR, NI FACTURA NI DOCUMENTO DE SOPORTE de los supuestos pagos que constan en los referidos mensajes. Es ERRADA la conclusión de que los demandados y suscritos casacionistas, Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, "NO HAN APORTADO PRUEBA ALGUNA PARA JUSTIFICAR LA INEXISTENCIA DE ENTREGA DE DINEROS DE PARTE DEL ACTOR", pues constan las certificaciones del Banco de Loja de fojas 990 y de fojas 1021-1021 vuelta de la primera instancia, que justifican que NO EXISTEN DEPÓSITOS, NI TRANSFERENCIAS BANCARIAS NI CHEQUES en la cuentas de los suscritos casacionistas, que hayan sido efectuados por el accionante Dr. Galo Ortega, por lo que si existe prueba actuada que acredita la inexistencia de entrega de dinero de parte del actora hacia los comparecientes.

En el mismo sentido no se ha valorado por el Tribunal Ad quem, que la certificación emitida por la Dra. Carmen Zabaleta de fojas 1172 de la primera instancia, que indica que en la contabilidad del señor Arturo José Eguiguren Suárez, NO SE REGISTRAN CUENTAS POR PAGAR al Dr. Galo Ortega Criollo.

C) Es ERRADA la conclusión de la sentencia del Tribunal Ad quem, cuando indica que la PRUEBA PERICIAL de la parte actora, esto es, la declaración de la perito Ing. Eliana Morales Moreno, es "CONTUNDENTE", ya que de haber valorado la prueba pericial en relación a los demás medios probatorios (valoración en conjunto) se desprende todo lo contrario, esto es:

C.1 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando en su propia declaración indica que NO HA REALIZADO CONSTATACIÓN CONTABLE DE FACTURAS, NOTAS DE VENTA O DOCUMENTO DE SOPORTE de los pagos que aluden los mensajes de correo electrónico, lo cual debió ser valorado en todo su contexto (Art. 186 COGEP).

C.2 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando de las certificaciones conferidas por el Banco de

Loja de fojas 990 y de fojas 1021-1021 vuelta de la primera instancia, se desprende que en la cuentas bancarias del señor ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SÚAREZ y AUGUSTO VINICIO EGUIGUREN NO SÚAREZ, SE REGISTRAN depósitos, transferencias o cheques realizados por el accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, lo cual justifica que no han existido entrega de dinero del actor hacia los suscritos casacionistas.

C.3 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando indica en su declaración que su experticia la ha realizado en función de los informes de la Dra. Carmen Zabaleta Costa, cuando el informe de fecha 17 de octubre del 2017 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta (fojas 6 a 8 de la primera instancia); el informe de fecha 07 de junio del 2018 suscrito por la Dra. Carmen Zabaleta (fojas 11 a 12 del primer nivel); y, la declaración de la testigo Dra. Carmen Zabaleta Costa, determinan que los pagos que aluden los mensajes de correo electrónico remitidos por el Dr. Galo Ortega, NO TIENEN RESPALDO EN LA CONTABILIDAD, NI VALIDEZ TRIBUTARIA, NI INDICAN EL NOMBRE DEL PROVEEDOR, por lo que se determina que la pericia no tiene contundencia ni valor probatorio decisivo en el presente proceso, ni en contra del compareciente ARTURO JOSÉ EGUIGUREN SUÁREZ, pues consta la certificación suscrita por la Dra. Carmen Zabaleta Costa de fojas 1172 de la primera instancia, que indica que en la contabilidad del señor Arturo José Eguiguren Suárez, NO SE REGISTRAN CUENTAS POR PAGAR al Dr. Galo Ortega Criollo.

C.4 Que no puede tener contundencia la pericia de la Ing. Eliana Morales Moreno, cuando indica en su declaración que su experticia la ha realizado en función del informe de la Abg. María Rosa Romero Jarre, ya que en la declaración de la testigo Abg. María Rosa Romero Jarre indicó: "QUE HIZO UN INFORME CONTABLE CASERO, YA QUE NO ES SU ESPECIALIDAD, Y, QUE CONSIDERÓ QUE LOS DINEROS QUE ALLÍ SE INDICABAN SON DE LOS INGRESOS DE SU HERMANO (SR. MIGUEL ROMERO JARRE) QUE HA OBTENIDO DE LOS CONTRATOS CON EL MUNICIPIO DE LOJA",

lo de los contratos del municipio tiene constancia probatoria documental de los contratos con el Municipio de Loja que obran de fojas 115 a 134 de la primera instancia,, y, de fojas 1033 a 1135 (remitidas mediante oficio ML-DF-2020-174) del expediente de primer nivel, por lo que el dinero fue exclusivo del codemandado señor Miguel Enrique Romero Jarre.

4.2.7.3 CONCLUSIONES CORRECTAS A LAS QUE DEBIÓ HABER ARRIBADO LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Las CONCLUSIONES CORRECTAS a las que debió haber arribado la sentencia del Tribunal de Apelaciones, estimamos que serían las siguientes: (…).

*L) Que, **en conclusión final,** la **demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo**, es improcedente, por no haberse acreditado la existencia de la sociedad de hecho aludida en la demanda, ni la aportación o préstamo de dinero que constan en el libelo de demanda.*

4.2.7.4 VULNERACIÓN INDIRECTA DE LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO Y TRASCENDENCIA EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO.

*Por la transgresión de los preceptos de valoración probatoria, se **VULNERA INDIRECTAMENTE** por **NO APLICACIÓN**, la norma de derecho sustantivo del Art. 1959 del Código Civil que transcribimos a continuación: (…)*

*Esta norma sustantiva debió haber sido aplicada al caso concreto, por cuanto: a) El accionante Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo no ha acreditado la aportación que alude en su demanda de $ **160.768,55,** b) El accionante **no ha acreditado** conforme a Derecho **que haya existido aportación común** del señor Miguel Enrique Romero Jarre y de los señores Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suárez, presupuesto esencial para la existencia de la sociedad de hecho que se alude en la demanda, c) Tampoco se ha probado que haya existido reparto de beneficios entre el accionante y los demandados, ya que el beneficio no puede ser puramente moral, y, d) Que no se ha determinado procesalmente la existencia de la sociedad de hecho, por lo que, es procedente la excepción deducida por los demandados de INEXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO, por lo que la demanda del accionante Dr. Galo Ortega deviene en improcedente*

*Este **vicio in iudicando indirecto,** influye en la **parte resolutiva** de la sentencia impugnada que dice: (…).*

*El **error es trascendente**, por cuanto de haberse aplicado los preceptos de valoración*

probatoria antes indicados, y de haberse aplicado la norma sustantiva del Art. 1959 del Código Civil, ante la inexistencia de la sociedad de hecho aducida por el accionante, el ***RESULTADO DEL PROCESO debía ser DISTINTO, esto es, que en la sentencia del Tribunal Ad quem, se debió haber aceptado los recursos de apelación de los demandados, y declarar sin lugar la demanda del Dr. Galo Wladimir Ortega Criollo, por IMPROCEDENTE.*** *(Sic)"*

V. PROBLEMA JURÍDICO

22. Delimitados los cargos planteados y admitidos a trámite, a su vez, corresponde dilucidar en función al principio dispositivo[6] si las censuras fundamentadas en audiencia por los recurrentes, están dotadas de sustento y argumento válido; al respecto, se delimitan los problemas jurídicos a analizarse, que se circunscriben en las siguientes interrogantes:

¿La sentencia emitida por el Tribunal de apelación, incurre en un vicio de deficiencia motivacional?

¿El Tribunal *Ad quem*, incurre en el vicio de citra petita, al resolver la controversia en la forma constante en la sentencia impugnada?

¿El *Ad quem*, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 186, 199, y 222 inciso cuarto del COGEP, en la valoración de la prueba, lo que condujo a la violación indirecta de normas de derecho sustantivo?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

23. 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:

24. 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..."[7].

25. 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...".

26. 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.

27. 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[8]; 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[9].

---

[6] **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".*

[7] 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.

[8] **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. (…)".*

[9] **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;*

28. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.
29. 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..."* [10].

30. 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.
31. 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..."*.
32. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.
33. 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.
34. *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.
35. 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..."*.[11]

36. 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.
37. 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

[10] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.
[11] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

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"* [12].

38. 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.

39. 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.

40. 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"* [13].

41. 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".*

42. 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..."* [14].

43. 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.

44. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptaron a trámite, los recursos, por los casos **2, 3, 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 deducido Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez.

---

[12] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[13] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[14] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

45. El caso 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."*

46. 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"* [15].

47. 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.

48. Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo[16], son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

49. De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe en la falta de motivación, indicando que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 89 del COGEP.

50. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional[17], doctrinaria[18],

---

[15] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade &Asociados Quito, 2005, p. 135- 136.

[16] **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".*

[17] **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.)

[18] **Dentro del ámbito doctrinario,** respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: *"(…) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (…)".* (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

y jurisprudencialmente[19].

51. 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".*

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" .*

52. 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.

53. 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.

---

[19] **Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho,** la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

"(…) La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto 2. 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).

54. 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).

55. 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…"* [20] (Énfasis añadido).

56. 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.

57. 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, 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*

[20] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes" [21]

58. 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.

59. 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"* [22].

60. 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 falta de motivación de la resolución de segunda instancia. Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación la parte recurrente?

61. 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.

62. Al tenor de 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?

63. En función de los principios de imparcialidad, y dispositivo, corresponde delimitar el estudio del cargo, de conformidad con lo fijado por los recurrentes, por medio de su defensor, en audiencia; en base a ello, se logra extraer los puntos medulares de la impugnación, relacionados con la presunta vulneración de los artículos 76 numeral 7 literal l) de la CRE, y 89 del COGEP, ya que, el Tribunal de apelación:

- Incurre en un yerro en cuanto a la motivación, en la modalidad apariencia, subtipo incongruencia, frente a las partes y frente al derecho.
- Utiliza normas para resolver el caso, que no se adecúan al cuadro fáctico de la discusión.
- Falla en el elemento jurídico de la motivación puesto que, las normas que sirven de insumo para la decisión judicial no guardan relación con el contenido fáctico de la discusión.
- Pese a que, la disputa radica en establecer si hay una obligación entre actor y demandados, y que aquello debía justificarse con la cuestión probatoria, la misma no ha sido debidamente analizada tomando en cuenta que al accionante le corresponde probar sus afirmaciones.
- Afirma que el voto de dos Jueces constituye un voto salvado, determinación adjetiva que es errada e incongruente.
- En el numeral 5.6 de la sentencia, fija como objeto de apelación los reproches planteados por el demandado Miguel Romero Jarre, los mismos que no son analizados ni contestados.
- Contesta el problema jurídico sometido a resolución con la invocación del artículo 1453 del Código Civil, estableciendo la existencia de un convenio entre actor y demandados, lo cual es impreciso.
- Invoca el artículo 1728 del Código Civil, que regula el principio de prueba por escrito, sin embargo, al tomar la decisión se toma en cuenta correos y WhatsApp, que no se adecúan a este principio como para sustentar en los mismos la existencia de la obligación.
- No advierte que no existe comunicación escrita del demandado que determine la verosimilitud de las afirmaciones del actor, tan solo las comunicaciones del accionante, insuficientes para establecer la

[21] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021
[22] Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, p. 33.

presunta obligación sobre la base del artículo 1728 del Código Civil, lo que genera incongruencia.

- Pese a todas las cuestiones advertidas, las cuales eran razón suficiente para declarar sin lugar la pretensión del actor, resuelve lo contrario.
- Al momento de subsumir los hechos, los mismos no empatan con las normas invocadas.
- No indica cómo debe liquidarse la sociedad de hecho, que se dice ha existido, lo que resulta incongruente.

64. 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 cuestiona el valor probatorio que se dio a ciertos correos electrónicos y WhatsApp, para sustentar la existencia de la obligación, o cuando cuestiona que no existe comunicación escrita (prueba documental) del demandado que determine la verosimilitud de las afirmaciones del actor, tan solo las comunicaciones (prueba documental) del accionante, insuficientes para establecer la presunta obligación.

65. 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 (…)"* [23].

66. 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 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.

67. Sin dejar de lado el yerro de la propuesta impugnatoria, señalado en líneas anteriores; continuando con el análisis del cargo planteado, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional[25],

[23] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.
[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

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.

68. 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:

69. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[26].

70. 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].

71. 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:

72. 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.

73. 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].

74. Inatinencia. Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no que dan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente[31].

75. 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

[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.
[31] Ibídem.

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]

76. 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]

77. Ahora bien, para analizar la cuestión planteada por los recurrentes, en torno a que el *Ad quem*, abstracta e incongruentemente invoca el artículo 1453 del Código Civil, sin determinar cuál es la fuente de la obligación utilizada para para resolver el conflicto judicial, atañe observar las reglas del Libro IV del Código Civil, intitulado *"De las obligaciones en general y de los contratos"*, el cual contiene una serie de delimitaciones conceptuales, referentes a las fuentes de las obligaciones, y aspectos relacionados con los actos y declaraciones de voluntad; la capacidad, los vicios del consentimiento; los efectos de las obligaciones; la prueba de las obligaciones; los modos de extinguir las obligaciones, etc.

78. Se precisa indicar que, como parte de la fundamentación jurídica, el *Ad quem*, invoca el artículo 1453 del Código Civil, señalado como fundamento de derecho de la demanda, norma que textualmente señala lo siguiente:

> *"Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".*

79. Ahora, en relación a la garantía normativa descrita en el párrafo que precede, nuestra legislación no reglamenta el acto jurídico, como sí lo hacen legislaciones foráneas. Sin embargo, partiendo de los principios contenidos en los primeros títulos del libro cuarto del Código Civil, se ha estructurado la doctrina del acto jurídico.- Los hechos voluntarios del hombre son clasificados según haya la intención de producir determinados efectos jurídicos, o que no exista esa intención. Los primeros reciben el nombre de actos jurídicos. Los segundos son hechos ilícitos.

80. El acto jurídico ha sido definido como la declaración unilateral o bilateral de voluntad, realizada con arreglo a la ley y destinada a producir efectos jurídicos.

81. El acto jurídico puede ser unilateral o bilateral. Es unilateral cuando proviene de una sola voluntad. A su vez, puede ser simple, cuando esa voluntad emana de una sola persona como el testamento; o puede ser colectivo, si proviene de la voluntad de varias personas. En este último caso hay la misma voluntad, en un solo sentido, en una única dirección, como en el otorgamiento de poder de dos o más personas; en la resolución de junta general de socios o accionistas sobre el reparto de utilidades. (Dentro de esta concepción, la constitución de una compañía, por lo general no será contrato, sino un acto jurídico unilateral colectivo; y más todavía, algunos autores, consideran que es de colaboración, para contraponer al acto contrato bilateral, en que hay contraprestaciones).

82. El acto jurídico es bilateral cuando hay dos o más voluntades que coinciden sobre un punto de derecho. En este caso, no existe un paralelismo como en el acto jurídico unilateral colectivo, sino que hay una convergencia. Cuando existe convergencia, estamos frente al consentimiento.- El acto jurídico bilateral recibe el nombre de convenio o convención. Tiene por objeto crear, modificar, conservar, transferir o extinguir derechos y obligaciones. -Cuando la convención crea derechos y obligaciones recibe el nombre específico de contrato.

[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

83. La moderna doctrina también admite que puede haber contrato cuando modifica un derecho (como la prórroga de plazo de un contrato celebrado anteriormente.

84. Entonces tenemos que el contrato es una especie de convención, llamado a crear derechos y obligaciones. Todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato.

85. La convención, según el artículo 1453 del Código Civil, también es fuente de la obligación. Hay una relación de causa a efecto. Pero la convención no es la única fuente de las obligaciones: hay otras, como el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

86. La convención, a más de crear derechos y obligaciones (contrato), conserva, modifica, transfiere derechos y obligaciones.- El concepto de convención es amplio.

87. Ahora bien, relacionando lo indicado en los párrafos que preceden, con el problema jurídico planteado, es claro que el *Ad quem*, escoge a la convención como una de las fuentes de las obligaciones, para resolver el conflicto judicializado, la misma que conforme lo señalado, desde la óptica de la doctrina como fuente auxiliar del derecho, tiene un espectro de irradiación más amplio que la del contrato; consecuentemente, al haberse subsumido la cuestión fáctica esbozada en la súplica, en un acto jurídico bilateral denominado abstractamente inversión o sociedad de hecho, que tuvo como objetivo crear, modificar, y transferir derechos y obligaciones, cual es la convención, todo lo cual generó la obligación ahora pendiente de los demandados, según los hechos fijados como ciertos, no existe la incongruencia frente a las partes o frente al derecho acusada por los recurrentes, siendo improcedente su censura.

88. En lo que respecta a la acusación de incongruencia entre la cuestión fáctica (relacionada a la entrega de valores económicos por parte del accionante a los demandados), y la subsunción de la misma en el artículo 1728 del Código Civil, que regula el principio de prueba por escrito, por presuntamente "no constar acto escrito del demandado o de su representante" que haga verosímil el hecho litigioso, cabe indicar que, de la sentencia impugnada, se observan ciertos hechos fijados como ciertos, que determinan la existencia de dicho elemento (actos escritos de los demandados, entre ellos, los constantes en la aplicación de mensajería instantánea y en los correos electrónicos) a partir de los cuales, giró el análisis del caso en relación con otros hechos fijados en instancia, de todo lo cual emergió la prueba de la obligación reclamada a los accionados; ergo, la censura de los recurrentes emerge como una falacia argumentativa basada únicamente en la inconformidad con la justipreciación de la prueba realizada en la sentencia impugnada, que soslaya el principio de no debate de instancia, siendo por tanto improcedente su formulación.

89. Este Tribunal considera que de la revisión de la sentencia impugnada, se evidencia que el órgano judicial de alzada, parte de la cuestión fáctica y contra fáctica planteada por las partes procesales; sobre la base de aquello evidentemente emergió la discusión probatoria, en ese sentido, se advierte la existencia de una fundamentación fáctica suficiente, en el acápite V), apartados 5.10 y ulteriores de la sentencia impugnada, a partir de ello, se fijan los hechos ciertos de la especie; en correspondencia, como parte de la fundamentación jurídica suficiente, el *Ad quem*, invoca los artículos 1453 y 1728 del Código Civil, todos relacionados con el conflicto judicializado, ergo, dicha conclusión no resulta ilógica para la línea argumentativa con la que se arriba a la decisión de aceptar la demanda, *per se*, se excluye el enunciado de incongruencia frente a las partes y frente al derecho, conforme lo explicado *ut supra*, por ello deviene en improcedente la acusación planteada por los recurrentes.

90. El *Ad quem*, como parte de la fundamentación jurídica invoca el artículo 1463 del Código Civil, el mismo que, establece que la convención es, entre otras, una fuente de las obligaciones; de la revisión de la sentencia del *Ad quem*, dicha cuestión ha sido delimitada, en el siguiente contexto:

> *"(…)1. Los fundamentos de derechos por los cuales, alude su derecho el actor del proceso es el art. 1453 del Código Civil, puesto que dice que los demandados tiene una obligación con él.*
> *2. La fuente de la obligación no precisamente debe ser un contrato, puede ser como en este una convención a través de una sociedad que nunca llegó a formalizarse;*
> *3. Para aquello, aludió que tenía un principio de prueba, que sumado al resto de prueba anunciada, incorporada y producida, hacen creíble su posición como lo vamos a analizar infra supra, en la contestación del recurso de apelación del señor Enrique Romero Jarre; (…)*
> *8. Según nuestro Código Civil, cuando se refiere a las obligaciones en su artículo 1453 dice: (…)*
> *9. Por lo tanto, las obligaciones no solamente nace de contratos, sino también de las convenciones. En el caso sub lite, debe preguntarse ¿existió la convección por lo tanto*

una obligación pendiente?, para criterio del Tribunal si existió la convención que generó una obligación que debe cumplirse, conforme lo vamos a explicar infra supra. (…).
19. La norma es clara, leída textualmente no necesita explicación alguna. Es evidente que el actor del proceso por la convención que llegó con los demandados, tiene la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, por lo que las partes le solicitaron a la Dra. Carmen Zabaleta, que lo realice, luego a sustentado su posición con el peritaje de la Ing.. Eliana Morales, a los cuáles no han hecho resistencia ni se han opuesto JURÍDICAMENTE y conforme manda la Ley PARA DESVANECER, ni el informe ni el peritaje, por lo que existiendo un principio de prueba cabe perfectamente que requiera los valores aportado
20. En cuanto al art 1562 del Código Civil, que dice: "La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados, por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho". Se refiere este artículo, a la nulidad de contrato, en este caso NO EXISTE CONTRATO ALGUNO, es una convención con la que nace la obligación, además no se está solicitando por ninguna de las dos partes se declare nula ninguna sociedad, que repetimos no está constituida por contrato, como equivocadamente mencionan los recurrente; (…)
38. El informe pericial y sustento del mismo del Ing. Rodríguez, que realiza la materialización de la conversaciones de WhatsApp, entre el actor y el demandado Romero Jarre, consta en el audio 1.2., al minuto 11:53, quien dice que se ha garantizado la información en la extracción de la información, que dejan ver la convención existente y los valores que se reclaman. Este informe pericial se corrobora con los números de celular que reconoce el demandado le pertenecen para establecer que los mensajes se dieron entre el actor y el demandado; (…)" (Sic).

91. La delimitación esbozada sobre el caso por el *Ad quem*, en torno a lo cual basa su análisis para rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, y confirmar la sentencia de la Jueza *A quo,* parte del examen de los hechos fijados como ciertos y la subsunción de los mismos a los fundamentos de derecho deducidos en la súplica.

92. Ergo, deviene en lógico que se resuelva el asunto, tomando como parte fundamental del conflicto, reglas que, *per se*, fueron invocadas como fundamentos de derecho en la demanda, atendiendo para tal efecto la previsión jurídica principal. De los hechos fijados como ciertos, en contraste con el convenio, cuya existencia se halla fijada con verosimilitud, se avizora que los accionados no cumplieron con su obligación, pese a que el actor cumplió con lo acordado; *per se*, la garantía normativa del artículo 1453 del Código Civil, fue coherentemente aplicada.
93. En el sentido descrito *ut supra*, se insiste, en el acto jurídico bilateral, los accionados no cumplieron lo pactado, pese a que el actor entregó los valores económicos, *per se,* cumplió su parte; en ese sentido, la decisión del *Ad quem*, de disponer la devolución de los montos monetarios, lleva implícita la orden de garantizar seguridad del tráfico jurídico en esta clase de convenciones, tanto más que, dicha cuestión se basa en la pretensión del actor, la misma que debía ser considerada al momento de resolver, en función de los principios de congruencia, y dispositivo.
94. De lo expuesto, resulta evidente que los jueces de apelación, resolvieron los argumentos relevantes de las partes y, particularmente, los cuestionamientos de los demandados, sobre la presunta inexistencia del convenio, aplicando congruentemente las normas invocadas por el actor; ergo, la censura de la parte demandada, emerge como una mera inconformidad con lo decidido, no cumpliendo esta cuestión con la debida fundamentación y demostración para su procedencia.
95. En este sentido, a criterio de este Tribunal, la parte recurrente no ha justificado en debida forma la razón por la que la fundamentación fáctica o jurídica del *ad quem*, es aparente por incongruencia, evidenciándose que, lo que ataca realmente la parte demandada, es la validez, eficacia, y justipreciación de la prueba actuada, basada en los preceptos que la regulan, acusación que debía haberse efectuado al amparo del caso 4 del artículo 268 del COGEP y no vía motivación, pues, al ser la casación un recurso formal, debe plantearse cada acusación atendiendo a la naturaleza de cada causal, motivo por el cual, el cargo deviene en improcedente.
96. En suma, cabe señalar que, 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.

97. A su vez el principio de trascendencia, implica que el argumento de los casacionistas, 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 enunciados abstractos, que no trascienden.

98. El fallo impugnado contiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente que permite establecer las razones que llevaron al Tribunal de alzada, a arribar a su decisión: (i) la existencia de un convenio entre las partes (ii) que esta convención no fue cumplida por la parte demandada; (iii) que por efecto del incumplimiento de los accionados, se quebrantó el acto jurídico; y, (iv) que producto de ese quebrantamiento de la relación jurídica, la parte demandada tiene una obligación pendiente (devolución de lo pagado) con el actor, por cuanto este último cumplió con su obligación.

99. Estos hechos fijados como ciertos en el fallo impugnado, permiten al Tribunal, arribar a ciertas conclusiones que se concatenan perfectamente con las premisas fácticas, esto es que, la parte demandada no ha cumplido con la convención, motivo por el cual ha sido requerida judicialmente, debiendo cancelar los valores que están consignados en la sentencia impugnada.

100. 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, 130 numeral 4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; ergo, en el cargo planteado por el parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó los principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *Ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

VI.4. Estudio del caso 3 del artículo 268 del COGEP deducido por Miguel Enrique Romero Jarre:

101. El numeral 3 del artículo 268 del COGEP, establece lo siguiente:

> ***"Art. 268.- Casos.*** *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia".*

102. El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: *"…la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,"* [34], en este sentido, *"la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)"*,[35] en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle, señala al respecto:

> *"El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)"* [36]

103. Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

> "(…) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata,* delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene

[34] Humberto Murcia Ballén, *"Recurso de Casación Civil"*, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñes, Bogotá, 2005, Pág.506.
[35] Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).
[36] Enderle Guillermo Jorge, *"La Congruencia Procesal"*, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pág. 103.

tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso" [37].

104. En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del COGEP: *"Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso."*, en relación con lo que dispone el artículo 91 ibídem: *"La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes"*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio[38].

105. En tal virtud, la congruencia exige *"al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso"* [39].

> *"…Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada…"* [40].

106. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- *"Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.*
- *Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.*
- *Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.*
- *Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.*
- *Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.*
- *Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito ut supra, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (plus o ultra petita), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (extra petita), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (citra petita) (debida fundamentación y demostración).*
- *El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)"* [41].

107. Conforme lo indicado *ut supra,* **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

> **¿El Tribunal *Ad quem*, incurre en el vicio de *citra petita*, al resolver la controversia en la forma constante en la sentencia impugnada?**

108. En función de los principios de imparcialidad, y dispositivo, corresponde delimitar el estudio del cargo, de conformidad con lo fijado por el recurrente, por medio de su defensor, en audiencia; en

[37] G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)
[38] Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil,* Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 323.
[39] Oswaldo Navas, *Teoría General del Proceso*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p. 101
[40] Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil,* Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 321.
[41] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Civil y Mercantil, sentencia caso No. 03332-2018-00332.

base a ello, se logra extraer los puntos medulares de la impugnación, que hacen referencia a que, el *Ad quem,* en su sentencia, infringe la norma descrita en el artículo 90 numeral 6 del COGEP, ya que la decisión adoptada no establece con precisión lo que se ordena, por cuanto, del Tribunal de alzada, no emergió una resolución unánime o absoluta, todo lo contrario, una de mayoría, y un voto salvado, al tenor de los artículos 203 inciso primero y 204 del COFJ, en los cuales, se avizora un galimatías enunciativo y dispositivo, sin claridad alguna, ya que, del propio texto de la sentencia aparece que los doctores Pablo Narváez Cano y Adriano Lojan Zumba, Jueces Provinciales, emiten un voto salvado, lo cual es un contrasentido ya que el mismo al contar con dos concurrencias, constituye uno de mayoría; y, por otro lado, se establece un voto salvado del doctor Carlos Fernando Maldonado Granda, que a la vez aparece como la decisión de mayoría, todo lo cual enerva el poder decisorio que corresponde.

109. En el *in examine,* dada la naturaleza del caso, *prima facie*, se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido *(plus o ultra petita)*, si se ha concedido algo distinto a lo pedido *(extra petita)*, o se ha dejado de resolver sobre algo pedido *(citra petita)*. Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure,* que dan lugar a la casación.

110. Lo que jurídicamente calificado como *"traba de la litis"* , se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto *"…la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación"* [42].

111. Ahora bien, el recurrente, no formula su censura con el rigor técnico que corresponde, ya que no adecua su reproche a uno de los parámetros que establece el numeral 3 del artículo 268 del COGEP, entre ellos los de *plus o ultra petita, extra petita*, o citra petita, como vicios de incongruencia, lo que hace imposible su análisis.

112. Adicionalmente, del planteamiento realizado por la parte recurrente, no se evidencia argumento alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones o peticiones, y lo resuelto en la sentencia; *a contrario sensu*, este Tribunal observa que la parte recurrente con sus enunciados procura evidenciar un vicio *in procedendo* (que dicho sea de paso no existe, ya que el error advertido fue convalidado mediante auto de 14 de marzo de 2022, las 14H21, por el propio *Ad quem*), propio de otro cargo impugnatorio cual es el descrito en el numeral 1 del artículo 268 del COGEP; en ese sentido no existe una debida fundamentación y demostración en la censura, tornando a la misma en improcedente.

113. Sin dejar de lado las impresiones técnicas advertidas en los párrafos que preceden, contrastada la pretensión de la demanda, las excepciones, su contradictorio, y la resolución impugnada, se observa que, sobre la base de la traba de la litis, el *Ad quem*, justipreció los elementos probatorios aportados y fijó como hechos ciertos aquellos necesarios para determinar su correspondencia con los fundamentos facticos y jurídicos planteados por la parte accionante, descartando las excepciones y argumentos deducidos por los legítimos contradictores, dilucidando sobre la procedencia de la demanda. En este sentido tenemos que la sentencia en su parte pertinente señala:

> *"(…) La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de justicia de Loja, por las consideraciones expuestas, por voto de mayoría, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO*

[42] Humberto Murcia Ballén, *"La Casación Civil en Colombia"*, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:
1.- Rechazar el recurso de apelación del actor del proceso;
2.- Rechazar el recurso de apelación del demandado señor Miguel Enrique Romero Jarre;
3.- Declarar el recurso de apelación de los hermanos Eguigueren Suárez, NO DEDUCIDO, por extemporáneo al no haberse fundamentado en el término dispuesto en la Ley;
4.- Confirmar la sentencia venida en grado por la motivación constante en la sentencia de primer nivel como por la realizada en este nivel jurisdiccional;
5.- Sin costas procesales en esta instancia.
Devuélvase el proceso a la Unidad de Judicial.
Notifíquese (…)" (Sic).

114. Entonces, de la revisión de la demanda, la contestación a la misma, y de la sentencia impugnada, no se evidencia que se haya resuelto *ultra, extra, o citra petita*, ya que, el pago de valores económicos, es consecuencia lógica de la aplicación del principio dispositivo, y de la existencia del convenio, conforme una de las hipótesis descritas en el artículo 1453 del Código Civil.

115. Adicionalmente, no se evidencia argumento adecuado alguno tendiente a justificar que el *Ad quem*, dejó de resolver sobre alguno de los cargos planteados en apelación.

116. En conclusión, en los cargos planteados por el recurrente, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación, demostración y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *Ad quem*, se vislumbre un vicio de incongruencia, es improcedente.

VI.5. Estudio del caso 4 previsto en el artículo 268 del COGEP deducido Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez.

117. 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".

118. 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 [43]".

119. 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).*

[43] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120

- *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"* [44].

120. 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"* [45].

121. 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 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*[46]*".*

122. Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados; al respecto, en función de los principios de imparcialidad, y dispositivo, corresponde delimitar el estudio del cargo, de conformidad con lo fijado por los recurrentes, por medio de su defensor, en audiencia; en base a ello, se logra extraer los puntos medulares de la impugnación, que en términos concretos sostienen que, se ha incurrido en falta de aplicación de los artículos 183 del COGEP, y 1728 del Código Civil, lo que derivó en una violación indirecta del artículo 1453 del Código Civil.

123. 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.

124. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, corresponde *prima facie*, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

125. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado,** se circunscribe en la siguiente interrogante:

> **¿El *Ad quem*, incurre en un error de omisión (falta de aplicación) de los artículos 186, 199, y 222 inciso cuarto del COGEP, en la valoración de la prueba, lo que**

[44] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[45] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[46] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

condujo a la violación indirecta de normas de derecho sustantivo?

126. Sin embargo, a fin de evitar una eventual incongruencia, el problema jurídico, en base al principio dispositivo y lo fundamentado en audiencia, tiene relación con la falta de aplicación de los artículos 183 del COGEP, y 1728 del Código Civil, lo que derivó en una violación indirecta del artículo el 1453 del Código Civil.

127. 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, las mismas que textualmente, señalan lo siguiente:

COGEP:

"Art. 183. Terminación del proceso por declaración. La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso.."

Código Civil.

"Art. 1728. Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia.

Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales."

128. Ahora bien, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Titulo II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo II, instituye lo atinente a la prueba testimonial; así, una de las reglas generales sobre la terminación del proceso por declaración establece que, la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso (Art. 183 del COGEP). Por otra parte, el artículo 1728 del Código Civil, en lo referente a la prueba de las obligaciones desarrolla el principio de prueba por escrito.

129. El desarrollo conceptual de las reglas singularizadas *ut supra*, y su irradiación procesal, 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 deeficacia jurídica y legal, formalidad y legitimidad, libertad, pertinencia, idoneidad o conducencia, y utilidad de la prueba, que en esencia, establecen:

"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 [47], 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[48]. 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" [49].*

130. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos *supra*, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales, ofertaron un sinnúmero de 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, admisión/inadmisión, 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.

131. Ahora bien, las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de apelación:

- En el numeral 5.6 de la resolución incurre en el yerro acusado.
- Construye su razonamiento judicial en base a correos electrónicos y WhatsApp, no suficientes para declarar la procedencia de la pretensión del actor, ya que el artículo 1728 del Código Civil exige prueba de complemento.
- Valora una pericia que rompe el principio de libertad probatoria al exigir que la contradicción a la misma solo se haga con otro medio de prueba similar.

[47] Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.
[48] Florian, ob. Cit., Núms. 129, 142, 153-157; GUASP, ob. Cit., págs. 343 y 346; ROCHA, Derecho Probatorio, ob. Cit., págs. 84 Y 101; DE LA PLAZA, ob. Cit., t. I, pág. 474.
[49] Devis Echandia, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.

- No considera que, la pericia justipreciada se construyó en base a correos electrónicos, y no en recibos, facturas, o documentos, lo cual es censurable ya que dicho elemento no tiene ningún rigor científico ni metodológico.
- No dio atención a los reproches sobre la prueba deducidos en el recurso de apelación, menos aún al pedido de prueba nueva, rechazado en base a una interpretación dudosa del artículo 258 del COGEP.
- Transgredió el principio de indivisibilidad de la prueba, ya que no se valoró todos los medios probatorios existentes en la causa.
- Sobre la base de enunciados dogmáticos y la invocación de fallos de la ex Corte Suprema de Justicia, construye una decisión falaz, sin considerar que hay reglas claras de aplicación.
- No realiza un análisis individualizado de cada prueba presentada.

132. Analizadas las censuras, se llega a establecer la clara intención de los recurrentes, 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*, construye su razonamiento judicial en base a correos electrónicos y WhatsApp, no suficientes para declarar la procedencia de la pretensión del actor, valora una pericia que no tiene ningún rigor científico ni metodológico, o que, no se realiza un análisis individualizado de cada prueba presentada.

133. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de una pericia y le dé cierto valor, y que aquello se contraste con una 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*, conforme lo ya explicado en párrafos anteriores.- La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

134. 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 a varios medios de prueba en cuya valoración presuntamente se infringieron las reglas cuyo error de omisión se acusa, 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.

135. Sin dejar de lado las imprecisiones de carácter técnico, descritas en líneas anteriores; en lo relacionado a la presunta falta de aplicación del artículo 183 del COGEP, cabe recalcar que el mismo, contiene una de las reglas generales sobre la prueba testimonial, por la cual, *la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso.*

136. La hermenéutica de la mentada norma coadyuva a identificar los presupuestos de la misma, así: **a)** Quien debe hacer la declaración para que surta efectos procesales, es la persona legitimada, es decir el accionado; **b)** La declaración de parte, de forma libre y voluntaria, de un modo claro y tangible debe afirmar que los fundamentos de la demanda son verdaderos, a fin de que la misma pueda constituirse como una prueba irrefutable dentro del trámite; y, **c)** El cumplimiento de las dos cuestiones señaladas produce la terminación del proceso, debido a que existe el reconocimiento de los hechos o derechos controvertidos.

137. Ahora, de los hechos procesales fijados como ciertos, si bien, existen las declaraciones de parte, de los demandados, su contenido, lejos de sostener sobre la verdad de la demanda, afirman que los hechos establecidos en aquella son falsos, consecuentemente, dicha cuestión adjetivaprobatoria no se adecúa al contenido del artículo 183 del COGEP, por ello, la aplicación de la regla en cuestión no era exigible al *in examine,* por ello el error de omisión acusado es imposible; ergo, la censura adolece de debida fundamentación y demostración, siendo improcedente la misma.

138. En lo que respecta a la presunta falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil, cabe recalcar que el mismo, contiene el denominado principio de prueba por escrito, como norma atinente a la prueba de las obligaciones.

139. Entre los elementos constitutivos del principio de prueba por escrito, están: **a)** Que se trate de un escrito; **b)** Que emane de aquel a quien se opone o de quien lo represente; y, **c)** que haga verosímil el hecho alegado.

140. El principio de lo escrito, tiene relación con que, se trate de un escrito, este elemento descarta todas las declaraciones o consentimientos que no hayan sido expresados de esa manera y en ese

lenguaje. Ahora, en la apreciación de cual escrito viene a constituir el principio de prueba, no se exige que se trate de uno redactado con el fin de pre constituirlo. Pueden ser varios o uno solo.

141. El origen del escrito.- La regla exige que el escrito emane de la parte a quien se le opone, o de quien lo represente; sin embargo, doctrinariamente, se admite que el escrito redactado por un tercero extraño a las partes en causa puede ser oponible a una de éstas cuando ella ha hecho suyo su contenido, ya sea expresa o tácitamente.

142. Determinación del origen del escrito.- La parte a quien se opone el escrito debe ser el autor del acto y, a la vez éste debe ser su obra intelectual. Su origen se establece plenamente por su escrituración o por la firma.

143. Contenido del principio de prueba por escrito.- El contenido debe hacer verosímil los hechos alegados, de forma pertinente, concluyente y admisible.

144. Ahora bien, los recurrentes sostienen que existe falta de aplicación del artículo 1728 del Código Civil, sin embargo, de los hechos procesales, fijados como ciertos, se avizora que, la norma en referencia, fue invocada como parte de los fundamentos de derecho en la demanda, sobre la base de aquello, el *Ad quem*, la integra como parte de la fundamentación jurídica suficiente en su sentencia, es decir aplica la misma para resolver el conflicto judicializado, solo de esa forma se entiende que, al establecer la cuestión fáctica (relacionada a la entrega de valores económicos por parte del accionante a los demandados), y fijar los hechos, lo hace sobre la base de los elementos que integran el artículo 1728 del Código sustantivo Civil, luego de lo cual, concluye que existen actos escritos de los demandados, entre ellos, los constantes en la aplicación de mensajería instantánea, y en los correos electrónicos, a partir de los cuales, en ilación con la prueba de complemento, emergió la prueba de la obligación reclamada a los accionados; ergo, la censura esbozada es contradictoria con la esencia del cargo planteado, siendo por tanto improcedente.

145. Procesalmente, además, se avizora que el *Ad quem*, en el acápite "IV", de su sentencia, plasma la relación de los hechos; a partir de estas premisas fácticas y procesales, avanza con la teoría probatoria planteada, justipreciando los medios probatorios admitidos, incorporados y practicados por los sujetos procesales, a tal punto que en el acápite "V", analiza los problemas jurídicos, concluyendo que los reproches en sede de alzada son improcedentes y, *per se*, ratificando la aceptación parcial de la demanda.- Revisado el análisis que realiza el *Ad quem,* por otra parte, es claro que, los testimonios producidos como parte de las teorías probatorias de los sujetos procesales, si fueron valorados en el contexto de dichas declaraciones, en relación con las declaraciones de parte, la prueba documental, y pericial, de todo lo cual, emergió la convicción y verosimilitud sobre la existencia de la obligación; asimismo, no se observa que, exista una infracción al principio de indivisibilidad de la prueba documental, o a las reglas que rigen la pericia.

146. La conclusión esbozada en la sentencia impugnada, emerge como consecuencia de aquel ejercicio jurisdiccional y soberano de instancia, en el cual se avizora que toda la prueba solicitada y practicada en respeto al principio de legalidad, ha sido apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica; en base a lo indicado en estos dos últimos párrafos, se ultima que no existe error de omisión de las normas acusadas, ni una equivocada aplicación del artículo 1453 del Código Civil que establece a la convención como una fuente de las obligaciones.

147. 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 error de omisión de ningún precepto jurídico aplicable a la valoración probatoria; 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 el artículo 1453 del Código Civil; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme 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, en la forma propuesta, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

148. En virtud de lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

RESUELVE:

149. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Arturo José y Augusto Vinicio Eguiguren Suarez, y Miguel Enrique Romero Jarre, demandados, 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.

150. 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 (actor), por la demora, el valor total de la caución.

151. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. LUÍS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E)** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

En la presente sentencia se declara la improcedencia del recurso de casación, presentado por la parte demandada, por cuanto el Tribunal de apelación, en su resolución, no incurre en deficiencia motivacional, incongruencia, ni en infracción de ningún precepto jurídico de valoración probatoria.

Gaceta Judicial

Número 9 serie XIX

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *14201-2018-00762*
Fecha: *lunes 29 de enero del 2024 a las 14h22*

TEMA: Rendición de cuentas dentro de la sociedad conyugal.

SÍNTESIS

Se rechaza el recurso incoado, por cuanto, este régimen especial de sociedad de bienes conyugales, nace de la ley y ha sido concebido para fortalecer el vínculo matrimonial. Está enfocado al mantenimiento del hogar, educación de los hijos y cualquier otra carga de familia. En consecuencia, la afirmación de la recurrente, de que la obligación demandada de rendir cuentas, se sustenta en un contrato de matrimonio, carece de asidero legal. Del análisis del proceso, desde el libelo inicial, se aprecia que su pretensión debió ser un proceso de inventario y tasación de bienes, a fin de que el cónyuge que haya actuado dolosamente restituya la porción doblada al cónyuge perjudicado. Acción que no es la escogida. Por lo dicho, la Sala, declaró improcedente la demanda de rendición de cuentas de la sociedad conyugal de la época en que estuvo vigente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 14201-2018-00762

Juez Ponente: Dr. Luis Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito lunes 29 de enero del 2024 a las 14h22

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada el 22 de junio de 2023 y resuelta el 18 de enero de 2024, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso de casación propuesto por Josefina Rivadeneira Merino dentro del proceso de rendición de cuentas. 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 resolución por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. La señora Josefina Pastoriza Rivadeneira Merino propone juicio de rendición de cuentas, en contra de su ex cónyuge, Manuel Rosendo Siguenza Plaza, exigiendo cuentas al accionado por el tiempo que estuvo vigente la sociedad conyugal, cuyo período va desde el 27 de julio del 2001 hasta el 31 de enero del 2017, con respecto a los siguientes bienes: a) Un crédito requerido el 18 de julio del 2016 de $ 10.000,00, venido en BAN ECUADOR para la compra y cría de ganado, en el cual se hace constar un activo por concepto de ganado por la cantidad de $ 39.600,00; b) Hato ganadero que, de acuerdo a la certificación de la Agencia Ecuatoriana de aseguramiento de calidad del Agro-Agrocalidad, mantenían 131 cabezas de ganado: el primer lote certificado el 25 de febrero del 2016 y el segundo lote certificado el 8 de marzo del 2016; sobre cuyos registros pesa una medida de prohibición de venta; sin embargo, al 26 de diciembre del 2016 existían únicamente 28 cabezas de ganado, compuestas por 2 terneras, 4 terneros, 10 vacas, 11 baconas y 1 toro, pero que únicamente fueron inventariadas 20 cabezas de ganado por un valor inferior, y de cuya administración y tenencia se encontraba encargado el incoado; c) Derechos y acciones y participaciones que adquiridas dentro de la sociedad conyugal en la Cooperativa de Transporte en Taxi en camioneta doble cabina y/o automóviles tipo Sedán "Esmeralda Oriental", arrendada por un valor mensual de $ 500,00 y que con fecha 17 de marzo del 2017, el incoado Rosendo Siguenza Plaza, habría cedido sin autorización al señor Victorino Apolinar Rivadeneira Jaramillo renunciando a su calidad de socio.

2. Efectuada la citación, el demandado Manuel Siguenza Plaza, comparece oponiéndose a proceso

voluntario de rendición de cuentas, señalando que para la procedencia de la demanda de rendición de cuentas, se requiere de la administración de bienes ajenos. Que por tanto, en la sociedad conyugal antes de su liquidación no puede hablarse de gananciales, en consecuencia mientras la sociedad estuvo vigente y hasta que no se efectúe la partición, el haber de la sociedad le corresponde a ambos cónyuges.

3. Mediante sentencia de 29 de septiembre de 2020, la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Morona, declara sin lugar la demanda por falta de prueba.

4. La actora, inconforme con la decisión plantea recurso de apelación, resuelto por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago mediante sentencia de 22 de marzo de 2021, las 12h34, que al rechazar el recurso de apelación, confirma la sentencia de primer nivel.

5. En esas circunstancias, la actora Josefina Pastoriza Rivadeneira Merino propone recurso de casación, que ha sido admitido parcialmente a trámite por la señora Conjueza Nacional competente, doctora Rita Bravo Quijano, mediante auto interlocutorio, el 14 de febrero de 2022.

6. Al tenor del inciso tercero del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, mediante sorteo, se designó el Tribunal de Jueces para resolver el recurso de casación, mismo que quedó conformado por los señores doctores David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional encargado, y Wilman Terán Carrillo, en calidad de Juez ponente.

7. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Adrián Rojas Calle, según acción de personal Nº. 247-UATH-2023-JV de 13 de marzo del año en curso, en reemplazo del doctor Wilman Terán Carrillo.

II. COMPETENCIA

8. La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas Especializadas, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en los términos establecidos en la ley, conforme las garantías normativas de los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial.

9. Mediante resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura (artículos 1 y 3), por un lado, se proclamaron los resultados, finalización y cierre del Concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para la selección y designación de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia; y, por otro, se nombró a los jueces y conjueces de dicho órgano jurisdiccional.

10. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución núm. 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

11. Este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, conformado por los doctores David Jacho Chicaiza, Roberto Guzmán Castañeda y Adrián Rojas Calle (Ponente), es competente para conocer y resolver, el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

12. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

13. Previo resolver lo que ha sido materia del recurso interpuesto, este Tribunal estima necesario repasar la naturaleza del recurso de casación, a partir del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que rige al Ecuador, implementado con la actual Constitución, publicada en el Registro oficial 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 cumplimiento y reparación de los derechos. En lo que atañe a la justicia ordinaria, el artículo 84 de la Constitución de la República establece:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En

ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

14. En ese sentido, una de las herramientas que la Constitución de la República contempla para el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales, son las denominadas garantías normativas, concebidas para que todo precepto jurídico se alinee al mandato constitucional.

15. De esta forma, el recurso de casación legalmente contemplado, como una forma de impugnación extraordinaria, constituye una garantía normativa que efectiviza el derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, y que hace parte del derecho a la defensa, garantizando que de toda persona recurra el fallo o resolución en que se decidan sobre sus derechos.

16. En su esencia, los recursos son los modos en que se proyecta el derecho de impugnación, en esa línea, la doctrina refiere que mediante ellos, el litigante frente a un acto jurisdiccional que estime perjudicial a sus intereses, puede buscar su revisión, dentro de los límites que la ley confiera, para que se corrijan irregularidades[1].

17. Así, el recurso de casación se erige como un recurso inminentemente técnico, formal y extraordinario, dado que su objeto se restringe, exclusivamente, al control de legalidad de la sentencia definitiva, a fin de evitar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada.

18. Tradicionalmente, el recurso de casación ha sido considerado como un instituto judicial, que permite que la Corte de Casación, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, examine las sentencias, verificando que no contengan errores de 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 prvado, consistente en la enmienda de los perjuicios o agravios ciertos a las partes[3].

19. 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.

20. En resumen, el control de legalidad de la sentencias de segunda instancia, se sustenta en la obligación estatal de garantizar a los justiciables, a través de la administración de justicia, la correcta aplicación del derecho material en la resolución del asunto litigioso, lo que constituye el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76, numerales 1 y 3 de la 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.

21. De allí que se considera al recurso de casación, como limitado, taxativo y formal, siendo características propias de este instituto, las que siguen:

1. Es un recurso extraordinario que sólo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo.
2. No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto, de modo que no se está ante un nuevo grado jurisdiccional.
3. Su finalidad específica es la de resolver sobre la existencia de la infracción alegada, de modo que si el recurso se estima, la sentencia recurrida será casada en todo o en parte.

---

[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".*** (Enfasis añadido).

4. La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia.
5. Es de carácter público y a su vez de interés particular, como garantía de realización de la justicia en el caso concreto que permite revisar el enjuiciamiento realizado por los tribunales de instancia sobre el fondo del asunto, tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del derecho objetivo y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis)* [5].

22. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículo 266 y 267 del COGEP, determina los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

Art. 266.- El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

Art. 267.- El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

23. Teniendo en cuenta los preceptos legales invocados, corresponde al Tribunal de casación, pronunciarse sobre los yerros eficientemente fundamentados y por tal formalizados y admitidos en fase previa de admisión, teniendo en cuenta que cada causal y vicio contemplado para casación, responde características propias autónomas y excluyentes entre sí. Por lo extraordinario del recurso, no se puede suplir las deficiencias de postulación de los cargos casacionales.

24. Por tanto, corresponde examinar a este Tribunal, únicamente los cargos y yerros aceptados en fase de admisión, y que fueren sustentados en audiencia, recordando que por admitido el recurso, corresponde atender al fondo del asunto que se ventila, tal como la Corte Constitucional del Ecuador, al analizar los presupuestos legales del recurso de casación, ha distinguido:

(…) la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como fin autorizar o permitir la tramitación del mismo, mientras que la fase de resolución de la causa tiene por objeto analizar las pretensiones y argumentaciones del recurrente.

Es decir son dos fases o momentos procesales distintos que persiguen fines diferentes, que implican labores jurisdiccionales diferentes; mientras en la una señalizan los requisitos formales para admitir o no el recurso, el otro momento, implica la resolución de temas inherentes al fondo del asunto controvertido, debiendo los jueces casacionales, dependiendo el momento procesal, actuar conforme la normativa vigente[6].

25. Sin perjuicio de lo señalado, el examen sustancial de los cargos admitidos y sustentados oralmente, se efectúa en el marco de los yerros denunciados, atendiendo a la formalización realizada por la parte casacionista en la fundamentación del recurso.

V. CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE RECURRENTE EN CASACIÓN

26. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica de la casacionista Josefina Rivadeneira Merino, fundamentando el recurso en torno a los casos dos y cuatro del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.
[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

26.1. Por el caso dos de casación, alega falta de motivación de la sentencia, por cuanto en el fallo impugnado no habría explicado la pertinencia de la aplicación de las normas de derecho aplicadas, con relación a los antecedentes de hecho de la causa, efectuándose un ejercicio irracional de subsunción.

26.2. Afirma que el tribunal ad quem, toma en su decisión como vinculante la sentencia de casación del juicio 616-2011 de fecha 19 de marzo de 2013, pese a que la misma no tiene ese carácter; siendo dicha sentencia la base de la conclusión adoptada de improcedencia de la demanda.

26.3. Añade que ninguna de las normas citadas en la sentencia de apelación, sirvieron o se aplicaron en la decisión, dando lugar a una motivación a apronte

26.4. Que en el caso, la rendición de cuentas versa sobre bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal pero no inventariados, es decir, que dichos bienes fueron ocultados, disipados por el administrador, por lo que considera que el criterio de improcedencia de la demanda de rendición de cuentas de los bienes de la sociedad conyugal no es asimilable a este caso.

26.5. En torno al caso cuatro de casación, alude de la falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, señalando que el ad quem dejó de valorar varias pruebas legalmente actuadas, tales como la documental y la declaración de parte, que debían valorarse de conformidad con los artículo 193, 195 y 187 del COGEP.

26.6. Enfatiza en que el juzgador, está obligado a expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que el han servido para justificar su decisión, pero que en el caso, únicamente se enuncio los medios de prueba practicados sin valorarlos.

26.7. Como consecuencia del yerro de valoración probatoria, acusa la errónea interpretación dela artículo 180 del Código Civil, que a la fecha en que contrajeron matrimonio los litigantes, establecía que la administración ordinaria de la sociedad conyugal, le corresponde al cónyuge que por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; y, a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido.

26.8. Es estos términos solicita que se case el fallo impugnado.

VI. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

27. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 26 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguientes problemas jurídicos objeto de resolución:

27.1. ¿La sentencia emitida el 22 de marzo de 2021, a las 12h34, por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, cumple con el requisito de motivación suficiente?

27.2. ¿Existe en la sentencia, errónea interpretación del artículo 164 del COGEP y en consecuencia infracción del artículo 180 del Código Civil?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

28. El artículo 76.7.l) de la Constitución, determina que:

> *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.* ***No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.*** *Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.* (Énfasis añadido).

29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que la motivación

> *(…) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática* [7].

[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.

30. Por su parte, la Corte Constitucional condensó la jurisprudencia relativa a la garantía de la motivación en la sentencia N.º 1158-17-EP/20, de 20 de octubre de 2021, en la que, en el párrafo 22, señaló que:

> *La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, "los órganos del poder público" tienen el deber de "desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones". De ahí que todo acto del poder público debe contar con una* ***motivación correcta****, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.*

31. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho";* correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1.- Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP

32. El caso dos del artículo 268 del COGEP, en que descansa el cargo traído a casación por los recurrentes, se configura cuando *"(…) la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación".*

33. La primera parte de esta causal se refiere a los requisitos de forma y de fondo de la resolución judicial. Son requisitos de forma aquellos que se refieren a la estructura formal del fallo, como es el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la jueza o juez que lo suscribe, etc. En tanto que los requisitos de fondo se refieren al contenido mismo de la resolución; así un requisito esencial de fondo es decisión sobre el hecho controvertido. En resumen, estos requisitos son los contenidos en el artículo 95 del COGEP.

34. Una segunda forma de infracción por esta causal, es la adopción de decisiones contradictorias o 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, 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, siendo que es requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por los casacionistas.

36. Como ha quedado señalado en líneas anteriores, la motivación es una garantía y derecho fundamental de los justiciables, a fin de que la actividad jurisdiccional no se convierta en arbitraria.

37. Requiriendo su desarrollo de argumentos suficientes, claros y adecuados a la decisión, de manera que sea congruente en sus afirmaciones y negaciones a partir del contraste y valoración razonable de los hechos, el acervo probatorio y el marco jurídico aplicable a la situación 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].

[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

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 casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida no se ha explicado la pertinencia de aplicación de las normas fundamento de la decisión confrontándolas con los presupuestos fácticos del caso, derivando en motivación aparente. Revisada la sentencia de apelación impugnada, se tiene que en un primer momento identifica a las partes procesales y al tribunal; pasando a verificar la competencia del tribunal y los antecedentes de hecho del proceso, así como el fundamento de la apelación y su contestación. Y, luego del análisis de la validez del proceso, denunciado de nulo, reseña las pruebas actuadas por las partes procesales y pasa en el apartado 9.2 al análisis del caso en concreto, señalando en el considerando 9.2.3 de la resolución que:

> (…)De este fallo citado, que si bien no tiene la fuerza vinculante pero es emitida por el máximo Órgano de la Función Judicial como es la Corte Nacional de Justicia, en el que se hace un análisis respecto al juicio de rendición de cuentas y aquí son reiterativos al indicar en qué casos procede este tipo de acción, esta disposición del 339 anteriormente se encontraba en el Art. 660 del Código de Procedimiento Civil que actualmente se encuentra derogado con la vigencia del COGEP, y allí hace un análisis el tribunal de la Corte Nacional en qué casos procede la rendición de cuentas y cita las disposiciones del Código Civil, como los artículos: 441 (tutores o curadores), 1330 (el albacea de bienes hereditarios), 1984 (el socio administrador de una sociedad colectiva), y 2059 (el mandatario), e inclusive hace un análisis de la sociedad conyugal, de cuando empieza esta sociedad, desde que se contrae matrimonio cuando dos personas deciden, se unen para vivir juntas de acuerdo al Código Civil, ha indicado que no tiene el carácter de sociedad civil o mercantil, es decir falta estos elementos para la sociedad conyugal, no tiene fines de lucros, no contraen para tener bienes y obtener utilidades, se rige en especial porque la sociedad nace por la ley, se ha concebido para fortalecer el vínculo matrimonial; también hace un análisis de la sociedad conyugal que es indivisible, y básicamente en la parte final señalan que no procede el juicio de rendición de cuentas en la sociedad conyugal, que esto se debe recurrir a la forma de partición, es decir solo cuando ya hubiese una sentencia que disuelva la sociedad conyugal en los que se determine a quien pertenece esos bienes a partir de ahí, se puede confiar la administración a una de las personas, en este caso de los ex cónyuges, ahí si tiene la obligación la persona de rendir cuentas, es decir cuando este realmente individualizado y adjudicado y que este no es el caso. En la especie estamos ante un proceso de Rendición de Cuentas, propuesto por la actora en contra del demandado, es decir como ex cónyuges, cuya pretensión es del período comprendido entre el 27 de julio del 2001 al 31 de enero del 2017, teniendo presente que contrajeron matrimonio en fecha 27 de julio del 2001, y marginaron la disolución de la sociedad conyugal el 31 de enero del 2017; por lo que la rendición de cuentas que se solicita es durante la sociedad de conyugal entre la actora y demandado, lo que vuelve improcedente la acción. Sobre la invocación del recurrente de que habría ocultación o presuntamente se habría disipado o que se habría escondido los bienes, tendrán las acciones para que lo realicen en este caso las partes de acuerdo a la normativa que prevé para insertar, incluir en el inventario, o que deben restituir el doble pero esto es durante la partición de la sociedad conyugal, en este caso estamos ante un proceso de Rendición de Cuentas y por tanto no procede la pretensión de la acción que exige la rendición de cuentas al demandado. En base a la normativa legal aplicable a la especie, y la jurisprudencia citada, la presente demanda se vuelve improcedente en la forma como se ha planteada, a través de esta causa se persigue la Rendición de Cuentas entre la actora y el demandado en calidad de ex cónyuges sin haber realizado la partición de bienes para determinar

[10] Corte Constitucional, sentencia 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021. Caso No. 1158-17-EP

a quién corresponde, y allí si se pudiera plantear esta acción. Es decir, debe liquidarse la sociedad conyugal para que se considere bienes ajenos, por lo que se acepta parcialmente la apelación planteada por el demandado en el sentido de que existe claridad de la improcedencia de la demanda porque la rendición de cuentas es sobre bienes ajenos, más no por la falta de prueba como erróneamente resuelve el juzgador de primera instancia; y corresponde rechazar el recurso de apelación propuesto por la actora...[Sic]

41. *Tal como ha quedado manifestado en líneas anteriores,* para que una resolución se considere motivada, ha de contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso[11].

42. El vicio de apariencia motivacional, acusado por la recurrente, se configura cuando a primera vista, la resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad[12].

43. En el caso, *del contenido de la sentencia migrado, se tiene que la razón de la decisión adoptada por el ad quem, es la improcedencia de la demanda de rendición de cuentas de bienes habidos durante la vigencia de la sociedad conyugal.*

44. *Conclusión a la que arriba el tribunal de apelación, al determinar que el periodo por el que se pide la rendición de cuentas la demandante, es desde el 27 de julio de 2001 hasta el 31 de enero de 2017, es que estuvo vigente la sociedad conyugal entre la señora Josefina Rivadeneria y el señor Manuel Siguenza, por lo que con fundamento en el artículo 339 del COGEP, la procedencia de la demanda de rendición de cuentas es sobre bienes ajenos y al no estar liquidada la sociedad conyugal no se tiene certeza de los gananciales correspondientes a cada cónyuge. Procediendo según se esgrime en la sentencia del ad quem, rendir cuentas en los casos de los artículos 441, 1330, 1984 y 2059 del Código Civil, con respecto a los curadores, tutores albacea de bienes hereditarios, al administrador de la sociedad colectiva y al mandatario.*

45. En estos términos la sentencia de apelación se encuentra eficientemente motivada, correlaciona armónicamente sus premisas con la conclusión adoptada, reflejando en su contenido los argumentos mínimos suficientes que la justifican, de manera que la decisión cumple con el criterio rector de la motivación en lo que lo que atañe a una argumentación normativa y fáctica suficiente.

46. Por tal razón, este tribunal encuentra que el razonamiento esgrimido por el ad quem, desarrolla argumentos suficientes, claros y adecuados con la decisión, al ser el resultado lógico del contraste y valoración razonable de los hechos y el marco jurídico aplicable a la situación controvertida. No se vislumbra entonces, vulneración de la garantía de motivación, siendo improcedente la casación por el caso dos.

7.2. Resolución de los cargos por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP

47. En casación, los vicios en la valoración probatoria, son examinados por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP, y pueden consistir en la falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación[13] de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba siempre que conduzcan a la equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho sustantivo.

48. A esta causal se la denomina de infracción indirecta del derecho sustantivo. Por cuanto el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (la primera violación) conduce a otra violación, la de las normas de derecho sustantivo (segunda violación).

49. De allí la denominación de violación indirecta, siendo que mediante la casación no se puede

[11] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[12] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[13] **1.- Aplicación Indebida:** Ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla
2.- Falta de aplicación: El juzgador yerra ignorando en el fallo la norma aplicable al caso controvertido. Implica error en cuanto a la existencia de la norma
3.- Errónea interpretación: Cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley

soslayar la convicción que sobre los medios de prueba haya alcanzado el juez de instancia, sino únicamente la aplicación e interpretación de las normas de derecho material.

50. La demostración del yerro por esta causal, exige especificar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico; son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción.

b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí.

c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y de las derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

51. En esencia, los cargos por esta causal parten de errores de hecho y terminan en errores de derecho[14]. De allí que en virtud de su verificación excepcionalmente puede ser asumida la valoración por el Tribunal de Casación, solo si el error es protuberante y de tal trascendencia que sin el no se haya podido arribar a la decisión adoptada en la resolución impugnada, de manera que la presunción de legalidad de la sentencia decaiga por su propio peso.

52. Podrá actuar de esta manera el tribunal de casación, solo cuando se haya formulado cargo por la causal cuarta del 268 del COGEP y siempre que medie demostración a partir de la infracción de los preceptos de valoración de prueba.

53. En el caso en examen, la casacionsita, acusa la infracción del artículo 164 del COGEP, por falta de aplicación, denunciando que en la sentencia recurrida, no se habrían valorado varias pruebas que resultaban determinantes para la decisión, es específico la prueba documental y las declaraciones de parte.

54. Ahora bien, el orden civil ecuatoriano acoge a la sana crítica como sistema de valoración, el mismo se encuentra contenido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos que determina:

> Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. **La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.** (El énfasis corresponde a la sala)

[14] Llinas María, El error de hecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-119 del 16 de diciembre de 2008, expediente N° 66170 3103 001 2001 00319 01. M. P; acerca de las normas sustanciadas: *"(…) un precepto es de estirpe sustancial cuando crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos y potestades de las personas".*

55. Es decir, que 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, su libre convicción.

56. Al ser la sana crítica *"la valoración de la prueba, bajo las reglas la lógica y de la experiencia, tendientes a asegurar el más certero razonamiento"*[15], aquella es facultad soberana de las instancias, por lo que el control de la valoración escapa a la casación; la vulneración de las reglas de la sana crítica, solo es motivo de casación cuando se demuestra 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 en la observación racional, puesto que la decisión a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y las conclusiones que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba.

57. En ese sentido, existe arbitrariedad en la decisión, cuando el juzgador resuelve *apartándose* de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la decisión ha de ser el resultado lógico de los hechos y el razonamiento que sobre ellos efectué el juzgador, previa la apreciación motivada de los medios de prueba.

58. En el *in examine,* de los razonamientos del tribunal ad quem, se tiene que el tribunal de apelación, prescindió de la valoración de los medios de prueba citados por la recurrente, al determinar que la demandada incurrió en error al pretender la rendición de cuentas sin proceso previo de liquidación y partición de la sociedad conyugal.

59. Recordemos que la liquidación de la sociedad, implica la partición y adjudicación de los bienes del haber conyugal, para ello, necesariamente en dicho proceso se deben establecer los activos y pasivos de la sociedad conyugal a liquidar; pues la finalidad de la liquidación, es dar paso a la partición de los gananciales, que fundamentalmente comprenden la determinación de los bienes, la fijación de su valor, el pago de las deudas de la sociedad a terceros y el ajuste de las relaciones patrimoniales entre esposos y la separación de sus bienes propios.[16]

60. No obstante, en el caso según ha reafirmado la accionante en sede casacional, la rendición de cuentas que persigue, es por cuanto existirían bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal que no han sido inventariados, al haber sido ocultados y disipados por su es ex-cónyuge. Es decir, la actora pretende suplir con la exigencia de rendición de cuentas las alegaciones propias del juicio de liquidación y partición de la sociedad conyugal, en cuya etapa de inventario y tasación de bienes, al tenor del artículo 193 del Código Civil, debía demostrar que efectivamente el demandado distrajo u oculto dolosamente los bienes de la sociedad.

61. En estos términos, al haberse desechado la demanda por improcedente, el ejercicio valorativo del tribunal de apelación resultaba infructuoso, pues en definitiva al pretenderse que se disponga la rendición de cuentas de bienes de la sociedad conyugal, entre ex-cónyuges, no se puede hablar con precisión de bienes ajenos, que es el requisito sine quo nom de este tipo de juicios, que deriva en una obligación de hacer a partir de la administración no de bienes propios como los de la sociedad conyugal sino de terceros.

62. Este criterio en torno a la inviabilidad de rendirse cuentas entre cónyuges, con sociedad conyugal insoluta, lo ha esgrimido esta sala en distintas resoluciones. Así en el juicio No. 1096-2013, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2017, se señaló:

> (…) la sociedad conyugal es por esencia indivisible; antes de su liquidación, no puede hablarse de gananciales. Los gananciales entendidos como los residuos de la sociedad conyugal, obtenidos luego del proceso de liquidación que comprende un conjunto de operaciones que van desde la acumulación imaginaria de las deudas de los cónyuges por vía de recompensa o indemnizaciones, la extracción de la masa de las especies o los cuerpos ciertos que pertenezca a cada uno de los partícipes de los gananciales, las restituciones pendientes, etc.,…. el hecho de que la sociedad conyugal, se constituye al momento de la celebración del matrimonio, entre dos personas que se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (artículo 81 del código Civil) y que por

[15] Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.
[16] Méndez María. Derecho de familia. Santa Fe , Rubinzal y Culzoni, pág. 434.

tanto, no tiene el carácter de sociedad civil o mercantil, porque le faltan elementos indispensables para ello, la intención de constituirse como sociedad (afecttio societatis) y el afán de lucro; las personas no contraen matrimonio con el fin de tener bienes en común y obtener con ello utilidades, este régimen especial de sociedad de bienes nace de la ley y ha sido concebido para fortalecer el vínculo matrimonial, buscar la prosperidad de la familia, y está enfocada al mantenimiento del hogar, educación de los hijos y cualquier otra carga de familia. En consecuencia, la afirmación de la recurrente de que la obligación demandada de rendir cuentas se sustenta en un contrato de matrimonio, carece de asidero legal.

63. Bajo estas consideraciones, este tribunal de casación, no encuentra vicio alguno que determine infracción por el caso cuatro de casación, debiendo rechazarse también el cargo por el caso cuatro de casación.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, resuelve:

1. Rechazar el recurso de casación planteado la señora Josefina Pastoriza Rivadeneira Merino, contra la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago de 22 de marzo de 2021, las 12h34.
2. **Notifíquese y devuélvase.**

f) DR. ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. DAVID JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

En la presente demanda de rendición de cuentas entre ex-cónyuges, se rechaza la demanda por cuanto se exige la rendición de cuentas de los bienes habidos durante el matrimonio de los litigantes, que a decir de la demandante habrían sido ocultados y disipados por su entonces esposo. Alegación que correspondía en el proceso de inventario y tasación de bienes, a fin de que el cónyuge que haya actuado dolosamente restituya la poción doblada al cónyuge perjudicado. Siendo improcedente la demanda de rendición de cuentas de la sociedad conyugal de la época en que estuvo vigente y menos cuando aún se encuentra sin liquidarse.

II

Juicio Nro. *17315-2020-00702*
Fecha: *jueves 29 de febrero del 2024, las 16h52.*

TEMA: En procedimiento sumario demanda la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio por abandono.

SÍNTESIS

El actor demanda la disolución del vínculo matrimonial por abandono voluntario e injustificado, amparado en el Art. 110 causal novena del Código Civil. En primera instancia se acepta la demanda y en segunda instancia se desestima la apelación; la demandada, interpone recurso de casación, acusando el caso 4 del Art. 268 del COGEP, por errónea interpretación de los Arts. 164 y 186 del COGEP; alega que el medio de prueba en el que se produjo la infracción, es la prueba testimonial de los testigos presentados por el actor, en la declaración de parte del actor; y, en el oficio emitido por el patrono del demandado. Las partes procesales, presentaron algunas pruebas, las mismas fueron admitidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso; sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción valida y jurídica alguna, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, pertinencia, conducencia, eficacia y validez. La intencionalidad para que el Tribunal de Casación, revise el contenido de un oficio y le dé valor, y que aquello se contraste con uno o varios testimonios y con la declaración de parte, 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". Además, la parte recurrente, no desarrolló el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, hace relación a varios medios de prueba presuntamente no valorados conforme los preceptos de los artículos 164 y 186 del COGEP. Se concluye estimando que el Ad quem, valoró de forma adecuada las pruebas aportadas por las partes, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y de la regla que impone considerar el contexto de toda la declaración testimonial y su relación con las otras pruebas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17315-2020-00702

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 29 de febrero del 2024, las 16h52.

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Edith del Rocío Napa Fuentes, demandada, en contra de la sentencia emitida por el Tribunal *Ad quem*, el Tribunal de Jueces Nacionales, tomó conocimiento de la presente causa, realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la cual, estimó improcedente el medio de impugnación extraordinario planteado; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

I.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA:

1. El ciudadano Jorge Iván Quinatoa Gómez, en procedimiento sumario, demanda a Edith del Rocío Napa Fuentes, la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio; en el siguiente contexto:

"(…) 5.1. De la partida de matrimonio Tomo 1, página 27, Acta 27, que acompaña presente venda a su conocimiento que el compareciente JORGE IVAN QUINATOA GOMEZ, contrajo matrimonio con EDITH DEL ROCIO NAPA FUENTES el once de mayo de dos mil doce en la Parroquia de Alas, Canto Mejía, Provincia de Pichincha
5.2. Dentro de nuestro matrimonio, procreamos tres hijos de nombres A.S.Q.N. de dieciséis años de edad, N.A.Q.N. de trece años de edad y A.S.Q.N. de seis años de edad según se desprende de las partidas de nacimiento que adjunto
5.3. Insinuó para el cargo de Curador Ad-Litem, de mis hijos menores de edad A.S.Q.N. de dieciséis años de edad, N.A.Q.N. de trece años de edad y A.S.Q.N. de seis años de edad, a la señora Martha Clarisa Gómez Jacome, con cédula número 1706042957, persona idónea, de reconocida probidad y honradez para ocupar dicho cargo, para cuyo efecto sírvase su señoría señalar día y hora en la que tengan que comparecer las señoras: Maritza del Rocío Quintana Tapia, portador de la cedula de identidad 1717606279 la Sra. Luz América Tapia Bustillos, portadora de la cedula de identidad 0500868369, a fin de que insinúen a la CURADORA
5.4. Con respecto a la situación legal de mis hijos menores de edad debo indicar que la tenencia se encuentra a cargo de la demandada, solicito que el régimen de visitas para el accionante sea de forma abierta; pongo en su conocimiento que la pensión alimenticia para mis hijos se está ventilando mediante proceso Nro. 17954-2012-0045 en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el Cantón Meja. Provincia de Pichincha
5.5. Dentro de la sociedad conyugal no hemos adquirido bienes.
5.6. Pongo en su conocimiento señor Juez que en nuestra relación matrimonial tuvimos varios problemas que no pudimos superarlos razón por la cual el miércoles veintidós de enero del dos mil veinte, me vi obligado a abandonar nuestro domicilio que lo teníamos ubicado en la Provincia de Pichincha, Cantón Mejía, Parroquia. (…)
Por lo expuesto, solicito a su Autoridad se me conceda el divorcio, al amparo de lo que dispone el Código Civil vigente.
Art. 110.- Son causas de divorcio: #9. (…)
Art. 105.- El matrimonio termina; 4. Por divorcio
Art. 106.- (…)
Art. 118.- En concordancia con el Articulo 332 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos COGEP (…)
IX. LA PRETENSIÓN CLARA Y PRECISA QUE SE EXIGE
Con los antecedentes expuestos comparezco ante Usted y demando el divorcio a mi cónyuge EDITH DEL ROCIO NAPA FUENTES, fundamento mi petición en lo dispuesto en el Art. 110 causal 9 El abandono voluntario e injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos, para que en Sentencia se declare disuelto el vínculo matrimonial que me une con la demandada, Sentencia que una vez ejecutoriada se la Inscriba en el Registro Civil correspondiente a fin de que surta los efectos legales (…)" (Sic)

2. De autos se verifica que la accionada, Edith del Rocío Napa Fuentes, contesta la demanda, y plantea excepciones en el siguiente sentido:

(…) Con relación a la pretensión de la parte actora mi pronunciamiento expreso es que impugno y pido que en sentencia se rechace la demanda de la parte actora.
5.2.- RESPECTO A LOS HECHOS ALEGADOS EN LA DEMANDA NIEGO SIMPLE Y LLANAMENTE LOS HECHOS ALEGADOS EN LA DEMANDA (…)
Respecto a la afirmación de que: "...el miércoles veintidós de enero del dos mil veinte, obligado a abandonar nuestro domicilio que lo teníamos ubicado en la Provincia de Pichincha Cantón Mejía, Parroquia, Aloasí, Barrio El Tambo 2, Sector Pradera de Machachi, casa N4-154…", debo indicar que, el Miércoles 22 de Enero del 2020, el actor Jorge Iván Quinatoa Gómez se encontraba en su trabajo, prestando sus servicios lícitos y personales, en calidad de Policía Nacional del Ecuador; en razón por la cual, es físicamente imposible e ilógico que el actor se encuentre en dos lugares al mismo tiempo es decir se encuentre en su lugar de trabajo en su domicilio donde formamos el hogar.(…)
Mi pretensión es que SE RECHACE LA DEMANDA (…)" (Sic)

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrollado el proceso, llevada a efecto la audiencia correspondiente, la abogada Wilma Ivonne Guaipatín Garzón, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón Mejía, provincia de Pichincha, emite su sentencia aceptando la

demanda, la misma que es reducida a escrito el miércoles 2 de noviembre de 2022, en el siguiente sentido:

> *" (…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se resuelve: (i) Se acepta la demanda incoada por el señor JORGE IVÁN QUINATOA GÓMEZ; y, en consecuencia, se declara por divorcio, disuelto el vínculo matrimonial que une a JORGE IVÁN QUINATOA GÓMEZ y EDITH DEL ROCÍO NAPA FUENTES (…)" (Sic)*

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por la demandada Edith del Rocío Napa Fuentes, el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de jueves 16 de febrero del 2023, rechaza el remedio procesal, en el siguiente sentido:

> *"(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la señora Edith del Rocío Napa Fuentes; en consecuencia, se confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado. (…)" (Sic).*

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal Edith del Rocío Napa Fuentes, demandada, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional (E), de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de esta Alta Corte, mediante auto de fecha viernes 30 de junio de 2023, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

> *"(…) ADMITE a trámite por el caso 4 del Art. 268 del COGEP; por lo tanto, de conformidad con lo ordenado en el Art. 270 del COGEP, se le corre traslado a la contraparte para que, en el término de treinta días, conteste el recurso de manera fundada. Transcurrido el término indicado, (…)". (Sic)*

7. El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme 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 la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 25 de agosto de 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Luis Adrián Rojas Calle y Roberto Guzmán Castañeda, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ.

10. En aplicación del artículo 174 del COFJ, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama al doctor Carlos Pazos Medina, Conjuez Nacional (E), para reemplazar al doctor Adrián Rojas Calle, Juez Nacional (e), en virtud de la licencia legalmente otorgada.

10.1. Así queda conformado el suscrito Tribunal por los doctores: Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional (E), Carlos Vinicio Pazos Medina Conjuez Nacional (E); y, David Isaías Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

11. 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

[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.

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.

12. 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.

13. 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.

14. En el *in examine,* el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6"** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo al caso **4 del artículo 268** del COGEP; respecto del cual, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

> *"(…) a.- La causal en que fundamento el presente recurso de casación es la determinada en el numeral 4 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (…)*
>
> *b.- La forma en que se ha incurrido en la infracción es por errónea interpretación de los Arts. 164 y 186 del Código Orgánico General de Procesos vigente.*
>
> *c.- El medio de prueba en el que se produjo la infracción es en la prueba testimonial de los testigos presentados por el actor, en la declaración de parte del actor; y, en el oficio emitido por el Jefe de la DINASED DE LA SUB ZONA PICHINCHA.*
>
> *d.- La norma de derecho sustantivo que se ha violado es el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil vigente, por equivocada aplicación. (...)*
>
> *e. l.- El actor de la presente causa pone en conocimiento de la Autoridad competente, lo siguiente: "Pongo en su conocimiento señor Juez que en nuestra relación matrimonial tuvimos varios problemas que no pudimos superarlos razón por la cual el miércoles veintidós de enero del dos mil veinte, me vi obligado a abandonar nuestro domicilio que lo teníamos ubicado en la Provincia de Pichincha, Cantón Mejía, Parroquia Aloasí, Barrio El tambo 2, Sector Praderas de Machachi, casa H4-154.*
>
> *e.2.- Esta afirmación contenida en la demanda del actor fue desvirtuada con el oficio presentado por el Jefe de la DINASED SUB ZONA PICHINCHA, que establece que el actor Sargento Segundo de Policía Jorge Iván Quinatoa Gómez perteneciente a la Dinased SZ-Pichincha, los días 22 y 23 de enero del 2020, se encontraba laborando en la jurisdicción de la SZ-Pichincha. Que el 22 de enero del 2020, el Sgos. de Policía, inicia su jornada de trabajo a las 07:30 am hasta las 18:00.*
>
> *e.3. -En la sentencia de segunda instancia se establece: "..., para el Tribunal de la sala, es intrascendente la determinación de la hora en que se produjo el abandono, si dentro del proceso se acreditó que los litigantes se encuentran separados por más de seis meses" .*
>
> *Por lo expuesto pregunto, desde que fecha se contabiliza los seis meses, si la fecha de abandono del hogar a la cual se refiere el actor en su demanda ha sido desvirtuada con prueba legalmente actuada como es el oficio del Jefe de la DINASED SUB ZONA PICHINCHA. Además, la parte actora, no ha justificado con la prueba testimonial que el abandono del hogar fue luego de su jornada laboral.*
>
> *e.4.- Al respecto, el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos vigente, establece: "(…)*
>
> *e.5.- Que se tome en cuenta que en ninguna parte de la declaración testimonial rendida por los testigos del actor, que son Jorge Humberto Quinatoa Chacha y Mayra Paulina Quinatoa Gómez afirman que el actor abandonó su hogar fuera del horario de trabajo o jornada laboral. El actor, en su declaración de parte, tampoco, afirma que el abandono del hogar se dio fuera del horario de trabajo, por lo tanto, no se consideró el contexto de toda la*

declaración, es decir, el conjunto de circunstancias que rodean una situación.
e.6.- Al ser desvirtuada la fecha de abandono del hogar por parte de la demandada y al no establecer por parte del actor que el abandonó se produjo fuera del horario de trabajo, no se tiene la convicción, ni la certeza de la fecha del abandono del hogar, entonces pregunto ¿desde qué fecha contabilizo los seis meses que establece la causal novena del Art. 110 del Código Civil vigente?
e.7.- Si bien es cierto que los Jueces de Segunda Instancia aplican el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos vigente, pero, realizan una errónea interpretación de dicha norma legal, porque no realizan una relación de la prueba testimonial con el oficio del Jefe de la DINASED SUB ZONA PICHINCHA que consta en autos. Por lo expuesto, ha quedado justificada la existencia de la infracción de una norma de valoración de la prueba.
e.8.- El inciso segundo del Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos vigente, aplicado por los Jueces de segunda instancia, claramente ordena, que: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto..."; es decir, no se establece que se apreciará, únicamente, la prueba del actor o del demandado; sin embargo, los Jueces de segunda instancia aprecian y valoran, solamente, la prueba aportada por el actor, dándole a dicha norma legal un significado diferente (al apreciar, únicamente, la prueba de una de las partes), dejando de lado, la prueba con la cual, se desvirtúa lo afirmado por los testigos del actor, como es el oficio del Jefe de la DINASED SUB ZONA PICHINCHA.
e.9.- A consecuencia de esta primera infracción, los Jueces de segunda instancia cometen otra infracción que es la equivocada aplicación de la causal contenida en el numeral 9 el Art. 110 del Código Civil vigente, ya que, dicha causal, establece: "El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos".
Si no se ha establecido en forma certera, clara y precisa la fecha del abandono, debido a que la fecha del abandono alegada por el actor ha sido desvirtuada en legal y debida forma ¿desde qué fecha contabilizo los seis meses?
e.10.- El nexo causal entre la una primera infracción y la segunda infracción, consiste en que no se considera el contexto de toda la declaración testimonial de la parte actora y su relación con otras pruebas que constan en el expediente de la presente causa, como es el oficio del Jefe de la DINASED Sub Zona Pichincha y es por esta razón que se aplica indebidamente la causal contenida en el numeral 9 del Art. 110 del Código Civil vigente. Así como también, se aprecia, únicamente, la prueba de la parte actora.
e.11.- Si no se hubiera cometido estas infracciones, la sentencia dictada por los Jueces de segunda instancia, debería ser la siguiente:
De la prueba aportada por las partes procesales y que ha sido valorada en su conjunto, conforme lo establece el inciso segundo del Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos vigente, se establece que el testimonio rendido por los testigos del actor, que son los señores Jorge Humberto Quinatoa Chacha y Mayra Paulina Quinatoa Gómez, expresan que el accionante abandonó el hogar el 22 de enero del 2020, afirmación que es desvirtuada por la parte demandada con el oficio emitido por parte del Jefe de la DINASED SUB ZONA PICHINCHA, oficio en el cual, se establece que el actor Sargento Segundo de Policía Jorge Iván Quinatoa Gómez perteneciente a la Dinased SZ-Pichincha, los días 22 y 23 de enero del 2020, se encontraba laborando en la jurisdicción de la SZ-Pichincha. Que el 22 de enero del 2020, el Sgos. De Policía, inicia su jornada de trabajo a las 07:30 am hasta las 18:00. No existe prueba dentro del expediente de la presente causa, con la cual, el actor haya justificado que el abandono del hogar se realizó el 22 de enero del 2020 fuera del horario de trabajo o jornada laboral, razón por la cual, no existe la certeza, ni el convencimiento que el actor haya abandonado su hogar el 22 de enero del 2020, ya que, es físicamente imposible que una persona se encuentra en dos lugares al mismo tiempo. Es importante tomar en cuenta, que los juzgadores administramos justicia sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales .de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso, de conformidad a lo establecido en el primer inciso del Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial vigente. Además, es importante que se tome en cuenta el aforismo jurídico que establece que: "lo que no consta en el proceso, no consta en el

universo". En la presente causa, el actor no ha aportado ninguna prueba que justifique que el abandono del hogar se haya realizado el 22 de enero del 2020, fuera de su horario de trabajo, los testigos presentados por el actor en ninguna parte de su declaración afirman este hecho (…)"

V. PROBLEMA JURÍDICO

15. Delimitado el cargo en la propuesta casacional planteada y admitida a trámite, corresponde dilucidar si la censura esbozada está dotada de sustento y argumento válido; al respecto, se delimita el problema jurídico a analizarse, que se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿El *Ad quem*, incurre en errónea interpretación de los artículos 164 y 186 del COGEP, en la valoración de la prueba, en la presente causa?

¿El error de interpretación acusado, generó la violación indirecta de la norma sustantiva contenida en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, referente a la causal de divorcio?

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

VI.1. LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

16. 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:

17. 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].

18. 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…".

19. 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.

20. 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].

21. En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

22. Adicionalmente, resulta menester destacar que **el Ecuador es un Estado de derechos**, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

---

[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; (…)"*

"...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].

23. 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.

24. 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..."*.

25. En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

26. 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.

27. *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.

28. 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]

29. 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.

30. 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*

[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.

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]

31. 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.

32. 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.

33. 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]

34. 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".*

35. 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]

36. 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 11 Calamandrei, Piero, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376. compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de cada yerro acusado y admitido a trámite.

37. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo al **caso 4 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 4 previsto en el artículo 268 del COGEP.

---

[9] Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pág. 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.

38. 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".*

39. 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 [12]".*

40. 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." [13]*

41. 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." [14]*

42. Ergo, frente a este cargo casacional, es preciso observar que:

---

[12] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120
[13] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.
[14] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Sentencia, caso No. 01333-2018-06530.

"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 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.[15]*"*

43. 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 errónea interpretación de los artículos 164 y 186 del COGEP, lo que generó la violación indirecta del artículo 110 numeral 9 del Código Civil.

44. La errónea interpretación de la ley, en el caso 4 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

45. Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional, corresponde *prima facie*, verificar si la misma, no soslaya algún principio que rige el medio de impugnación, y, ulteriormente determinar si la censura planteada está dotada de sustento y argumento válido.

46. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en las siguientes interrogantes:

¿El *Ad quem*, incurre en errónea interpretación de los artículos 164 y 186 del COGEP, en la valoración de la prueba, en la presente causa?

¿El error de interpretación acusado, generó la violación indirecta de la norma sustantiva contenida en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, referente a la causal de divorcio?

47. Para dar respuesta al problema jurídico, es menester el estudio de las garantías normativas cuya errónea interpretación se acusa.

48. El artículo 164 del COGEP prevé lo siguiente:

"Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión."

49. El artículo 186 del COGEP, señala:

"(…) Art. 186. Valoración de la prueba testimonial. Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas. (…)"

50. 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"* [16]. También del régimen procesal

[15] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

[16] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

vigente, emergen las reglas de valoración de la prueba testimonial, en ese sentido, se debe considerar el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas (artículo 186 del COGEP).

51. 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, pertinencia, idoneidad o conducencia, y utilidad de la prueba, que en esencia, establecen:

> ***"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[17], 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 [18]. 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*

[17] Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.
[18] Florian, ob. Cit., Núms. 129, 142, 153-157; GUASP, ob. Cit., págs. 343 y 346; ROCHA, Derecho Probatorio, ob. Cit., págs. 84 Y 101; DE LA PLAZA, ob. Cit., t. I, pág. 474.

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"*[19].

52. 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"* [20], 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.

53. De acuerdo a lo delimitado en los párrafos *supra*, es claro que, en función del principio de libertad probatoria, las partes procesales, ofertaron un sinnúmero de 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.

54. Ahora bien, las alegaciones de la parte recurrente, se refieren a que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de apelación:

- Considera intrascendente la determinación de la hora en que se produjo el abandono del hogar, ya que se acreditó en el proceso que, los litigantes, están separados más de seis meses.
- No determina la fecha desde que se contabilizan los meses ya que la presunta fecha afirmada por el actor fue desvirtuada con prueba legalmente actuada, cual es el oficio del Jefe de la DINASED, Sub Zona Pichincha, sin considerar, además que, el accionante, no justificó con prueba testimonial que el abandono del hogar fue luego de su jornada laboral.

[19] Devis Echandia, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial",* Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.
[20] Couture, Eduardo 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478.

- Incurre en error, en la valoración de los testimonios de Jorge Humberto Quinatoa Chacha, y Mayra Paulina Quinatoa Gómez, al no tomar en cuenta el contexto de los mismos con la declaración del accionante, de lo cual se colige que en ningún momento se sostiene que Jorge Quinatoa, abandonó el hogar luego de su horario de trabajo.
- Comete error de interpretación del artículo 186 del COGEP, ya que no realiza una relación de la prueba testimonial con el oficio del Jefe de la DINASED, Sub Zona Pichincha.
- Aprecia y valora solamente la prueba aportada por el actor, dejando de lado la prueba con la cual se desvirtúa lo afirmado por los testigos del actor, como es el oficio del Jefe de la DINASED, Sub Zona Pichincha.
- Incurre en equivocada aplicación del artículo 110 numeral 9 del Código Civil.
- No considera el contexto de toda la declaración testimonial de la parte actora y su relación con las otras pruebas que obran del expediente.

55. Ahora bien, 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 los presentados por ella como parte accionada, solo de esa forma se entiende sus afirmaciones, referentes a que, el *Ad quem*, incurre en error, en la valoración de los testimonios de Jorge Humberto Quinatoa Chacha, y Mayra Paulina Quinatoa Gómez, al no tomar en cuenta el contexto de los mismos con la declaración del accionante, además que, el órgano de alzada, no realiza una relación de la prueba testimonial con el oficio del Jefe de la DINASED Sub Zona Pichincha, y que, aprecia y valora solamente la prueba aportada por el actor, dejando de lado la prueba con la cual se desvirtúa lo afirmado por los testigos del actor como es el oficio del Jefe de la DINASED, Sub Zona Pichincha.

56. Cuando se procura que el Tribunal de casación, revise el contenido de un oficio y le dé cierto valor, y que aquello se contraste con uno o varios testimonios, y con la declaración de parte, 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 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 (…)"*[21]

57. Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *"no debate de instancia",* por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la

[21] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén *"se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia"* [22]. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados.

58. 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 a varios medios de prueba presuntamente no valorados conforme los preceptos de los artículos 164 y 186 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.

59. Por lo expuesto, en relación a la primera interrogante del problema jurídico planteado, desde la óptica de la técnica casacional, se concluye que la parte recurrente, respecto a la errónea interpretación de los artículos 164 y 186 del COGEP, plantea una censura que adolece de debida fundamentación, demostración, y trascendencia.

60. Ahora bien, relacionando el cargo casacional, con el conflicto judicializado, y el divorcio causal, como forma de terminación del matrimonio, es de relevancia puntualizar la esencia de dichas instituciones jurídicas.

61. Sobre el matrimonio, la doctrina nos advierte que:

> *" (…) el negocio jurídico del matrimonio produce un status de carácter estable y por tiempo indefinido: de tal status se derivan una serie de efectos de carácter personal, otro de naturaleza patrimonial y otros relativos a la filiación. Los efectos personales vienen presididos por tres principios: el de igualdad, el de actuación en interés de la familia y el de libre contratación. Los mismos que se concretan en derechos y deberes recíprocos, es decir, no tiene un cónyuge un derecho y el otro un deber, sino que uno y otro tienen carácter de reciprocidad (principio de igualdad) y una concreta función, la de estar inspirados en su formulación y en su ejercicio, en el interés familiar (principio de actuación e interés de familia) (…)"* [23].

62. El Código Civil establece en el artículo 81, que el *"Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente."*.

63. Cabe considerar que, la delimitación normativa referida *ut supra,* fue establecida por la Corte Constitucional en sentencia No. 10-18CN/19 de 12 de junio de 2019, al analizar la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, excluyendo como finalidad del contrato de matrimonio la procreación[24].

64. Sobre la base de los artículos 16 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo referido por la Corte Constitucional del Ecuador, podemos comprender como un derecho fundamental la posibilidad de contraer matrimonio; manteniendo una doble dimensión, en la que se encuentra asimilado además, el matrimonio, como un contrato, como un acto jurídico en el que juega un rol esencial la voluntad[25].

65. El acuerdo de voluntades, el contrato de matrimonio, puede ser enervado y terminar por varias razones fácticas y jurídicas, entre ellas, por la muerte de uno de los cónyuges; por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y, por divorcio (artículo 105 del Código Civil).

66. El divorcio como forma de terminación del matrimonio, disuelve dicho vínculo y deja a los cónyuges en aptitud para contraer uno nuevo. La institución jurídica en referencia puede operar por

[22] Murcia Ballen, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59
[23] Xavier o. Callaghan Muñoz, Compendio de derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, 2012 Madrid.
[24] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 10-18-CN/19 12 de junio de 2019 (Matrimonios entre personas del mismo sexo) parr. 98.1.
[25] Farith Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, Editora Jurídica Cevallos, pág. 81-82.

mutuo consentimiento o por las causales previstas en el artículo 110 del Código Civil.

67. Entre otros, uno de los motivos previstos en la legislación sustantiva, para el divorcio causal, es *"el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos"*, conforme el numeral 9 del artículo 110 del Código Civil.

68. Ahora bien, para dar respuesta a la censura casacional, *prima facie,* corresponde precisar que, la demanda planteada por Jorge Iván Quinatoa Gómez, tiene relación con una acción de divorcio sustentada en la causal establecida en el artículo 110 numeral 9 del Código Civil, referida *ut supra*, consecuentemente, la teoría fáctica, probatoria y jurídica debía adecuarse a dicha causal.

69. De la revisión de la sentencia impugnada, y del proceso, se avizora que, la accionada, al contestar la demanda dedujo la negativa pura y simple de los fundamentos de la acción; en ese sentido, el objeto del proceso, fue la demostración o no de la causal de divorcio, establecida en el numeral 9 del artículo 110 del Código Civil, como único punto de debate, por ello, es de relevancia hacer una aproximación conceptual de la causal de divorcio antes referida.

70. Uno de los motivos previstos para el divorcio causal, es *"el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos"*, según la descripción normativa del numeral 9 del artículo 110 del Código Civil.

71. Sobre la causal invocada, esta Alta Corte ha indicado que, la misma, es la *"ruptura del animus conyugalis"* porque *"ha desaparecido el nexo emocional, sentimental, que mantiene unidos a los cónyuges; ya no existen al menos para uno de ellos, el deseo, la voluntad de permanecer juntos, unidos en convivencia, dándose ayuda mutua en todos los órdenes de la vida conyugal"* [26].

72. El primer elemento de esta causal es el **abandono**, lo cual conlleva que uno de los cónyuges ha dejado el hogar común, lo cual es un hecho concreto y objetivo. Considerando además que la convivencia es un fin del matrimonio.[27]

73. El abandono debe ser **injustificado,** es decir, sin razón suficiente; *a contrario sensu*, su justificación implicaría una razón legítima para impedir la consecución del abandono; sobre el elemento analizado, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

> *"el sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al afecto conyugal, especialmente los que el Código Civil enumera en los artículos 136, 137 y 138 de ahí que si los contrayentes dejan de satisfacer las obligaciones asumidas con aquel, impidiendo con ello que el matrimonio cumpla con sus fines para los cuales fue concebido, este pierde su razón de ser y no es más un proyecto de vida en común, que sea fuente de realización personal para los cónyuges y su prole"* [28].

74. Ahora, existen algunos casos en los cuales se podría impedir la consecución de la causal de divorcio por abandono, como, por ejemplo: la permanencia por razones médicas en una casa de salud, la privación de la libertad cuando no medie una condena de más de 10 años, ámbitos temporales de trabajo o estudio, el cónyuge que forzosamente deja el hogar en común por ser sujeto pasivo de violencia, entre otros.

75. La Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 05-2017, estableció como precedente jurisprudencial obligatorio, que *"El uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal abandono invocada, cuando se advierte que uno y otro término son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales"*[29].

76. El tiempo de separación debe ser de seis meses ininterrumpidos; y, la interrupción únicamente podría darse por la reanudación de las relaciones conyugales y no por contactos o reuniones esporádicas relacionadas a los hijos, o cuestiones de índole familiar u otras razones similares.

77. Consecuentemente, para que prospere el divorcio por esta causal, deben existir **tres elementos concurrentes** para que se produzca el abandono:

---

[26] Corte Nacional de Justicia, Sala Civil, Mercantil y Familia, Juicio No. 835-2009-ER, sentencia de 11 de enero de 2011.
[27] Farith Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, Editora Jurídica Cevallos, pág. 241- 246
[28] Corte Nacional de Justicia, Resolución 0072-2014 dictada en juicio 0137-2013
[29] Pleno de la Corte Nacional de Justicia, resolución No. 05-2017, registro oficial No. 983 d 12 de abril del 2017.

objetivo, la dejación material o física del hogar conyugal; **subjetivo,** que es la sustracción intencional del cumplimiento de sus deberes conyugales en forma voluntaria, intencional y libre; y, **temporal** que es el tiempo fijado por el legislador. Esto excluye a los casos de separación acordada por estudios, salud, trabajo, donde se puede colegir que una vez se haya terminado la causa de separación se reanudará la vida conyugal.

78. Fijado el marco teórico sobre la acción de divorcio y la causal específica de abandono, es claro que la recurrente, como parte de su propuesta impugnatoria, sostiene que, en la sentencia de apelación, se interpretó erróneamente la obligación de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y la regla que impone considerar el contexto de toda la declaración testimonial y su relación con las otras pruebas, lo que derivó en la infracción indirecta de normas sustantivas referentes a la institución objeto de discusión, ya que la decisión adoptada no le es favorable.

79. 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.

80. 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.

81. Se recuerda 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 dichas pruebas, a fin de que exista una proposición jurídica adecuada; en el *in examine*, se avizora que la recurrente ha escogido como medios de prueba en los cuales se infringió los preceptos de valoración, al testimonio, y al documento. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que, para valorar la prueba en las instancias correspondientes y etapas correspondientes, los jueces en virtud de su independencia e imparcialidad admiten o inadmiten la oferta probatoria, sobre la base de su legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia, y luego de esa admisión efectivamente al órgano jurisdiccional le corresponde justipreciar la prueba. Frente a esto, se observa que los Tribunales de instancia, en función del principio de independencia interna, han considerado pertinentes y conducentes las pruebas actuadas y en ese sentido han procedido a justipreciarlas o valorarlas para fijar ciertos hechos, y luego subsumirlos en la norma relativa a la causal de divorcio.

82. El examinar si en los medios probatorios invocados por la recurrente, se incurrió en la violación de una norma o precepto de valoración de la prueba, se verifica 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, de forma evidente, hay un interés de que este Tribunal de casación valore nuevamente la prueba actuada, evidenciándose únicamente una disconformidad con la evaluación probatoria realizada en instancia.

83. 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"* [30], frente a ello, es de relevancia indicar que las regla es clara, *el juzgador tiene la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión,* lo que quiere decir que pueden haber pruebas producidas, que fueron en principio calificadas como pertinentes, útiles y conducentes, y sin embargo al juzgador no le sirvieron para justificar su decisión[31].

[30] Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I , Bogotá: Editorial Temis 2002, pág. 287
[31] Ramírez Carlos, Apuntes sobre la Prueba en el COGEP, Segunda Edición, Grupo Editorial ONI, pág. 64.

84. Respecto de la prueba testimonial y documental, 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"* [32].

85. 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"* [33].

86. *"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"* [34], cuestión que no se verifica en el presente caso.

87. La recurrente sostiene que el Ad quem, en la valoración de los testimonios de Jorge Humberto Quinatoa Chacha, y Mayra Paulina Quinatoa Gómez, en relación con la declaración de parte de Jorge Iván Quinatoa Gómez, contrastado con el oficio suscrito por DINASED, Sub Zona Pichincha, interpreta erróneamente la obligación de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y la regla que impone considerar el contexto de toda la declaración testimonial y su relación con las otras pruebas, y que dichos errores generaron la equivocada aplicación del artículo 110 numeral 9 de Código Civil, ya que no existen hechos ciertos que determinen la fecha y hora en que se produjo el abandono del hogar por parte del actor, y que la presunta fecha señalada en la sentencia impugnada, está enervada con la prueba documental aportada.

88. Al respecto, es de relevancia mencionar cual fue el ejercicio de justipreciación que hizo el *Ad quem*, de los medios de prueba en referencia:

> *"(…) 5.3.- (…) para el Tribunal de la Sala, es intrascendente la determinación de la hora en que se produjo el abandono, si dentro del proceso se acreditó que los litigantes se encuentran separados por más de seis meses. De la prueba testimonial aportada por el actor y, que ha sido valorada por el Tribunal, en su contexto, al amparo de lo dispuesto en el Art. 186 del Código Orgánico General de Procesos y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, según el inciso segundo del Art. 164 del mismo Código, se encuentra que los testigos Jorge Humberto Quinatoa Chacha y Mayra Paulina Quinatoa Gómez, conocen a los cónyuges Jorge Iván Quinatoa Gómez y Edith del Rocío Napa Fuentes; en forma clara y concordante expresan que el accionante abandonó el hogar, el 22 de enero de 2020; que ellos, le ayudaron a retirar algunas fundas y le trasladaron a la casa del padre del accionante; los testigos, coinciden en señalar que desde esa fecha, no han vuelto a vivir juntos; por lo que, se encuentran separados por más de seis meses, como lo exige el Art. 110 causal 9 del Código Civil, sin que hayan reanudado sus relaciones conyugales; pues a decir de los testigos, viven en lugares diferentes, el accionante en San Miguel de Los Bancos y la demandada en la parroquia Aloasí, barrio El Tambo 2, sector Praderas de Machachi; además de que la intención del accionante es clara, en que se disuelva el vínculo matrimonial y, nace de libertad y voluntariedad con la que abandonó el hogar; por lo expuesto, es evidente que no se cumple con los fines filosóficos del matrimonio contenidos en el Art. 81 del Código Civil, de "vivir juntos (…) y auxiliarse mutuamente" (…)" (Sic)*

---

[32] Murcia Ballén, Humberto, Recurso de Casación Civil, Bogotá, Ibañez, 2005, Pág. 383

[33] 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.

[34] Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Juicio No, 21201-2018-00490, 08/04/2022 11:55.

89. Revisado el análisis que realiza el Ad quem, es claro que, los testimonios de Jorge Humberto Quinatoa Chacha y Mayra Paulina Quinatoa Gómez, si fueron valorados en el contexto de dichas declaraciones, en relación, además con la declaración del actor, y la prueba documental (oficio de la DINASED), de todo lo cual, emergió el hecho cierto referente a que, entre actor y demandada existe una separación conyugal desde el 22 de enero de 2020; finalmente, no se observa que los temas referidos en líneas que preceden hayan conducido a que se interprete erróneamente la obligación de apreciar la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; 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 interpretación de las normas acusadas como infringidas.

90. 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 la causal 9 del artículo 110 del Código Civil, para que opere la institución jurídica del divorcio, pues fuera de toda duda existe un abandono injustificado e ininterrumpido de la vida matrimonial, consolidando la idea de que entre los litigantes, el *animus conyugalis* se ha quebrantado definitivamente.

91. Ergo, el *Ad quem*, concluye que el matrimonio de los hoy legítimos contradictores, se encuentra irremediablemente resquebrajado, pues la *affectio maritalis* se ha roto, y no puede obligarse a los contrayentes que continúen casados en contra de su voluntad, más aún cuando se ha configurado la causal para que opere el divorcio como forma de terminación del contrato solemne, criterio con el cual este Tribunal concuerda.

92. En conclusión, el Tribunal *Ad quem,* 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 evaluación, pues no se verifica una errónea interpretación de la obligación de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y de la regla que impone considerar el contexto de toda la declaración testimonial y su relación con las otras pruebas; en esa ilación, consecuentemente, no se verifica que la cuestión alegada por la parte impugnante, haya conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con el artículo 110 numeral 9 del Código Civil.

93. 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"* [35]; 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.

94. En conclusión, el Tribunal *Ad quem*, al resolver la acción de divorcio 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 interpretado erróneamente la obligación de apreciar la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, o la regla que impone considerar el contexto de toda la declaración testimonial y su relación con las otras pruebas; es decir, que se haya incurrido en error de interpretación de los artículos 164 y 186 del COGEP; 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 el artículo 110 numeral 9 del Código Civil; toda vez que, desde la técnica impugnatoria, conforme 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, en la forma propuesta, es improcedente.

[35] Humberto Murcia Ballen, *Recurso de Casación Civil*, Ediciones Jurídicas G.I., Sexta Edición, Bogotá, 2005, p.91.

VII. DECISIÓN.

95. 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:

96. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Edith del Rocío Napa Fuentes, 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.

97. 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.

98. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. CARLOS VINICIO PAZOS MEDINA **CONJUEZ NACIONAL** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

El Tribunal de esta Alta Corte, rechaza el recurso de casación, ya que en la sentencia de apelación si se han respetado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria.

III

Juicio Nro. 17204-2022-00538
Fecha: martes 19 de marzo del 2024, las 14h56

TEMA: Declaratoria de unión de hecho.

SÍNTESIS

La parte actora en procedimiento ordinario, demanda la declaratoria de la unión de hecho, acción que mereció sentencia favorable en las dos instancias; mas, inconforme el demandado, interpuso recurso de casación mismo que no fue debidamente fundamentado conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados; toda vez que, el fallo recurrido de la apelación, cuenta con una fundamentación fáctica y jurídica suficiente, por lo tanto, está debidamente motivado; asimismo, no resuelve algo distinto a lo que era materia del litigio. Por todo lo dicho, la Sala de Familia rechazó el recurso intentado por el recurrente, pues se advierte que persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación, demostración y trascendencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17204-2022-00538

Juez Ponente: Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.
Quito, martes 19 de marzo del 2024, las 14h56
VISTOS: En virtud del recurso de casación planteado por Segundo Marcelo Tipán Yépez, demandado, en contra de la sentencia (de mayoría) 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 interpuesto; 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 Jessy Esthela Gutiérrez Villamarín, en procedimiento ordinario, demanda la declaratoria de la unión de hecho, a Segundo Marcelo Tipán Yépez, en el siguiente contexto:

"(…) 1. Desde el 10 de mayo del 1991. decidimos con el señor SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ, unirnos en unión de hecho, de forma, estable, monogámica, libres de vínculo matrimonial, pues nos encontrábamos de estado civil divorciados, en dicha relación, además de auxiliarnos mutuamente, tratarnos como marido y mujer dentro de nuestro círculo social y familiar, llegamos a constituir un hogar ejemplar, cada uno con sus propios hijos; es así, que formamos nuestro hogar en la calle Ríos y Concepción, luego en 1995 nos trasladamos a vivir en la calle Cumandá y Libertad durante 5 años, para finalmente domiciliarnos en la calle Libertad Oe10-42 y Cumandá, dónde vivíamos formando una familia reconocida en el entorno social, dando origen a una sociedad de bienes hasta la fecha de nuestra separación.

2. De lo dicho en líneas anteriores, debo indicar señor Juez, que la unión de hecho y sociedad de bienes duro hasta el 02 de octubre del año 2021, es decir más de 30 años; toda vez, que mi conviviente el señor SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ me había sido infiel, por lo que decidimos separarnos, quedando en esta fecha finalizada la unión de hecho, por la separación voluntaria de las partes.

3. Señor Juez, la unión de hecho que mantuve con el señor SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ fue establecida desde el 10 de mayo del 1991 hasta el 02 de octubre del 2021, es decir más de 30 años, para ser exactos 30 años cinco meses.

4. No me encuentro inmersa dentro de las prohibiciones establecidas en el Art. 95 del Código Civil, ya que, no tengo antecedentes penales, soy mayor de edad, divorciada, no poseo discapacidad alguna, y no tengo parentesco por consanguinidad ni en línea recta o colateral con mi conviviente SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ; quien tampoco se encuentra dentro de dichas prohibiciones.

5. Dentro de la sociedad de hecho adquirimos bienes muebles e inmuebles; realizamos transacciones, hemos suscrito contratos de forma individual y conjunta; así como poseemos negocios (…)

V.- FUNDAMENTO DE DERECHO.

Los fundamentos en lo que fundamento mi demanda se encuentran respaldados en el Art. 68 de la Constitución de la República; y los Arts. 222, 223 y siguientes del Título VI del Código Civil.

VII.- LA PRETENCIÓN CLARA Y PRECISA QUE SE EXIGE.-

Con los antecedentes expuestos, solicito a su autoridad que, en juicio ordinario se declare la existencia legal de la unión de hecho con mi conviviente SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ, toda vez que no nos encontramos inmersos dentro de las prohibiciones establecidas en el Art. 95 del Código Civil.

Aceptada que sea ésta mi demanda, se ordenará se inscriba o margine como corresponde en el Registro Civil a fin de que surta los efectos legales (…)" (Sic).

2. Al contestar la demanda, el ciudadano Segundo Marcelo Tipan Yépez, niega los fundamentos de la pretensión, y plantea las siguientes excepciones:

"(…) EXCEPCIONES PREVIAS

1.- Alego error en la forma de proponer la demanda: Considero que no se determina el tiempo en que se pretende se reconozca la unión de hecho.

2.- Alego prescripción de la acción Ordinaria: Por cuanto la Unión de hecho mantenida con la ciudadana actora, concluyó en el año 2005.

EXCEPCIONES DE FONDO

1.- Alego Falta de derecho de la actora: por demandar la existencia de unión de hecho luego de concluida en el año 2005.

2.- Alego improcedencia de la acción de Unión de hecho: por no determinar el tiempo de vigencia de la misma:

3.- Alego inexistencia de los elementos que contribuyen a la institución de la unión de hecho: no procede un reconocimiento de la unión de hecho luego del año 2005, por cuanto los elementos constitutivos de la unión de hecho concluyeron en ese año. (…)". (Sic)

I.2. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

3. Desarrolladas las audiencias respectivas, encontrándose la causa para resolver, el doctor Víctor Gabriel Viscarra Torres, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, emite su sentencia, aceptando la unión de hecho demandada, la misma que es reducida a escrito el martes 4 de octubre de 2022, a las 12h07, en el siguiente contexto:

(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta la demanda y se declara que entre la señora JESSY ESTHELA GUTIÉRREZ VILLAMARÍN y SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ existió unión de hecho y por tanto sociedad de bienes a partir del 16 de junio del año 1991 y como fecha de terminación el 01 de septiembre del año 2021; con los efectos previstos en el Título VI del Libro Primero del Código Civil. Ejecutoriada que sea esta sentencia; modifíquese y regístrese en el estado civil de los comparecientes por medio del Registro Personal Único que lleva la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, conforme a lo determinado en los artículos 10 numeral 13, Art. 57 y Art. 81 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles la declaratoria de la existencia de la unión de hecho. PROCEDENCIA O NO DEL PAGO DE INDEMNIZACIONES, INTERESES Y COSTAS. (…)". (Sic)

I.3. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por Segundo Marcelo Tipán Yépez, demandado, el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en sentencia de 2 de marzo de 2023, las 13h10, resuelve rechazar el medio de impugnación, en el siguiente contexto:

"*(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el actor SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ; subsecuentemente, en los términos de este fallo, se confirma la sentencia venida en grado jurisdiccional de fecha martes 4 de octubre del 2022, a las 12h07, dictada por el DR. VÍCTOR VISCARRA TORRES, juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. El Tribunal de oficio subsana el error acaecido en la sentencia dictada por el juez de primer nivel, quien declaró la existencia de la unión de hecho a partir del 16 de junio del año 1991, cuando lo correcto es, a partir del 16 de junio del año 1992, conforme así ya lo analizó el juez A quo en el obiter dicta del fallo impugnado (…)". (Sic)*

I.4. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5. Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referido, dentro del término legal, el accionado, señor Segundo Marcelo Tipan Yépez, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

6. El doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional, mediante auto de 18 de julio de 2023, las 11h30, admitió a trámite el recurso de casación planteado, bajo los siguientes parámetros:

"(…) CUARTO: DECISIÓN. Por lo expuesto, el suscrito Conjuez de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMITE a trámite el recurso de casación propuesto por SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ, exclusivamente por las causales segunda y tercera del artículo 268 del COGEP (…)". (Sic)

7. El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

8. Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme 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 la Familia, Niñez, Adolescencia, y Adolescentes Infractores, de esta Alta Corte.

9. De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 14 de septiembre de 2023, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Luis Adrián Rojas Calle y Roberto Guzmán Castañeda, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

10. 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; artículos 184 y 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 medio de impugnación.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO Y VALIDEZ PROCESAL.

11. Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de aquel cuerpo normativo.

12. El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de la impugnación dispuestas

[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.

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.

13. En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **"6."** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP** respecto de los cuales, la parte recurrente, argumenta lo siguiente:

14. Respecto del caso 2 del artículo 268, el censor, señaló:

"(…) 1. ***La fundamentación de la sentencia ha sido mínima, ha sido insuficiente o carece totalmente de motivación:*** *(…)*

En virtud de lo manifestado se verifica que la motivación de la sentencia emitida por el Tribunal de Corte Provincial es insuficiente pues no existe una fundamentación fáctica suficiente de hechos probados ya que la fundamentación fáctica del caso implicaba la fecha de inicio de la unión de hecho pretendida por la parte actora, hecho que no pudo ser probado, pues existe prueba de que a esa fecha el demandado, hoy recurrente, se encontraba casado, por lo que la parte actora no logró demostrar la existencia de la unión de hecho conforme los hechos afirmados en su demanda; no obstante, el Tribunal no toma en consideración el marco fáctico probado dentro del proceso y sin citar la norma que le faculte a corregir de oficio errores de hecho en la sentencia de primera instancia, procedió a fijar una fecha de inicio de la unión de hecho sin tener un marco fáctico aportado por las partes al respecto, sin tener medios probatorios que acrediten tal fecha de inicio de la unión de hecho y sin citar una norma que le faculte a actuar de oficio conforme lo hizo.

2. Cuáles han sido las razones o elementos, que llevaron al tribunal ad quem a no motivarla debidamente

Con base en lo manifestado cabe indicar que el Tribunal al manifestarse de la siguiente manera: (…)

El Tribunal de oficio subsana el error acaecido en la sentencia dictada por el juez de primer nivel, quien declaró la existencia de la unión de hecho a partir del 16 de junio del año 1991, cuando lo correcto es, a partir del 16 de junio del año 1992, conforme así ya lo analizó el juez A quo en el obiter dicta del fallo impugnado (…)

Emitió una decisión con una motivación insuficiente tanto en la fundamentación fáctica cuanto en la fundamentación normativa. Pues su fundamentación fáctica es el obiter dicta del fallo de primera instancia en la que la prueba de la inscripción de la sentencia de divorcio del demandado no se valoró como un medio de prueba determinante para que no se conceda la acción tomando en consideración que a la fecha en la que la actora indicó que inició la unión de hecho el demandado se encontraba casado sino que se valoró como un medio de prueba para determinar que la fecha de inicio de la unión de hecho era diferente a la establecida por la misma actora en su demanda y a lo largo de todo el proceso, incluso en su misma declaración de parte. En lo que respecta a la fundamentación normativa el Tribunal sin norma que acredite la facultad de corregir de oficio un error de hecho procedió a hacerlo, ejerciendo atribuciones que no ostenta el Tribunal y confirmando la sentencia de primera instancia pero corrigiendo un error respecto de la fecha de inicio de unión de hecho sin tener marco fáctico que permita establecer una fecha diferente a la alegada por la parte actora.

3. Las normas legales que desarrollan dicho principio, y cómo han sido infringidas por el juez de instancia, evidenciando que el contenido de la sentencia impugnada es ininteligible, ilógico, irracional y abstracto, y que no exista armonía entre las partes que la componen.

En el presente caso, la garantía de la motivación es un derecho consagrado en la CRE en el artículo 76 numeral 7 literal l) (…) en concordancia con el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos que establece (…)

Así también la garantía de la motivación se ha desarrollado en el artículo 91 del Código Orgánico General de Procesos en el que se dispone: (…)

Estas normas han sido infringidas debido a que el Tribunal emitió una decisión con falta de motivación suficiente, con base en la insuficiente fundamentación fáctica y normativa. (…)

Ahora bien, resulta necesario determinar cuál es la deficiencia motivacional que se encuentra en la sentencia recurrida. En términos de la Corte Constitucional, se configura una deficiencia motivacional de INSUFICIENCIA, en el vicio motivacional de INCONGRUENCIA ANTE LAS PARTES POR OMISIÓN. (…)

Lo expuesto, resulta importante, para determinar el VICIO que sustenta ésta causal, en virtud de que la sentencia recurrida en este caso fue emitida en segunda instancia, lo que implicó necesariamente la presentación de un recurso de apelación que detonó la competencia del Tribunal Tercero de la Sala Especializada de la Corte Provincial para conocer el recurso, sustanciarlo y resolverlo, recurso al que debía constreñirse el pronunciamiento del Tribunal de Corte Provincial, elaborando un fallo que tenga congruencia entre los hechos y el derecho integrados al proceso mediante los actos de proposición; sin embargo, esta congruencia no existió dentro de la sentencia en cuestión, debido a que el recurso de apelación presentado, de manera principal señala como yerro del juez de primera instancia el haber declarado la existencia de una unión de hecho desde el 16 de junio de 1991, a pesar de que el demandado de la causa a esa fecha mantenía vínculo matrimonial con una persona que no era parte dentro del proceso judicial. No obstante en la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal resolvió: "(...) de oficio declaró la existencia de la unión de hecho a partir del 16 de junio del año 1991, cuando lo correcto es 16 de junio del año 1992, conforme así ya lo analizó la jueza A quo en el obiter dicta del fallo impugnado (...)"

Es decir, la resolución emitida por el Tribunal no contempló el argumento de mayor relevancia del recurrente y por tanto a través de la sentencia no se dio respuesta al problema jurídico preponderante demarcado por el recurso de apelación, que fue rechazado; y, sin perjuicio de esto el Tribunal procedió a "corregir" un error de la sentencia de primera instancia de oficio, sin que exista normativa que le permita proceder de esta manera, dejando finalmente un evidente fallo sostenido en un análisis sin ninguna motivación y en ese contexto sin congruencia entre los actos de proporción el recurso de apelación y la sentencia de primera instancia que fue confirmada en todas sus partes. Conforme se verifica de la siguiente manera:

a. Demanda: la parte accionante solicita se declare la existencia de unión de hecho con el demandado desde el 10 de mayo de 1991.

b. Contestación a la demanda: el demandado indicó que la pretensión de la actora no es procedente pues a esa fecha se encontraba casado con otra persona, ya que su sentencia de divorcio fue inscrita el 15 de junio de 1992

c. Sentencia de primera instancia: declara la existencia de la unión de hecho y por tanto sociedad de bienes entre actora y demandado a partir del 16 de junio de 1991 a pesar de que el demandado no se encontraba libre de vínculo matrimonial.

d. Recurso de apelación: se deje sin efecto la sentencia de primera instancia por cuanto se declaró la existencia de unión de hecho sin observar los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil pues las partes no se encontraban libres de vínculo matrimonial.

e. Sentencia de segunda instancia: confirma la sentencia de primera instancia en todas sus partes y corrige de oficio el error de hecho de la fecha de inicio de la unión de hecho cambiándola de 16 de junio de 1991 a 16 de junio de 1992, (…)

Cabe entonces manifestar que se debe diferenciar entre la incongruencia en la sentencia y el principio de congruencia. (…)

Por lo manifestado se concluye que la sentencia recurrida es ilógica ya que no guarda coherencia con los actos de proposición, el recurso e incluso la misma sentencia de primera instancia al confirmarla pero corregir un error de hecho de la misma, así también es una sentencia irracional ya que el Tribunal ejerce facultades de oficio que legalmente no tiene para la corrección de un error de hecho y por tanto resulta también abstracta en virtud de que rechaza el recurso de apelación pero corrige el error que se fundamenta como parte esencial del recurso reconociendo tácitamente que la sentencia de primera instancia efectivamente se encontraba errada.

En el caso, a lo largo de la sentencia recurrida se verifica que la pretensión de la parte actora consistía en que se declare la existencia de la unión de hecho debido a "(...) Que desde el 10 de mayo del año 1991, decidieron con el señor SEGUNDO MARCELO TIPÁN YÉPEZ unirse en unión de hecho, de forma estable, monogámica, libres de vínculo matrimonial, al encontrarse de estado civil divorciados; en la que además de auxiliarse mutuamente (...)",

conforme consta de la consideración CUARTA de la sentencia; no obstante, el Tribunal de apelación considera que "los jueces investidos de potestad jurisdiccional, la cual emana del pueblo; conforme lo dispone el Art. 167 de la Constitución, estamos impedidos de denegar justicia rechazando una demanda, cuando la parte actora no ha podido probar que en un determinado lapso dentro del tiempo solicitado, alguno de los convivientes no se encontraba libre de vínculo matrimonial o tenía otro impedimento, pero si ocurre que, dentro de aquella línea de tiempo en que se ha solicitado su declaratoria los convivientes logran divorciarse y quedan libres de vínculo matrimonial, no hay razón para denegar el derecho de la parte demandante (…)" . Por lo que, en la parte resolutiva el Tribunal inobservando la pretensión de la parte actora, decidió (…) de oficio subsana el error acaecido en la sentencia dictada por el juez de primer nivel, quien declaró la existencia de la unión de hecho a partir del 16 de junio del año 1991, cuando lo correcto es, a partir del 16 de junio del año 199, conforme así ya lo analizó el juez A quo en el obiter dicta del fallo impugnado (...)".

Es decir, a pesar de que la parte actora a lo largo de todo el proceso sostuvo que la unión de hecho que pretendía que se declare inició el 10 de mayo de 1991 y a pesar de que se probó que el demandado a esa fecha tenía vínculo matrimonial con una persona diferente (consideración séptima de la sentencia), logrando establecer que en el caso no se cumplía con los requisitos señalados en el Art. 222 del Código Civil vigente, el Tribunal se aleja de lo aseverado por la parte actora y resuelve determinar una fecha de inicio de unión de hecho sin que exista en el proceso ninguna prueba que determine tal fecha como veraz incluyendo la declaración de parte de la accionante, hecho que constituye un claro yerro jurídico en la garantía de la motivación de la sentencia de segunda instancia (…) de lo que se desprende también la vulneración de la norma contenida en el artículo 92 del Código Orgánico General de Procesos que señala: (…)" (Sic)

15. Respecto del caso 3 del artículo 268, el censor, señaló:

"(…) En cuanto a la causal 3 del Art. 268 del COGEP., las normas que se consideran infringidas en el fallo o la sentencia impugnada mediante este recurso son: Los artículos 91, 92, 169, del Código Orgánico General de Procesos, artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, vulneración normativa que se sustenta de la siguiente manera:

El Tribunal infringió el artículo 91 del Código Orgánico General de Procesos en lo pertinente dispone que (…) en concordancia con lo establecido en el artículo 92 del mismo cuerpo legal, que señala: (…)

Conforme se ha desarrollado a lo largo del presente escrito el Tribunal de segunda instancia decidió corregir de oficio un error de hecho, esta decisión se fundamentó en hechos diferentes a los alegados por las partes en los actos de proposición y en la fundamentación del recurso de apelación pues la principal pretensión de la parte actora era la declaratoria de existencia de unión de hecho con el demandado a partir del 10 de mayo de 1991, hecho que no logró demostrarse por la parte actora y pretensión que no podía ser otorgada debido a que en esa fecha el demandado se encontraba casado con otra persona, hecho del que sí existe prueba documental conducente dentro del expediente, no obstante el Tribunal alejándose de los hechos aportados por la parte actora y las pretensiones de la misma e inobservando los hechos contestados por la parte demandada y la prueba existente en el proceso decide fijar como fecha de inicio de la unión de hecho el 16 de junio de 1992, sin existir prueba documental ni testimonial que de fe de tal hecho. Declarando un derecho diferente al pretendido por la parte accionante.

Concomitante con lo manifestado, se evidencia que de manera correlativa el Tribunal infringió normas que desarrollan lo ya manifestado en párrafo anteriores es así que se estima como norma infringida la contenida en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos que claramente establece que (…) Esto en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial según el cual (…)

Bajo este contexto es claro que el principio dispositivo en virtud del cual corresponde a las partes el impulso de la causa y por ende la carga probatoria de los hechos que alega también debe ser observado por los juzgadores quienes por regla general deben pronunciarse de conformidad con lo fijado y probado dentro del proceso por las partes disposición a la que no se ajusta la decisión del Tribunal, que resolvió fuera de los límites fijados por las partes y sin

observar que la parte actora no probó los hechos alegados. Entonces tomando en consideración los puntos fijados por las partes se tiene que:
• Actora: Solicita que se declare la existencia de la unión de hecho con el demandado a partir del 10 de mayo de 1991.
• Demandado: indica que es jurídicamente improcedente dicha declaratoria debido a que a esa fecha se encontraba casado con otra persona.
Objeto del proceso fijado por las partes: si existe o no unión de hecho entre actora demandado desde el 10 de mayo de 1991.
A pesar del objeto fijado por las partes las sentencias de primera y segunda instancia resuelven lo siguiente:
• Sentencia de primera instancia: declara la existencia de la unión de hecho y por tanto sociedad de bienes entre actora y demandado a partir del 16 de junio de 1991 pesar de que el demandado no se encontraba libre de vínculo matrimonial.
• Sentencia de segunda instancia: confirma la sentencia de primera instancia en todas sus partes y corrige de oficio el error de hecho de la fecha de inicio de la unión de hecho cambiándola de 16 de junio de 1991 a 16 de junio de 1992, a pesar de lo solicitado por la actora y su falta de prueba al respecto, de lo probado por el demandado y del claro error de la sentencia de primera instancia el mismo que no podía ser solventado de oficio pues formaba parte medular del recurso de apelación.
b. Vicio de incongruencia
Es decir, frente a la incongruencia existente, se puede determinar que el vicio de incongruencia en el que incurrió el Tribunal es el de EXTRA PETITA, contenida en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos bajo la hipótesis jurídica de cuando se haya resuelto en la sentencia conceder más allá de lo demandado (…)." (Sic)

V. PROBLEMA JURÍDICO.

16. Delimitados los cargos planteados y admitidos 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 de apelación, incurre en un vicio de deficiencia motivacional?
¿El Tribunal *Ad quem*, incurre en el vicio de extra petita, al resolver la controversia en la forma constante en la sentencia impugnada?

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…".*

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

[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.

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].

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 de Familia, Niñez y Adolescencia.

28. *Per se*, la casación, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación, dentro de su ámbito nomofiláctico y dikelogico.

29. La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

> *"...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible*

---

[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; (…)"*

[7] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

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*

[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.

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]

37. En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

VI.2. Análisis individualizado de cada yerro acusado y admitido a trámite.

38. Reiterando que, en el *in examine*, se aceptó a trámite el recurso, limitando el mismo a los **casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP;** inexorablemente el análisis del medio de impugnación, debe basarse en la fundamentación esgrimida sobre aquellos cargos, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

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 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 1) de la CRE, y 89 del COGEP.

---

[11] Calamandrei, Piero, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 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".*

44. Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones 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".*

COFJ: *"Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y*

---

[14] **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).

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 las 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:

"…En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de

[17] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

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, incurrieron en los yerros señalados *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 del principio de la motivación, por las siguientes razones:

- La fundamentación fáctica de la sentencia, es el *obiter dicta* del fallo de primera instancia

[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.

en la que la prueba de la inscripción de la sentencia de divorcio del demandado no se valoró como un medio de prueba determinante para que no se conceda la acción, tomando en consideración que, a la fecha, en la que la actora indicó que inició la unión de hecho el demandado se encontraba casado.

- En lo que respecta a la fundamentación normativa, el Tribunal, sin norma que acredite la facultad de corregir de oficio un error de hecho procedió a hacerlo, ejerciendo atribuciones que no ostenta el Tribunal, y confirmando la sentencia de primera instancia, pero corrigiendo un error respecto de la fecha de inicio de unión de hecho sin tener marco fáctico que permita establecer una fecha diferente a la alegada por la parte actora.
- El *Ad quem*, infringe el artículo 91 del COGEP.
- Hay insuficiencia motivacional, en torno al vicio motivacional de incongruencia frente a las partes por omisión.
- El *Ad quem*, debía constreñirse al recurso de apelación deducido por el demandando, elaborando un fallo que tenga congruencia entre los hechos y el derecho integrados al proceso mediante los actos de proposición; sin embargo, esta congruencia no existió dentro de la sentencia en cuestión, debido a que el recurso de apelación presentado, de manera principal señala como yerro del juez de primera instancia el haber declarado la existencia de una unión de hecho desde el 16 de junio de 1991, a pesar de que el demandado, a esa fecha mantenía vínculo matrimonial con una persona que no era parte dentro del proceso judicial. No obstante, en la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal, resolvió: "(...) de oficio declaró la existencia de la unión de hecho a partir del 16 de junio del año 1991, cuando lo correcto es 16 de junio del año 1992, conforme así ya lo analizó la jueza A quo en el obiter dicta del fallo impugnado (...)"
- La resolución no contempló el argumento de mayor relevancia del recurrente y por tanto a través de la sentencia no se dio respuesta al problema jurídico preponderante demarcado por el recurso de apelación, que fue rechazado; y, sin perjuicio de esto, el Tribunal, procedió a "corregir" un error de la sentencia de primera instancia de oficio, sin que exista normativa que le permita proceder de esta manera.
- La sentencia recurrida es ilógica ya que no guarda coherencia con los actos de proposición, el recurso e incluso la misma sentencia de primera instancia al confirmarla pero corregir un error de hecho de la misma, así también es una sentencia irracional ya que el Tribunal, ejerce facultades de oficio que legalmente no tiene para la corrección de un error de hecho y por tanto resulta también abstracta en virtud de que rechaza el recurso de apelación pero corrige el error que se fundamenta como parte esencial del recurso reconociendo tácitamente que la sentencia de primera instancia efectivamente se encontraba errada.
- A pesar de que la parte actora a lo largo de todo el proceso sostuvo que la unión de hecho que pretendía que se declare inició el 10 de mayo de 1991 y a pesar de que se probó que el demandado a esa fecha tenía vínculo matrimonial con una persona diferente (consideración séptima de la sentencia), logrando establecer que en el caso no se cumplía con los requisitos señalados en el Art. 222 del Código Civil vigente, el Tribunal, se aleja de lo aseverado por la parte actora y resuelve determinar una fecha de inicio de unión de hecho sin que exista en el proceso ninguna prueba que determine tal fecha como veraz incluyendo la declaración de parte de la accionante, hecho que constituye un claro yerro jurídico en la garantía de la motivación de la sentencia de segunda instancia, de lo que se desprende también la vulneración de la norma contenida en el artículo 92 del COGEP.

58. 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*, no valoró adecuadamente la prueba documental que fija la fecha de inscripción de la sentencia de divorcio del demandado; además que, no existe ninguna prueba que delimite la fecha de inicio de la unión de hecho establecida en la sentencia, que ni la declaración de parte de la accionante determina tal cuestión.

59. 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].

60. 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 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.

61. 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 del agarantía 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.

62. Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de motivación, observándose desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: la inexistencia; la insuficiencia; y, la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguna de estas tipologías elementales:

63. Inexistencia.- Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica[23].

64. Insuficiencia.- Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.[24] Manuel Atienza, señala que "el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas

[20] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.
[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

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].

65. Apariencia.- Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatinencia; incongruencia; e, incomprensibilidad[26], conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

66. 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.

67. La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación[27].

68. Inatinencia.- Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no "tienen que ver" con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez "equivoca el punto" de la controversia judicial. La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no que dan otras que logren configurar una a rgumentación jurídica suficiente[28].

69. Incongruencia.- Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). 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].

70. Incomprensibilidad.- Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana[30].

71. Ahora bien, relacionando el cargo casacional, con el conflicto judicializado, y **la unión de hecho**, es de relevancia puntualizar la esencia de la misma como institución jurídica.

72. El Estado constitucional de derechos y justicia vigente en el Ecuador, describe una gama

[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.
[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

de derechos de las personas, entre ellos, los de libertad; como parte de aquellos, se reconoce a la familia en sus diversos tipos, y se establece que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (artículo 67 de la CRE); asimismo, en nuestra estructura constitucional, como parte de los derechos referidos, se reconoce las uniones de hecho, en el siguiente sentido:

> *"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".*

73. Para tutelar estos derechos, se han establecido garantías normativas en la legislación civil, en efecto, 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 (artículo 222 del Código Civil), así también, 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 (artículo 222 del Código Civil).

74. Estas disposiciones sobre la unión de hecho pueden entenderse como una concreción de lo dispuesto en el artículo 67 de la CRE, esto es el reconocimiento de la *"familia en sus diversos tipos"* y su constitución por "vínculos jurídicos o de hecho", basada en *"la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes"*. A partir de su equiparación con el matrimonio, la unión de hecho se funda en la igualdad de derechos, obligaciones, y capacidad legal de la pareja[31].

75. En el contexto referido en los párrafos que preceden, se establece taxativamente, cuales son los requisitos que deben justificarse para la existencia de la unión de hecho:

76. La existencia de dos personas.- Según el artículo 41 del Código Civil, personas son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. En el marco de la CRE de 2008, es irrelevante el sexo de los convivientes; la unión puede constituirse por parejas del mismo o diferente sexo, el requisito es que la relación emerja entre dos personas única y exclusivamente.

77. La estabilidad.- Este requisito busca asegurar que la relación tenga un carácter de permanencia y estabilidad, por lo que no es suficiente probar la convivencia, sino que se debe justificar, el ámbito permanente y estable de la relación; en ese sentido, incluso el artículo 223 del Código Civil, señala que en caso de controversia o para efectos probatorios, emerge la presunción legal de estabilidad transcurridos dos años.

78. La unión monogámica.- En el plano teórico, no hay controversias respecto a la relación monógama como uno de los pilares que configuran la unión de hecho, sin embargo, es de relevancia determinar si dicho concepto abarca también la mutua fidelidad que en el matrimonio se presenta como deber derivado de la misma identidad de la institución. Nuestras garantías normativas (artículo 222 del Código Civil), en efecto, establecen que la unión debe tener el carácter de estable y monogámica, para su validación, como algo jurídicamente debido. Este elemento da fuerza de una condición para la existencia de la unión de hecho. Es conveniente constatar por tanto que la misma noción fidelidad remite a un compromiso asumido, a una palabra dada, en la cohabitación exclusiva que materializa el rasgo de monogamia.

79. La ausencia de vínculo matrimonial de los convivientes.- Tomando en consideración que desde el punto de vista de los atributos de la personalidad, la unión de hecho es una institución jurídica que da origen a un estado civil, generador de derechos y obligaciones similares y paralelas al matrimonio, es claro que no pueden coexistir al mismo tiempo estos dos estados civiles, pues ello enervaría tan importante atributo de las personas,

[31] Simon, Farith, *Manual de Derecho de Familia*, Editora Cevallos, Quito – Ecuador, 2021, pág. 263.

y provocaría inseguridad jurídica en las relaciones familiares de los involucrados, incluso en terceros; *per se,* si uno de los convivientes se halla ligado con una tercera persona por un contrato de matrimonio vigente, aquella circunstancia impide la consolidación de la unión de hecho, ya que, la ausencia de vínculo matrimonial es un requisito sustancial para la existencia de la unión de hecho.

80. La mayoría de edad.- En nuestra estructura normativa, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, por lo cual, solo aquellas personas mayores de edad tienen aptitud legal de formar una unión de hecho.

81. Que quienes forman la unión estable y monogámica no sean de aquellas personas descritas en el artículo 95 del Código Civil.- El artículo 95 del Código Civil, establece los casos de nulidad del matrimonio; así, es nulo el matrimonio contraído por el cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato, sicariato o femicidio del cónyuge fallecido o que haya sobrevivido, la persona menor de 18 años de edad, la persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto, la persona con discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad, los parientes por consanguinidad en línea recta, y los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad; entonces, al tenor del artículo 223 del Código Civil, es requisito de la unión de hecho, para tener vocación de legalidad, el que los convivientes, no sean de aquellas personas referidas en el artículo 95 del Código indicado.

82. El hogar de hecho.- Este requisito hace relación a la convivencia efectiva implícita o explícita, por medio de la cual, la pareja establece un hogar común, que puede ser un lugar de domicilio, residencia, o convivencia, es decir una morada fija y permanente, a partir de la cual, se consolida entre los convivientes, la finalidad de vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho, de forma pública y notoria. Es claro que no se cumple el requisito por la convivencia, sino por la naturaleza de la misma, es decir, este requisito revela la intención, la voluntad, de un proyecto de vida en común como pareja.

83. De lo desarrollado *ut supra*, se logra extraer los requisitos de la institución jurídica en análisis, la existencia de los mismos debía ser justificada procesalmente, a fin de tener como verosímil el estado conyugal aparente, que se configura con la singularidad de la unión, la estabilidad que perdura en el tiempo, la publicidad, el trato social como marido y mujer entre los legítimos involucrados en esta causa, libres de vínculo matrimonial.

84. El tratadista Luis Parráguez Ruiz, respecto a la unión de hecho, señala que:

> *"Es la unión estable entre un hombre y una mujer que constituyen un hogar fundado en el afecto recíproco, para la realización de un proyecto común que comprende básicamente el compromiso de solidaridad integral entre ambos"* [32].

85. En la misma ilación teórica, se establece lo siguiente:

> *"(…) la cohabitación en un mismo domicilio como marido y mujer en apariencia de matrimonio es el elemento esencial que se requiere para caracterizar a la relación como una unión marital de hecho/.Esta convivencia presupone el mantenimiento de relaciones sexuales, propias del tipo de unión en cuestión, y, además, permite presumir la existencia de mutua colaboración afectiva y material entre los convivientes frente a las vicisitudes de la vida"* [33].

86. En este sentido, esta institución regula las relaciones familiares, paralelamente al matrimonio, es una expresión de la voluntad protegida por la ley, con sustento constitucional, e incluso está garantizada con la presunción de su existencia. En el Código Civil, conforme lo señalado *ut supra*, se encuentra definida la unión de hecho, y podemos apreciar que el legislador ecuatoriano ha determinado diversos elementos indispensables para que pueda constituirse legalmente en concordancia con la CRE, en razón de que la vida familiar ha sufrido cambios tanto en la concepción jurídica cuanto en la realidad social.

87. Del análisis doctrinario y normativo, para que exista *unión de hecho* es ineludible la coexistencia de elementos y circunstancias esenciales, que son: **a)** Una unión estable y monogámica; **b)** Que esta unión sea entre dos personas (indistintamente del sexo o género), mayores de edad; **c)** Que tenga una duración de más de dos años; **d)** Que las dos personas sean libres de vínculo matrimonial; **e)** Que esta unión tenga como finalidad vivir juntos, auxiliarse mutuamente, y formar un hogar de hecho; **f)** Que entre la pareja exista publicidad de la unión, es

[32] Parráguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano.* Loja- Ecuador: Editorial Astrea Tomo II, 2005, pag. 222
[33] Jorge O. AZPIRI, *"Uniones de hecho"*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, primera edición, 2003, pág. 63.

decir, que el trato como pareja que forma el hogar de hecho, sea público y notorio; y, **g)** Que exista vocación de legalidad, esto es que no existan impedimentos para la consolidación de la institución jurídica.

88. Fijado el marco teórico sobre la unión de hecho, en relación con el problema jurídico planteado, el censor, sostiene que, en la sentencia de apelación, se incurre en insuficiencia motivacional, y en incongruencia frente a las partes por omisión, ya que no se ha dado respuesta a los argumentos relevantes de las partes.

89. El recurrente, en su fundamentación, objeta el ámbito de temporalidad de la unión de hecho formada con la actora, por lo cual, sostiene la inexistencia de la misma; en ese contexto, acusa que el *Ad quem,* no dio respuesta a su argumento, relevante y trascendente, en sede de apelación, cual es la imposibilidad fáctica y jurídica de declarar una unión de hecho desde el 10 de mayo de 1991, conforme la petición de la accionante, por cuanto a dicha fecha, se encontraba casado con una tercera persona, siendo esta la razón por la que no podía prosperar la súplica, por lo que, la sentencia impugnada, adolece de incongruencia, y de insuficiencia motivacional.

90. Tomando como referente los requisitos relativos a la institución jurídica objeto del proceso; revisado el fallo, en torno al punto medular de la impugnación, es claro que el *Ad quem*, en su análisis, parte de las proposiciones fácticas (demanda) y contra fácticas (contestación a la demanda) planteadas por las partes; la primera sostiene que la unión de hecho data desde el 10 de mayo de 1991, hasta el hasta el 02 de octubre del año 2021; la proposición contra fáctica niega los fundamentos de hecho, y sustenta que, en la fecha de inicio de la unión, referida por la actora, el demandado se hallaba ligado por un vínculo matrimonial, lo que hacía inviable la acción; aquello emergió como premisas sometidas a justificación y análisis.

91. Sobre la base de lo descrito en el párrafo que precede, en función de su rol, el Tribunal de apelación, realiza un ejercicio de justipreciación de los elementos probatorios aportados y admitidos, entre ellos, el documento de inscripción de matrimonio de Segundo Marcelo Tipán Yépez con *Maria*na de Jesús Villamarín Tapia, en el cual consta la razón de disolución del vínculo matrimonial en referencia, mediante divorcio, inscrito el 15 de junio de 1992, en relación con otros medios probatorios documentales y testimoniales; así, a partir de la inferencia de las pruebas aportadas, arriba a fijar ciertos hechos, entre ellos, que: **a)** Actora y demandado formaron una unión estable y monogamica; **b)** La unión se formó entre dos personas mayores de edad; **c)** El ámbito temporal de formación del hogar común data desde el 10 de mayo de 1991, es decir, actora y demandado, establecieron su hogar de hecho, incluso antes de la inscripción del divorcio de Segundo Marcelo Tipán Yépez, sin embargo, la unión estable y monogámica adquirió vocación de legalidad, luego de la marginación de dicho divorcio en el Registro Civil, es decir a partir del 16 de junio de 1992; ergo, esta fecha es el hito de inicio; **d)** La relación con vocación de legitimidad, tuvo una duración de más de dos años, desde el 16 de junio de 1992, hasta el 1 de septiembre de 2021; **e)** Tanto actora como demandado en el tiempo delimitado se hallaban libres de vínculo matrimonial; **f)** Durante el tiempo de la unión con aptitud y legitimidad, vivieron juntos, se auxiliaron mutuamente como pareja, y formaron el hogar de hecho; **g)** El hogar común que formaron era público, y notorio, y sin impedimento para la consolidación de la institución jurídica, en el ámbito temporal fijado; sin que en ese ejercicio se avizore incongruencia o insuficiencia motivacional; todo lo contrario, se observa una fundamentación fáctica suficiente.

92. Luego de ello, fijados los hechos, con total verosimilitud, en la forma indicada en el párrafo que precede, como parte de la fundamentación jurídica suficiente, el *Ad quem*, procede a desarrollar la esencia jurídica de lo que constituye la unión de hecho, arribando a una conclusión única, referente a que la unión que, existió entre Jessy Esthela Gutiérrez Villamarín y Segundo Marcelo Tipán Yépez, tenía vocación de legalidad, con un ámbito temporal que data a partir del 16 de junio de 1992, hasta el 1 de septiembre de 2021, en que terminó la misma.

93. Así, el *Ad quem,* realiza una adecuada subsunción de los hechos fijados como ciertos a las normas descritas en los artículos 222 y 223 del Código Civil, que determinan e instituyen la figura jurídica de la unión de hecho, y excluye las excepciones de improcedencia de la acción, falta de derecho de la actora, o inexistencia de los elementos constitutivos de la misma; *per se*, no se establece que dicho ente judicial haya omitido contestar los argumentos relevantes deducidos por el censor en sede de apelación, o que haya dejado de contestar alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución del problema jurídico sometido a la jurisdicción, con miras a tutelar los derechos de las partes; tampoco se avizora que, el juzgador haya

contestado a los argumentos relevantes del recurrente mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta; todo aquello, en torno a la procedencia o no de la institución objeto del litigio; por lo que, se excluye una eventual apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes.

94. En esa ilación, queda claro que el *Ad quem*, en la forma expresada en los párrafos que preceden, en su sentencia, al coincidir con la fundamentación fáctica y jurídica del *A quo,* y subsumir los hechos fijados como ciertos en las garantías normativas de los artículos 222 y 223 del Código Civil, partiendo de las mismas premisas, concluye que existe la unión de hecho, por ello confirma la decisión de primera instancia, sin embargo resuelve que la sentencia del *A quo*, tiene un error numérico en cuanto a la determinación precisa de su fecha de inicio, subsanando el mismo, e indicando que el estado civil reclamado, inició el 16 de junio de 1992 y no el 16 de junio de 1991, hasta el 1 de septiembre de 2021, realizando una fundamentación fáctica y normativa suficiente, encaminada a explicar la subsunción de los hechos en la figura jurídica referida a lo largo de este análisis, dentro de los límites temporales solicitados en la demanda, en función del principio dispositivo, sin que aquella cuestión emerja como un vicio de insuficiencia o apariencia motivacional por incongruencia frente a las partes.

95. El argumento referente a que no pueden coexistir el matrimonio y la unión de hecho al mismo tiempo, tuvo una respuesta motivada de parte del Tribunal de apelación, pues al delimitar el ámbito temporal de inicio de la unión de hecho, el ente judicial, discriminó adecuadamente el tiempo a partir del cual Jessy Esthela Gutiérrez Villamarín y Segundo Marcelo Tipán Yépez, tenían aptitud legal para dar vocación de legitimidad a la unión acaecida, como atributo de la personalidad; ergo, se descarta la incongruencia frente a las partes como vicio motivacional acusado.

96. Sobre la base de lo analizado, es claro que, 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; en el *in examine,* la parte litigante no ha cumplido su obligación procesal, todo lo contrario, únicamente manifiesta su mera inconformidad con las premisas, conclusión y resolución, acogidas por el *Ad quem,* cuestión que no puede ser objeto del medio extraordinario, por constituirse sus enunciados en un debate de instancia.

97. A su vez el principio de trascendencia, implica que el argumento de la parte recurrente, 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 el censor, postula el cargo analizado, con generalidades, sin explicar su argumento de forma técnica y concreta.

98. 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, 90, y 92 del COGEP, 130 numeral 4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; ergo, en el cargo planteado por el parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó los principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *Ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

VI.4. Estudio de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 268 del COGEP.

99. El numeral 3 del artículo 268 del COGEP, establece lo siguiente:

> ***"Art. 268.-*** *Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)*
> *3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia" .*

100. El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: *"…la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,"* [34], en este sentido, *"la incongruencia del fallo puede*

revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b)cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)",[35] en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle, señala al respecto:

> *"El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)"* [36]

101. Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

> "(…) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata,* delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso" [37].

102. En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del COGEP: *"Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso."*, en relación con lo que dispone el artículo 91 ibídem: *"La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes"*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es sino la que es materia del litigio[38].

103. En tal virtud, la congruencia exige *"al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso"* [39].

> *"… Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada…"* [40].

104. Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- *"Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.*

---

[34] Humberto Murcia Ballén, *"Recurso de Casación Civil"*, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñes, Bogotá, 2005, Pág.506.
[35] Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).
[36] Enderle Guillermo Jorge, *"La Congruencia Procesal"*, Rubinzal – Culzon Editores, Buenos Aires – Argentina, Pág. 103.
[37] G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)
[38] Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil,* Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.
[39] Oswaldo Navas, *Teoría General del Proceso,* Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p. 101
[40] Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil,* Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 321.

- *Asemejar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.*
- *Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.*
- *Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.*
- *Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.*
- *Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito ut supra, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (plus o ultra petita), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (extra petita), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (citra petita) (debida fundamentación y demostración).*
- *El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia)"* [41].

105. Conforme lo indicado *ut supra*, **el problema jurídico planteado**, se circunscribe en la siguiente interrogante:

> **¿El Tribunal *Ad quem*, incurre en el vicio de extra petita, al resolver la controversia en la forma constante en la sentencia impugnada?**

106. El recurrente sostiene que el *Ad quem,* se extralimitó al resolver cuestiones no deducidas en la demanda, ya que, lo solicitado por la actora, fue la declaratoria de la unión de hecho con el accionado, desde el 10 de mayo de 1991, pero en primera instancia se otorga dicho estado civil desde el 16 de junio de 1991, sin embargo, paradójicamente, el ente de apelación, resuelve que la unión acaecida inició el 16 de junio de 1992, por lo que existe *extra petita;* que la corrección de oficio que realiza el Tribunal de alzada en torno al hito de inicio de la unión de hecho, vulnera los principios dispositivo y de congruencia, establecidos en los artículos 91, 92, y 169 del COGEP, 19 del COFJ, y 82 de la CRE, ya que, si bien es cierto, los jueces pueden determinar la cuestión jurídica no pueden modificar la cuestión fáctica, error en el que incurre el Tribunal de alzada.

107. En el *in examine,* se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido *(plus o ultra petita)*, si se ha concedido algo distinto a lo pedido *(extra petita)*, o se ha dejado de resolver sobre algo pedido *(citra petita)*. Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

108. Lo que jurídicamente calificado como *"traba de la litis"*, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto *"… la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación"* [42].

109. Ahora bien, en torno a la acusación del presunto vicio de *"extra petita"*; en función del artículo 19 del COFJ, que establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de parte legitimada, este Tribunal contrasta la pretensión, las excepciones, su contradictorio, y la resolución impugnada, de todo lo cual, se concluye que, *prima facie*, la actora solicita la declaratoria de la unión de hecho que mantuvo con el demandado

---

[41] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Civil y Mercantil, sentencia caso No. 03332-2018-00332.
[42] Humberto Murcia Ballén, *"La Casación Civil en Colombia",* Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pág. 480.

desde el 10 de mayo de 1991 hasta el 02 de octubre de 2021, pretensión a la cual se opone el accionado, por cuanto, en la fecha inicial señalada por la accionante, él no tenía aptitud legal para establecer una unión de hecho, ya que, se hallaba casado con una tercera persona; en primera instancia se otorga dicho estado civil (unión de hecho) desde el 16 de junio de 1991 hasta el 1 de septiembre de 2021.

110. Descrito lo anterior, jurisdiccionalmente, sobre la base de la traba de la litis, correspondía al *Ad quem*, justipreciar los elementos probatorios aportados y fijar si se tenían como hechos ciertos aquellos necesarios para determinar su correspondencia o no con los fundamentos facticos y jurídicos planteados por la parte accionante, o, *a contrario sensu,* con las excepciones o argumentos deducidos por el legítimo contradictor, a fin de dilucidar sobre la procedencia o no de la demanda. En este sentido tenemos que la sentencia impugnada, en su parte pertinente, resuelve que la unión acaecida inició el 16 de junio de 1992.

111. Entonces, de la revisión de la demanda, la contestación a la misma, y de la sentencia impugnada, no se evidencia que se haya resuelto *extra petita*, en la forma expresada por el recurrente, ya que, la determinación de la fecha de inicio y de terminación de la unión de hecho que existió entre actora y demandado, es consecuencia lógica de la súplica deducida, en aplicación del principio dispositivo.

112. En esa ilación, es de relevancia señalar que, si bien la actora solicita la declaratoria de la unión de hecho que mantuvo con el demandado, desde el 10 de mayo de 1991 hasta el 02 de octubre de 2021, luego la justipreciación de los medios de prueba, se llegó a fijar como hecho cierto que, el ámbito temporal de formación del hogar común data desde el 10 de mayo de 1991, esto es antes de la inscripción del divorcio de Segundo Marcelo Tipán Yépez, sin embargo, la unión estable y monogámica adquirió vocación de legalidad, luego de la marginación de dicho divorcio en el Registro Civil, es decir a partir del 16 de junio de 1992, siendo esta fecha el hito de inicio.

113. En ese sentido, el *Ad quem*, arriba a una conclusión única, referente a que la unión que existió entre Jessy Esthela Gutiérrez Villamarín y Segundo Marcelo Tipán Yépez, tenía vocación de legalidad, con un ámbito temporal que data a partir del 16 de junio de 1992, hasta el 1 de septiembre de 2021, en que terminó la misma.

114. En conclusión, en el cargo planteado por el recurrente, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación, demostración y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *Ad quem*, se vislumbre un vicio de incongruencia, es improcedente.

VII. DECISIÓN.

115. 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:

116. Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Segundo Marcelo Tipán Yépez, demandado, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

117. 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.

118. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA **JUEZ NACIONAL (E)** DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E)**

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; asimismo, no resuelve algo distinto a lo que era materia del litigio.

IV

Juicio Nro. *11203-2019-03308*
Fecha: *lunes 29 de abril del 2024, las 14h36.*

TEMA: Divorcio por causal.

SÍNTESIS

La recurrente sostiene la falta de motivación del *ad quem* al momento de emitir su resolución. Para ello, la Sala de casación, advierte que: para que un fallo se considere motivado, ha de contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso. Con respecto a la valoración arbitraria de la prueba, la ex Corte Suprema de Justicia indicaba que una decisión es absurda, cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas formales; y, arbitraria cuando hay ilegitimidad en la motivación (…); el absurdo en la valoración de la prueba, no se limita a la sola ilegitimidad de la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas (…). Existe arbitrariedad en la decisión, cuando el juzgador resuelve apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en 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. La Sala de casación rechazó el recurso incoado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11203-2019-03308

Juez Ponente: Dr. Luis Adrián Rojas Calle

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, lunes 29 de abril del 2024, las 14h36.

VISTOS.- En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, instalada y sustanciada el 28 de marzo de 2024, el infrascrito Tribunal resolvió rechazar el recurso casación interpuesto por la señora Elizabeth del Carmen Morocho Araujo. En tal virtud, conforme lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, agotado el trámite de rigor, se dicta la correspondiente sentencia por escrito:

I. ANTECEDENTES

1. Comparece a la administración de justicia el señor José Ruperto Jirón Calle, proponiendo demanda de divorcio por causal en contra de la señora Elizabeth del Carmen Morocho Araujo, indicando que contrajeron matrimonio el 10 de junio de 1998; y que; por decisión propia abandonó el hogar matrimonial que lo mantenían en el barrio La Banda, de la ciudad de Loja. Que desde su salida del hogar, el 15 de julio de 2018, no ha regresado al mismo, encontrándose separado por más de seis meses. Fundamenta su acción según lo dispuesto en los artículos 110 numeral 9 del Código Civil.

2. En sentencia de viernes 6 de marzo del 2020, el juez de instancia Dr. Luis Patricio Jaramillo Reyes, acepta la demanda de divorcio por causal y resuelve declarar disuelto el vínculo matrimonial que une a los señores José Ruperto Jirón Calle y Elizabeth del Carmen Morocho Araujo, mediante divorcio.

3. De esta sentencia, la demandante propone recurso de apelación, resuelto el 30 de noviembre de 2020, a las 16h01, por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez,

Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja; que, rechazando el recurso de apelación interpuesto, confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado.

4. De la sentencia de segunda instancia, la señora Elizabeth del Carmen Morocho Araujo, propone recurso de casación, que ha sido admitido a trámite por la señora Conjueza Nacional Competente, doctora Rita Bravo Quijano, mediante auto interlocutorio, de 14 de febrero de 2022.

5. 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 estaba conformado por los señores doctores Adrián Rojas Calle, en calidad de Juez ponente, David Jacho Chicaiza, Juez Nacional encargado, y Roberto Guzmán Castañeda.

6. En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, intervino el Juez Nacional encargado, doctor Julio Arrieta Escobar, en reemplazo del doctor Roberto Guzmán Castañeda, quien ha cesado en sus funciones al haber culminado su periodo.

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 Adrián Rojas Calle (Ponente), David Jacho Chicaiza y Julio Arrieta Escobar en calidad de Juez encargado del despacho del doctor Roberto Guzmán Castañeda, según oficio N. 0421-SG-CNJ-MMV-2024 de 25 de marzo del año en curso, es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; en relación con el artículo 201 numeral 1 ibídem; por mandato del inciso primero del artículo 269 del COGEP y por el sorteo de ley.

III. VALIDEZ PROCESAL

11. El proceso objeto de análisis en casación, ha sido tramitado conforme las normas jurídicas procesales del COGEP. En contra de la validez de las actuaciones judiciales, las partes no han presentado cargo alguno; y, de la revisión del expediente, este Tribunal no detecta la inobservancia de reglas de trámite que invaliden el proceso, por lo que declara su validez.

IV. DE LOS LÍMITES Y FINES DE LA CASACIÓN

12. Previo a 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 otros, 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 toda persona recurra del 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

---

[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).

jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma (defensa del *ius constitutionis)*[5].

21. En línea con los límites doctrinarios de la casación, los artículos 266 y 267 del COGEP, determinan los parámetros de procedencia del recurso que han de observarse en el planteamiento, fundamentación y resolución del recurso de casación:

> Art. 266.- El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.
>
> Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.
>
> Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.
>
> Art. 267. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
>
> 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 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, se ha de 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].

23. 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.

24. Efectuada la audiencia de sustentación del recurso de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, compareció la defensa técnica de la casacionista Elizabeth del Carmen Morocho Araujo, fundamentando el recurso admitido a trámite por el caso dos del artículo 268 del COGEP; en los siguientes términos:

24.1. Refiere que la sentencia de segunda instancia impugnada no se encuentra debidamente motivada, al no contener la relación de los hechos probados relevantes para la decisión.

24.2. Que a pesar de que el tribunal de apelación indica que ha valorado la prueba en su conjunto, no ha expresado en qué piezas del acervo probatorio se robustece su decisión.

24.3. Considera que era necesario que se justifique las razones por las que se tomó como

[5] Montero Juan, Flors José, Tirant lo Blanch Tratados: Valencia, 2012, p.333.
[6] Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.0 0125-15-EP.

relevante el testimonio del propio actor, en vista de que no fue analizado en contexto con otras pruebas, siendo esto lo que motivó el recurso de apelación y que al no haber sido abordado en la sentencia recurrida, configura vicio de incongruencia frente a las partes.

24.4. Que al haberse negado el actor a responder a las preguntas de la parte demandada, debía ser valorado conforme el artículo 177 numeral 6 del COGEP.

24.5. Bajo estas alegaciones denuncia la falta de motivación de la sentencia y solicita que se case el fallo impugnado.

VI. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

25. Respecto a los cargos sintetizados en el párrafo 25 *ut supra*, este Tribunal se plantea los siguiente problema jurídico objeto de resolución:

25.1. ¿La sentencia emitida el 30 de noviembre de 2020, a las 16h01, por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, cumple con el requisito de motivación?

VII. RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS

26. 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).

27. 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].

28. 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.*

29. La garantía de la motivación, entendida como la obligación de los juzgadores de explicar las razones que sustentan sus decisiones, también ha sido recogida en el artículo 130.4 del COFJ, que establece que los Jueces deben *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*; correspondiendo entonces, emitir el pronunciamiento motivado por escrito.

7.1.- Resolución de los cargos por el caso dos del artículo 268 del COGEP

30. 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".*

[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.

31. 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.

32. 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, 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.

33. Por último, es motivo casación del fallo, por esta causal, la deficiente motivación de la resolución, siendo que es requisito *sine quo nom* de toda decisión de autoridad judicial, expresar las normas y principios jurídicos que sustentan su fallo, así como explicar la pertinencia de su aplicación al caso sometido a su decisión. Siendo este el vicio denunciado por la casacionista.

34. 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.

35. 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].

36. 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].

37. 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].

38. Dicho esto, y, en razón de la denuncia de la casacionista, con respecto a que la sentencia recurrida incurriría en vicio motivacional de incongruencia frente a las partes, al no abordar en su análisis la negativa a declarar del demandado, que a decir de la casacionsita, debía ser valorada íntegramente con toda la prueba actuada conforme las reglas de la sana crítica de conformidad con el artículo 177 numeral 6 del *"COGEP",* por lo cual no se habría valorado el acervo probatorio en su integridad.

39. Revisada la sentencia de apelación impugnada, constante a fojas 16-19 del cuaderno de segunda instancia, en su parte inicial enuncia los antecedentes procesales de la causa y acto seguido en el considerando *"PRIMERO"* identifica al tribunal que resuelve el recurso de apelación; pasando en el numeral *"SEGUNDO"* a determinar su jurisdicción y competencia. Y, en el considerando *"CUARTO"* reseña los fundamentos del recurso de apelación, constando como puntos de discusión en segunda instancia los que siguen:

> *La parte accionada interpone el recurso de apelación el día lunes 21 de septiembre del 2020 (fs.116) ante la sentencia de fecha 6 de marzo del 2020 argumentando lo siguiente: La impugnación vía apelación la realizo, porque estimo que el juzgador realizó una incorrecta valoración de la prueba. (…) Arribamos a la conclusión que la*

[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

*decisión del juzgador la fija en estas dos probanzas que adquiere relevancia y trascendencia para el Juez. Debemos tomar en cuenta la finalidad de la prueba como lo establece el Art. 158 del COGEP y lo dispuesto en el Art. 160 Inc. 4to COGEP. II. El Juzgador transcribe parte de la declaración que rindió el actor José Ruperto Jirón Calle, quien al contrainterrogatorio que expuso mi abogado. La pregunta "si tienen otros domicilios con su esposa"el actor lejos de responder a un contra examen directo, contesta otras cosas que jamás se le preguntó. Por lo que la testifical aportada por el actor carece de eficacia probatoria por utilizar respuestas evasivas, incongruentes, negándose a declarar sobre lo puntual de la pregunta, circunstancia ubicada en la regla 7ma del Art. 177 del COGEP. Es decir, el Juez debía aplicar las reglas de la sana crítica, suspendiendo la declaración y disponiendo la actuación de lo establecido en el Art. 182 del COGEP. Cosa que no ocurrió, más bien, el Juez en el 6.3 de la sentencia expuso: "6.3. Ahora bien, analizando la prueba de cargo del actor, ha presentado una declaración de parte aceptable, creíble, directa en informar su salida voluntaria e injustificada de la casa de habitación que compartía el matrimonio en esta ciudad de Loja, hecho que lo ubica el día 15 de julio de 2018, exponiendo que nunca más se han reanudado las relaciones conyugales, que todo trato se ha dado con su esposa por teléfono'". Existiendo una incorrecta valoración de la prueba testimonial. El Juez es el llamado a aplicar la retórica absolutista expuesta en la ley, no está a su criterio discrecional elegir los parámetros del control, estos están otorgados por la Ley que determina el actuar del Juez. El Art. 177.6 del COGEP regula las declaraciones ante la evasiva. El Juez debía realizar un ejercicio de ponderado de la declaración, como nunca sucedió, insisto en que el juzgador rompió el principio de legalidad (…) El actor en su contestación señala que al recurso de apelación presentado por la demanda, argumentando en síntesis lo siguiente: 1. Que el recurso de apelación presentado por la demandada ha sido presentado fuera de tiempo. 2. Que la sustanciación del recurso deviene de improcedente, ya que sus argumentaciones son alejadas de la verdad procesal y la producción de la prueba en la audiencia. 3. La sentencia de primera instancia cumple con los parámetros de lógica, razonabilidad y compresibilidad, además dilucida los puntos de controversia. 4. Por lo expuesto solicito se declare la nulidad del proceso por haberse concedido una apelación respecto a una sentencia ejecutoriada, rechazando la apelación y confirmando la sentencia venida en grado."***[Sic]***

40. En torno a la demanda de divorcio, al planteamiento del recurso de apelación responde a la apreciación del acervo probatorio efectuado en primera instancia, concentrando la alegación en que el actor en el contrainterrogatorio dio respuestas evasivas, negándose a entregar respuestas puntuales.

41. Más adelante en la sentencia, aparece el análisis y motivación de la decisión, en el considerando *"QUINTO"* apartado 5.2 consta:

(…) **Analizada la pretensión de la demandada, según su argumento de apelación, refiere que no ha existido una correcta valoración de la prueba testimonial por parte del juez A quo, específicamente sobre el testimonio del actor, ya que en el contra examen contestó otras cosas que nunca le preguntó, y que nunca respondió si tenía otros domicilios con su esposa, que no se debió otorgar valor probatorio a dicho testimonio aplicando las reglas de sana critica, además añade que en su matrimonio su esposo siempre se ha marchado por meses y después vuelven a reconciliarse y el mismo vuelve a su hogar matrimonial…** Este Tribunal analiza los siguientes puntos; a) …"El Dr. Enrique Coello García en su "Obra Práctica Civil", Segunda Parte, Pág. 225, con relación a las facultades del superior, dice: "El tribunal de alzada tiene competencia exclusivamente para conocer los asuntos que le subieron en grado. Para los otros carece de facultad…; b) Este proceso en el que litigan las partes es por divorcio por causal, y respecto a este punto hay norma escrita, en el Código Civil que estipula por qué se terminará el matrimonio, Art. 105 numeral 4to.- por divorcio. Y respecto a las casuales de divorcio el Código Civil estipula, en su Art. 110 numeral 9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos. Por ley y en base a los elementos probatorios aportados por ambas partes en primera instancia, es claro que el señor JOSÉ RUPERTO JIRÓN CALLE abandonó por más de seis meses su hogar el cual había mantenido en la ciudad de Loja con la señora ELIZABETH DEL CARMEN MOROCHO, esto de manera injustificada y sin haber regresado hasta la fecha, por lo mismo que la causal de divorcio ha sido justificada. **La Sala considera en aplicación a las reglas de la sana crítica y valorando la prueba en su conjunto es creíble la declaración de parte del actor en donde es**

claro en señalar que salió de su hogar de forma voluntaria e injustificada el 15 de julio de 2018 y que desde esa fecha no ha regresado a dicho hogar, manteniendo contacto únicamente por celular y esto valorado a la prueba documental de fs. 54 y 68, sentencia del caso 2019-00722, que señala de forma clara la propia accionada que en marzo de 2019, fue la última vez que se fue y no ha regresado: Entonces no es como señala la recurrente que únicamente se toma una declaración de parte del actor, sino que es valorado en su contexto total. Además es necesario señalar que el hecho de que el actor no haya respondido lo que la defensa de la accionada solicitaba no lo invalidad, más nótese que su pregunta respecto sí que tenía otro domicilio con la accionada es claro en señalar que existió una sentencia de disolución conyugal, y que luego de expedida la misma, procedió a comprar 2 terrenos más, uno en Zamora y otro en Malacatos, y que ahora radica en Malacatos, entendiéndose de que no tiene otro domicilio, insistir sobre eso la convierte en inoportuna, ya que su argumento dentro de la causa es que se fue de su hogar. Peor aún la defensa tuvo su oportunidad para ingresar otros medios probatorios si es que su intención era justificar que las partes tenían otro domicilio. (…) Art. 164 COGEP… Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. (…) Entonces podemos concluir que es correcta la valoración probatoria realizada por el juzgador de instancia que la misma se enmarca en la sana crítica. [Sic] **(El énfasis nos corresponde)**

42. *Tal como ha quedado manifestado en líneas anteriores,* para que una resolución se considere motivada, ha de contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso[11].

43. Configurándose vicio de apariencia motivacional, cuando a primera vista, la resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad[12]. En el caso, la parte recurrente aduce que la sentencia es incongruente, al no explicar las razones por las que consideró la sala de apelación, determinante para su decisión la declaración de parte del actor, quien no habría respondido de manera precisa las interrogantes de la defensa técnica de la demandada.

44. Ahora bien, a decir de la Corte Constitucional la incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha dado contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico[13].

45. En el *sub judice,* los juzgadores de segundo nivel ratifican la concurrencia de la causal de divorcio de abandono del hogar común, en virtud de los medios de prueba practicados en primer nivel; que a su criterio coadyuvan a determinar que el demandante abandonó el hogar conyugal por más de seis meses. Llegando a esta conclusión, luego de afirmar que el hecho de que el actor no haya respondiendo a una pregunta no invalida su testimonio, además que el actor ante la interrogante de si mantuvo otro domicilio con la demandada, respondió que luego de la expedición de la sentencia de disolución de la sociedad conyugal procedió a comprar dos terrenos, uno en Zamora y otro en Malacatos, habitando actualmente en Malacatos, entendiéndose que no tiene otro domicilio con la accionada.

[11] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.
[12] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[13] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.

46. Por lo tanto, el fundamento fáctico de la decisión de rechazo del recurso de apelación, parte del hecho cierto probado en las instancias, acerca del abandono del domicilio familiar, por parte del señor José Ruperto Jirón Calle, por más de seis meses. Apreciación sobre la que no puede pronunciarse este tribunal de casación, por prohibición expresa del artículo 270 del COGEP, que declara la improcedencia del recurso de casación, cuando de manera evidente se pretenda la revisión de la prueba.

47. A la premisa fáctica señalada, el tribunal ad quem la subsume adecuadamente en el contenido normativo del artículo 110 numeral 9 del Código Civil, que establece como causa de divorcio: *"El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos".*

48. Con respecto a la valoración arbitraria de la prueba, la ex Corte Suprema indicaba:

"Una decisión es absurda cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas formales y arbitrarias cuando hay ilegitimidad en la motivación (…) el absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la sola ilegitimidad de la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas y si este proceder lo adopta voluntariamente, se trataría de una arbitrariedad [14].

49. En ese sentido, existe arbitrariedad en la decisión, cuando el juzgador resuelve apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en 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.

50. En el *in examine,* de los razonamientos del tribunal ad quem, se tiene que la valoración se ha efectuado en forma íntegra, respetándose las reglas de la sana crítica, sopesando las pruebas en conjunto; de lo cual, según la experiencia y la lógica aplicada por el Tribunal de apelación, han concluido que efectivamente existe la causal de abandono que justifica la demanda de divorcio planteada.

51. En definitiva, la sentencia de apelación es eficiente en su motivación, correlaciona armónicamente cada una de las razones que ofrece como fundamento de su resolución con la conclusión final adoptada, no se evidencia en ella, contradicción o incongruencia entre sus afirmaciones, siendo la sentencia completa, suficiente y clara. Al no detectarse vicio en la motivación de la sentencia, se niega el cargo.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** por unanimidad, resuelve:

1. Rechazar el recurso de casación planteado por la señora Elizabeth del Carmen Morocho Araujo, contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2020, a las 16h01, por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja.
2. **Notifíquese y devuélvase.**

f) DR. LUIS ADRIÁN ROJAS CALLE **JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)** DR. JULIO ENRIQUE ARRIETA ESCOBAR **CONJUEZ NACIONAL** DR. DAVID ISAÍAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E)**

Resumen de fácil comprensión

Examinada en sede casacional la sentencia emitida por el tribunal de segunda instancia, se determina que cumple con el requisito de motivación mínima y su decisión de rechazo del recurso de apelación, confirmatoria de la sentencia de primer nivel; se adecua al contenido normativo de la causal de divorcio por abandono invocada por el actor.

[14] Resolución caso N. 202-2002, publicada en el Registro Oficial N. 710 de 22 de noviembre de 2002

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial